

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS
BELGRADE LAW REVIEW

ПОСЕБАН БРОЈ

У ЧАСТ
ПРОФЕСОРА

**МИХАИЛА
КОНСТАНТИНОВИЋА**

/1897 — 1982/

УРЕДНИШТВО /

ГЛАВНИ И ОДГОВОРНИ УРЕДНИК /

Марија Караникић Мирић,
Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

УРЕДНИК ВЕБ САЈТА /

Борис Беговић,
Правни факултет Универзитета у Београду, Србија

ЧЛАНОВИ РЕДАКЦИЈЕ /

Душан Поповић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Бојан Милисављевић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Војислав Станимировић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Љубинка Ковачевић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Данило Вуковић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Вања Бајовић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија), Светислав Костић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија)

ЧЛАНОВИ МЕЂУНАРОДНОГ УРЕЂИВАЧКОГ ОДБОРА /

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)

СЕКРЕТАРИ /

Никола Илић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија) и Новак Вујичић (Правни факултет Универзитета у Београду, Србија)

ТЕХНИЧКИ СЕКРЕТАР /

Милена Митровић (Институт за међународну политику и привреду, Србија)

ИЗДАВАЧ /

Правни факултет Универзитета у Београду

ЛЕКТОР И КОРЕКТОР /

Ирена Поповић Григоров, Вук Тошић

ТЕХНИЧКИ УРЕДНИК /

Јован Ђорђевић

ДИЗАЈН КОРИЦА /

City Image

СЛОГ И ПРЕЛОМ /

ДОСИЈЕ
СТУДИО

ШТАМПА /

Бирограф

ТИРАЖ /

300

СЕКУНДАРНЕ ПУБЛИКАЦИЈЕ У КОЈИМА СЕ ИНДЕКСИРА ЧАСОПИС /

Directory of Open Access Journals (DOAJ); EBSCO; HeinOnline Law Journal Library; SCIndexs (Српски цитатни индекс); Cobiss; ERIHPLUS

АНАЛИ

ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У БЕОГРАДУ

ANNALS
BELGRADE LAW REVIEW

ПОСЕБАН БРОЈ

У ЧАСТ
ПРОФЕСОРА

**МИХАИЛА
КОНСТАНТИНОВИЋА**
/1897 — 1982/

САДРЖАЈ

1 Реч уредника

I ЖИВОТОПИС МИХАИЛА КОНСТАНТИНОВИЋА

7 Нина Кршљанин

Михаило Константиновић (1897–1982): правник који је обележио једну епоху

II МИХАИЛО КОНСТАНТИНОВИЋ – ПРАВНИК, КОДИФИКАТОР, ПОЛИТИЧАР, УНИВЕРЗИТЕТСКИ ПРОФЕСОР И ОСНИВАЧ СПОЉНОТРГОВИНСКЕ АРБИТРАЖЕ

43 Миодраг В. Орлић

Михаило Константиновић и преуређење грађанског права у српском и ранијем југословенском праву

83 Зоран С. Мирковић

Михаило Константиновић о раду на грађанском законикау у међуратној Југославији

99 Драгољуб Поповић

Федералист Михаил Константиновић

125 Танасије Маринковић

Улога Михаила Константиновића у државном преуређењу Краљевине Југославије

149 Дејан Поповић

Између кетмана и одбране универзитетске професије: Михаил Константиновић у академским чисткама четрдесетих година 20. века

171 Марко Јовановић

Допринос Михаила Константиновића модернизацији југословенске привреде – стварање Спољнотрговинске арбитраже

III ЗНАЧАЈ ПРАВНЕ МИСЛИ МИХАИЛА КОНСТАНТИНОВИЋА ЗА САВРЕМЕНО ПРАВО

1. ОПШТИ ПРАВНИ ИНСТИТУТИ

203 Владимир В. Водинелић

Михаило Константиновић о праву одговора и злоупотреби права одговора

А као бонус: моје разумевање института одговора

2. ПОРОДИЧНО, НАСЛЕДНО И СТВАРНО ПРАВО

285 Марија Драшкић

Тешка поремећеност брачних односа као бракоразводни узрок: креација професора Михаила Константиновића

311 Дејан Б. Ђурђевић

Нормативно уобличавање уговора о доживотном издржавању у Скици за законик о облигацијама и уговорима и у Преднацрту грађанског законика Републике Србије

327 Катарина Доловић Бојић

Правне гаранције права својине

3. ОБЛИГАЦИЈЕ И УГОВОРИ

351 Нина Зупан

Константиновићева концепција уређења застарелости: да ли су идеје о утицају времена у праву издржале утицај времена на право?

383 Ненад Тешић

О противправности цесије у блокади: прилог теорији о постојању забрањених уговора које не прати санкција ништавости

427 Марија Караникић Мирић

Ослобађајуће „приступање“ дугу: заборављени институт из Скице за законик о облигацијама и уговорима

453 Милош Вукотић

Обриси установе пребијања у српском праву

487 Драгор Хибер

Принудни прописи у новијој домаћој судској и уговорној пракси

517 Дамјан Можина

Раскид уговора: Скица и Закон о облигационим односима

- 545 Saša Nikšić**
Odgovornost za nedostatke kod ugovora o kupoprodaji stvari s digitalnim elementima
- 575 Снежана Дабић Никићевић**
О начину уређења прекомерног оштећења у нашем праву и односу са сродним установама
- 605 Наташа Петровић Томић**
Актуелност разликовања права на накнаду штете и права на осигурану суму у делу Михаила Константиновића: класични институти и модерно право осигурања
- 635 Владимир Павић, Милош Живковић**
Уговор о комисиону — нека отворена питања

VARIA

- 653 Упутство за ауторе**

The Annals of the Faculty of Law in Belgrade
Year LXX, Special issue
dedicated to Professor Mihailo Konstantinović, pp. 1–665

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**

43 Miodrag V. Orlić

Mihailo Konstantinović and the Transformation of the Private Law in
Serbian and Earlier Yugoslav Law

83 Zoran S. Mirković

Mihailo Konstantinović on Working on the Civil Code in Inter-War
Yugoslavia

99 Dragoljub Popović

Federalist Mihailo Konstantinović

125 Tanasije Marinković

The Role of Mihailo Konstantinović in the State Redesigning of the
Kingdom of Yugoslavia

149 Dejan Popović

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

171 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

203 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

285 Marija Draškić

Divorce of Marriage Due to Severe Deterioration of Marital Relations:
The Creation of Professor Mihailo Konstantinović

311 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

327 Katarina Dolović Bojić

Legal Guarantees of Ownership

3. OBLIGATIONS AND CONTRACTS

351 Nina Zupan

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

383 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

427 Marija Karanikić Mirić

Liberatory "Accession" to Debt: An Overlooked Institution of the Draft
Code on Obligations and Contracts

453 Miloš Vukotić

An Outline of the Rules on Set-Off in Serbian Law

487 Dragor Hiber

Mandatory Rules in Recent Serbian Jurisprudence and Contractual
Practice

517 Damjan Možina

Breach of Contract: The Draft Code on Obligations and Contracts and the
Law on Obligations

- 545 **Saša Nikšić**
Liability for Defects in Sale of Things With Digital Elements
- 575 **Snežana Dabić Nikićević**
Laesio Enormis in Serbian Law and Its Relationship With Other Related Legal Institutes
- 605 **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
- 635 **Vladimir Pavić, Miloš Živković**
Comission Agency – Certain Open Issues

VARIA

- 653 **Guidelines for Authors**

Марија КАРАНИКИЋ МИРИЋ

РЕЧ УРЕДНИКА

Ове године се навршава 125 година од рођења и 40 година од смрти професора Михаила Константиновића, једног од оснивача и првог уредника часописа *Анали Правног факултета у Београду*. Уједно, ово је седамдесета година редовног излажења *Анала*. Тим поводом објављујемо посебан број часописа посвећен Михаилу Константиновићу – правнику, кодификатору, политичару, универзитетском професору, оснивачу Спољнотрговинске арбитраже у Београду, цивилисти чија је правна мисао и данас важна за разумевање многих установа грађанског права. Број и разноврсност чланака који следе сведоче о значају интелектуалне заоставштине Михаила Константиновића за нашу савремену правну културу.

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.

*І ЖИВОТОПИС
МИХАИЛА КОНСТАНТИНОВИЧА*

/

*I BIOGRAPHY OF
MIHAILO KONSTANTINOVIC*

/ЧЛАНЦИ

УДК 34.08:929 Константиновић М.

CERIF: Н 250, Н 300

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK01A

Др Нина КРШЉАНИН*

МИХАИЛО КОНСТАНТИНОВИЋ (1897–1982): ПРАВНИК КОЈИ ЈЕ ОБЕЛЕЖИО ЈЕДНУ ЕПОХУ

У чланку је дат биографски преглед живота и дела Михаила Константиновића, професора Правног факултета Универзитета у Београду и дописног члана ЈАЗУ. Приказани су његово школовање, универзитетска и научна каријера, политички ангажман, рад на законодавству и у стручним удружењима. Аутор се осврће како на допринос Михаила Константиновића српском законодавству и правној науци и признања која је заслужио, тако и на контроверзе његовог живота и рада, те закључује да је детаљније проучавање његовог лика и дела свакако неопходно.

Кључне речи: *Биографија. – Цивилистика. – Југославија. – Влада Краљевине Југославије. – Законодавац.*

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, nina.krsljanin@ius.bg.ac.rs.

1. ПОРЕКЛО И ОБРАЗОВАЊЕ, ПРВИ СВЕТСКИ РАТ

Михаило Константиновић је рођен 10. марта (23. по грегоријанском календару) 1897. године у Чачку, као седмо од осморо дете оца Илије и мајке Паве, рођене Ратковић. Крштен је 16. марта у Храму Светог Вазнесења у Чачку (у матичној књизи је уписан као „Мијаило“, по деди по оцу). Родитељи, раније земљорадници у селу Челице у Санџаку, избегли су оданде због сукоба с Турцима (сматра се да је Илија Константиновић одбијао да кулучи неком локалном моћнику) и населили се у Чачку, где је Илија радио као надничар, грађевински радник, а Паве се као домаћица бринула о кући и деци (Марковић, Павловић 2015; Константиновић 1998, 7; АПФ: МК).

Млади Михаило је похађао основну школу и гимназију (тада једине) у Чачку; упркос сиромаштву, био је одликаш. Тек је завршио шести разред гимназије када је избио Први светски рат. Пријавио се добровољно као болничар писар и служио је у Другој војној болници у Чачку. Када је дошло до повлачења, у јесен и зиму 1915. године, повукао се са српском војском на југ, преко Албаније,¹ а у јануару 1916. године прешао је у Француску. (Заједно са њим тај пут је прешао и његов друг из гимназије Божидар Спасовић, касније лекар и целоживотни пријатељ.) Већ у мају ступио је у Српски универзитетски батаљон у Жозјеу, где је провео тринаест месеци и стекао чин пешадијског капетана друге класе. Крајем 1916. године завршио је гимназију, јер је ђацима избеглим у Француску било омогућено да заврше школовање. У јуну наредне године демобилисан је и послат да упише Правни факултет у Лиону, али већ после прве године, у јулу 1918. године, напустио је студије да би као добровољац ступио у француску војску. Учествовао је у борбама на западном фронту у 5, 30. и 254. пуку пољске артиљерије, укључујући и Верденску битку. После демобилизације, у априлу 1919. године, наставио је трогодишње студије права у Лиону и дипломирао 17. јула 1920. године. Док је боравио у Француској, редовно се дописивао са породицом у Чачку, нарочито са сестрама (Марковић, Павловић 2015; Марковић 2015; АПФ: МК; In memoriam 1982, 13; Константиновић 1998, 7; Перовић 2006, 9).

По повратку у Србију, указом Министарства правде, добио је посао као писар друге класе у Охридском првостепеном суду, али је убрзо дао оставку јер се поново упутио на Правни факултет у Лиону, на доктор-

¹ Сходно томе, био је и носилац Албанске споменице (Милошевић 1982, 12).

ске студије. Тамо је имао прилику да учи од највећих стручњака свог доба, укључујући и познатог цивилисту и компаратисту Луја Жосрана (*Louis Josserrand*, 1868–1941).² Докторску дисертацију из римског права, под насловом *Le 'periculum rei venditae' en droit romain*, одбранио је 7. јула 1923. године (*Konstantinovitch* 1923).³ Била му је понуђена и могућност да остане у Лиону и тамо настави универзитетску каријеру, али он је желео да се врати у Србију (Константиновић 1998, 7; Перовић 2006, 9). Осим патриотских, томе су могли допринети и трагични породични разлози: 3. јула 1922. године, док је боравила са Михаилом у Лиону, од болести је преминула његова млађа и најдража сестра Десанка, а 20. априла (3. маја) 1923. године – недуго пре синовљеве одбране доктората – и мајка Пава. Неспорно је да је барем пре Другог светског рата активно одржавао везе са Чачком (Марковић, Павловић 2015, 78–79, 85–87).

2. ФАКУЛТЕТСКА КАРИЈЕРА И РАНИ НАУЧНИ РАД

По повратку у Београд, у јулу 1923. године, враћен је на писарско радно место у Охриду, али је већ крајем године изабран за доцента на Правном факултету у Суботици, на катедру грађанског и међународног приватног права: на дужност је ступио 1. фебруара 1924. године. У том периоду је на суботичком факултету краће време провео и Ђорђе Тасић, који је о њему имао „изванредно мишљење“ (Кандић 2002, 209) и који ће му остати пријатељ и сарадник наредних деценија. Већ 21. августа 1926. године Константиновић је достигао звање ванредног про-

² Жосран је био у добрим стручним односима и са београдским професором Живојином Перићем, а 1933. године је, као декан Правног факултета у Лиону, заједно са управником Института за упоредно право Универзитета у Лиону Едуаром Ламбером (*Édouard Lambert*, 1866–1947), био предлагач да се Перићу додели почасни докторат Универзитета у Лиону за допринос науци упоредног права (Кршљанин 2020, 211).

³ Наслов Константиновићеве докторске тезе често је преношен са мањим или већим погрешкама у наслову. Анонимни некролог у „Аналима Правног факултета у Београду“ из 1982. године (*In memoriam* 1982, 13) и Радомир Константиновић (1998, 7) наводе је као „*Le periculum rei venditae en droit romain classique*“; Кандић (2002, 209) као наслов наводи „*Periculum rei venditore – en droit romain*“. О тези су се многи професори Правног факултета изјашњавали веома похвалним речима: тако Лукић (1982, 5), Ђуровић (1982, 7), Кандић (2002, 209, 214); доживела је и два приказа у француским часописима тог времена.

фесора, а у фебруару 1935. године премештен је на Правни факултет у Београду,⁴ где је 21. септембра 1937. године постао редовни професор⁵ (АПФ: МК; Кандић 2002, 209–210; Константиновић 1998, 7).

Према речима Радомира Лукића (1982, 5), „његова заиста сјајна предавања (...) су остављала дубок утисак на све нас ондашње студенте, као и на његове касније студенте све до одласка у пензију“, а осим уско правних знања (не само из области грађанског права), Константиновић је био познавалац и других друштвених наука – социологије, историје,

⁴ О том премештају сачуван је допис Савету Правног факултета у Београду од 15. децембра 1934. године који живописно илуструје тадашњи факултетски живот. Прво се истиче како „Катедра за грађанско право са Међународним приватним правом претставља не једну катедру у уобичајеном смислу те речи већ читав један сплет наука, тако да се она може сматрати скоро као одсек студија на Правном факултету“. Наводећи даље како се грађанско право временом претворило у низ скоро самосталних правних грана, аутори дописа наводе предмете који се предају (Грађанско право I, II и III део и Међународно приватно право), те број њихових часова недељно (7, 9, 9 и 5), којима је сада потребно додати и часове на докторском курсу, с чиме се долази до броја од 38 часова недељно, што премашује законско оптерећење постојећих наставника на катедри: редовних професора Перића и Спасојевића, ванредног професора Бартоша и доцента Марковића. Листајући даље и оптерећење у погледу броја испита у последњем октобарском року, аутори предлажу да се за ванредног професора ове катедре изабере Михаило Константиновић, ванредни професор суботичког Правног факултета, чије „опште познате високе научне, наставничке, моралне и социјалне квалификације (...) није потребно поновно наглашавати“. Коначно, баве се и процедуром избора те наглашавају да би њу требало завршити у факултетском Савету без конкурса јер је циљ конкурса „давање звања најдостојнијем“, а Константиновић је већ добио звање ванредног професора у Суботици, по истим критеријумима који се користе у Београду, те је довољно гласање на Факултету и Константиновићев писани пристанак „да се не повреди аутономија факултета и лична гаранција о непокретности професора“. После тога је довољно да универзитетски Сенат, као „прва виша заједничка универзитетска власт за оба ова факултета“ оцени оправданост премештаја. Предлог су потписали Живојин Перић, Драгољуб Аранђеловић, Живан Спасојевић, Велизар Митровић, Ђорђе Тасић, Реља Поповић и Милан Бартош (АПФ: МК). Савет је имао неке начелне примедбе на тај предлог – Божидар Марковић је био забринут због слабења суботичког факултета Константиновићевим одласком, а Драгослав Јанковић је истакао да по закону не би требало да буде разлике у избору у зависности од тога да ли кандидат већ има звање ванредног професора на неком другом факултету или не. Ипак, одлука је успешно донета (Кандић 2002, 210).

⁵ У картону запосленог радника, у архиви Правног факултета Универзитета у Београду, вероватно преписивачком грешком, погрешно су наведени датум избора у звања ванредног и редовног професора као 21. јул 1936. и 21. септембар 1939. године. Из остале документације неспорно произлазе исправне године, које су и објављене у биографској белешци уз „Политику споразума“ (АПФ: МК, Константиновић 1998, 7–8).

филозофије – па и народних обичаја и сеоског живота. Многим савременицима, студентима и колегама остао је у сећању као човек широке ерудиције, савршених манира, елегантног и прецизног језика (Лукић 1982, 6; Милошевић 1982; *In memoriam* 1982, 14–17; Милојевић 2003). Према студентима се опходио „истовремено као равноправнима и онима којима треба помоћи. То се нарочито видело на испитима. Проф. Константиновић је увек био љубазан и на неосетан и благ начин помагао студенту да каже оно што стварно зна“ (Лукић 1982, 6). Инсистирао је на употреби судске праксе и њеној обради помоћу достигнућа савремене правне науке у подучавању, нарочито на постдипломским студијама, што су нарочито ценили његови студенти који су остали као наставници на факултету (*In memoriam* 1982, 15–16).

Константиновић је имао и релевантан међународни ангажман у струци, који је, вероватно, утабао пут и његовој каснијој политичкој активности: 1928. године Министарство иностраних дела послало га је као делегата на Конференцију за међународно приватно право у Хагу, а у периоду од 1936. до 1939. године био је правни саветник пред Сталним међународним судом, пре свега у спору „Лозингер и комп.“. Крајем 1939. године учествовао је на конгресу Међународног института за социологију у Букурешту. Ипак, примећено је да није нарочито често учествовао на међународним конгресима, већ се тиме примарно бавио професор Живојин Перић (АПФ: МК, службенички лист; Кандић 2002, 211).

Био је један од чланова комисије која је радила на предлогу Заједничке уредбе за све правне факултете у земљи 1937. године, а затим је био представник Правног факултета у Београду у комисији за редиговање коначног текста Уредбе, у којој су учествовали представници свих правних факултета. Уредба је донета 1938. године, мада није заживела у пракси што због отпора неких правних факултета (нарочито загребачког), што због избијања Другог светског рата (Кандић 2002, 212).

Већ у том периоду, Константиновић се занимао за важно питање покушаја кодификације грађанског права у Краљевини Југославији, те је њему посветио засебну расправу (Константиновић 1933). Главно спорно питање тога времена било је да ли нови грађански законик треба да се ослања на аустријски Грађански законик или у већој мери на друге, модерније законике тога доба (видети детаљније Мирковић 2020). Константиновић је, међутим, изнео хипотезу да би најбоље било ослонити се на Богишићев Општи имовински законик за Црну Гору, као много ближи духу нашег народа, а прослављен широм света. То

нестандардно становиште није наишло на ширу подршку и Предоснова је, објављена наредне године, ипак била заснована на аустријском Грађанском закону.⁶

„Научно дело проф. Константиновића у предратном периоду по обиму није велико, али је по утицају на науку цивилног права веома значајно“, оценила је Љубица Кандић (2002, 214). Грађанско право је, разумљиво, било фокус његовог рада. Бавио се питањима важним за праксу, неретко спорним или проблематичним, почев од положаја жене у грађанском праву (Konstantinović 1925b), преко наследног права (Константиновић 1930), до питања покретне хипотеке (Константиновић 1931). Ипак, осим још једног важног романистичког рада о теорији ризика (Константиновић 1924), и у другим текстовима је показивао добро познавање правне историје (на пример, Константиновић 1925a), а тим пре упоредног права, које је уочљиво у већини његових радова. Осим тога, бавио се и питањима из других области права – на пример, номотехником (Константиновић 1925c), ауторским правом (Константиновић 1928) или радним правом (Константиновић 1936).⁷

3. ПОЛИТИЧКИ АНГАЖМАН И ДРУГИ СВЕТСКИ РАТ

Током 1939. године, Константиновић је учествовао у раду на српско-хрватском споразуму, касније познатом по именима потписника као споразум Цветковић–Мачек. За тај рад је одликован Орденом Светог Саве првог реда 1939. и Орденом Белог орла трећег реда 1940. године.⁸ И сам је ступио у састав владе 26. августа 1939. године, прво као министар без портфеља, затим као министар правде. У марту 1941. дао је оставку, како сам наводи „због неслагања са спољном политиком владе“ (АПФ: МК, Општи упитник од 4. децембра 1946). Током министарског ангажмана био је у својству хонорарног професора на Правном факултету (Кандић 2022, 210).

⁶ Ипак, неки аутори су касније Константиновићеве идеје сматрали „изванредним правним аргументима“ (Ђуровић 1982, 8–9, мање изражено Кандић 2002, 213).

⁷ Детаљнији преглед Константиновићевих предратних радова видети у Кандић (2002, 214–216) и Пајић (2015).

⁸ Оба ордена потичу још из Краљевине Србије: увео их је краљ Милан 1883. године. Оба су имала пет степена (Ристић *et al.* 2016, 10).

У раду на споразуму, Константиновић је, заједно са Ђорђем Тасићем и Михаилом Илићем,⁹ имао задатак да нађе правно прихватљиво решење којим би се удовољило хрватским захтевима. Циљ је, дакле, био постављен одозго: требало је одабрати адекватна средства. Правници су се одмах сложили да чл. 116. Устава даје тражене могућности, то јест да представља привремену – на неки начин, пробну – уставну ревизију чији би коначни ефекти били одложени до краљевог пунолетства; мада су интимно сматрали „да је ствар правно тешко изводљива, политички сумњива, и да неће решити питање већ га, можда, само заменити“ (Константиновић 1998, 16). До садржине измена, међутим, било је теже доћи. После више нацрта и преговора, од првобитне идеје поделе Краљевине на три области, односно покрајине – словеначку, хрватску и српску – стигло се до асиметричног решења оснивањем Бановине Хрватске и пратећим политичким актима, распуштањем Скупштине и Сената... Константиновић је више пута истицао да „треба решити сва питања одједном и то за целу земљу, а не само за Хрватску бановину: иначе они ће добити подлогу за све нове и нове и теже захтеве, па ће бити још теже изаћи са њима на крај“, те да предложено хрватско решење иде ка конфедерацији (Константиновић 1998, 32–33); међутим, Цветковић није био спреман на ризик и отезање које би овакво темељно, принципијелно решење носило, већ је био за ефикасније политичке уступке. Каснији покушаји да се Уредба о Бановини Хрватској прошири и на друге територије прекинути су ратом (Константиновић 1998, 13–44). Према Поповићевом (2015) мишљењу, као главне упоришне тачке Константиновићеве политике тог периода могу се издвојити оданост српско-хрватском споразуму, легитимност и опредељење за федерализам.

Константиновићеве дневничке белешке из периода приближавања Другог светског рата Србији показују мисли функционера пре него политичара, човека забринутог за добробит своје земље, и умесно је Тркуљино (2015, 28) мишљење да су посреди „најдраматичније и најпотресније странице“ његовог дневника. Меморандум који је саставио поводом потенцијалног пакта са Немачком, 13. фебруара 1941. године, открива да није имао никаквих илузија у погледу Хитлерових намера, а завршава се следећим речима: „За нас је боље да нас директно нападну него да нас изоловане мрцваре. Јер чак и кад би наш крај у оба случаја био исти, не би пут био исти. У случају напада и отпора наша

⁹ Константиновић је имао срећнију судбину од својих колега на Правном факултету и у том подухвату: и Ђорђа Тасића и Михаила Илића је током рата стрељао Гестапо, првог 23. августа 1943, другог 20. марта 1944. године (Константиновић 1998, 6).

би част била читава, а то ће значити нешто у тренутку ликвидирања овог рата“ (Константиновић 1998, 298). Дуго се ломио и двоумио да ли да напусти владу због њене политике приближавања Тројном пакту, са којом није могао да се сложи. Чак је, 23. марта 1941. године, повукао већ најављену (можда и поднету) оставку и решио да остане у влади, сматрајући да је то његова дужност и да неће бити адекватне особе да га замени у тако драматичном тренутку. Међутим, опсервација генерала Петра Пешића, тада министра војног, да су сви који у том часу дају оставке издајници, укључујући и самог Константиновића, за кога Пешић није знао да је оставку повукао, те опаска Милана Антића, министра двора, да се Константиновић „поправио“ вратили су га првобитном мишљењу. „Мене то шокира, али ми се не дâ да реагирам, јер скоро сви као по команди прихватају други разговор. То ме дубоко дира, и моја мисао је одмах одређена: ја ћу се повући“, забележио је. У аудијенцији код кнеза Павла 26. марта резимирао је да је „својом оставком хтео постићи да се добије времена у једној капиталној ствари са којом се не слажем. Испричао сам му да сам на седници Министарског савета рекао да добијена ограничења Пакта значе много, врло много... Уколико буду поштована, али то је друго питање. Ствар би била прихватљивија да је дата у некој другој форми. Тројни пакт значи капитулацију. То је симбол, а симболи у друштвеном животу много значе“ (Константиновић 1998, 335–344).

После ступања Краљевине Југославије у рат и наредбе о капитулацији, у априлу 1941. године, Константиновић је избегао у Египат. Одатле је прешао у Палестину, па затим у Турску, како би прикупљао материјал о ратним злочинима окупатора у Југославији и проучавао материју одговорности за ратне злочине. У априлу 1942. године вратио се у Египат, где је наставио са радом. У јуну 1944. године, после споразума Тито–Шубашић, нови председник владе у изгнанству Иван Шубашић позвао га је да ступи у владу и понудио му место министра спољних послова. Иако је у јулу¹⁰ учествовао са Шубашићем у преговорима у Италији са Националним комитетом ослобођења Југославије, Константиновић је одбио понуду да приступи влади, сматрајући да она после Споразума неће имати реалне власти, а да он на такав споразум не би ни

¹⁰ У Општем упитнику који је попунио 4. децембра 1946. у вези са запошљавањем на Правном факултету, Константиновић наводи: „Јула 1944 био позван од новог претседн. владе у Лондон да ступи у владу а јула исте год. ишао с њим у Италију ради преговора...“ По конструкцији реченице, један јул – логично је, први – мора бити штампарска грешка, уместо којег треба да стоји јун; то потврђују и дневничке белешке у „Политици споразума“.

могао пристати ако би био краљев министар.¹¹ Истицао је како би му било драже да ступи у неку борачку јединицу, било савезничку или југословенску; то, ипак, није учинио, већ је у наредном периоду остао у Лондону, помажући у преговорима и пратећи збивања, али лагано се дистанцирајући од владе, неретко уз неслагање и неверицу због потеза и метода како владе у изгнанству, тако и долазеће комунистичке власти. У земљу се вратио 18. фебруара 1945. године (Константиновић 1998, 7–8, 361–503; АПФ: МК; Кандић 2005, 294).

Окупационе новине су о Константиновићу још почетком окупације причале као о присталици комуниста. Тако је београдски *Donauzeitung* објавио чланак под насловом „Тројански коњ, или: Михајло Константиновић и његови пријатељи“, који је *Обнова* пренела 3. септембра 1941. године. Чланак говори о Цветковићевом поверавању српско-хрватског споразума Михаилу Илићу, Ђорђу Тасићу и Константиновићу, али се фокусира на последњег. Њега представља као човека од кога је, због поверења које му је Цветковић поклањао, зависило да ли ће овај или онај нацрт закона добити подршку владе – и који је то злоупотребљавао у интересу за окупационе власти непожељних друштвених група. „Константиновићев писаћи сто је личио на једно сито, у коме су се задржавали сви нацрти закона, који су, на било који начин, ометали намере Јевреја масона, демократа или комуниста ове земље“, наводи се у чланку. Тврди се како је Константиновић „штитио све што је било левичарско и што је било у вези са марксизмом, са Јеврејима и са масонима“, те како су студенти и опозиционари у Краљевини Југославији такорећи без изузетка били комунисти и русофили, те како су се комунизам и бољшевизам од 1933. године ширили посредством Јевреја емиграната! Текст ствара слику да је Константиновић манипулисао како сељачким становништвом које није било блиско овој идеологији и неуким масама опозиционара, али и самим Цветковићем, на кога је имао „неограничен уплив“, те да је за све то добијао упутства из масонских ложа из Париза. По том тексту, Цветковић је Константиновића учинио министром правде управо у неуспешном покушају да прекине тај утицај, а „Корошец га је назвао ‘сивом еминенцијом’ и упоредио са Керенским“. Тако је, по тексту, Константиновић изазвао државни удар

¹¹ У дневнику је 5. или 6. јула 1944. године забележио: „Ја бих могао примити као приватно лице све што је Шубашић углавио у споразуму са Титом. Али то не могу примити као краљевски министар. Мислим да то не би било лојално према Круни“ (Константиновић 1998, 367).

27. марта, „довео тројанског коња комуниста и масона у земљу и чувао га до дана великог споразума, до енглеско-бољшевичког братимства“ (АПФ: МК, извод из листа *Обнова*).

Слично, пропагандна књижица „Комунизам на Београдском универзитету“ етикетира је министре Константиновића, Бранка Чубриловића и Срђана Будисављевића као припаднике „масонско-комунистичке“, „масоно-јеврејске“ и „англофилске“ клике, „измећаре црвене Москве и слуге јеврејске“ те „комуно-масоне“¹² (*Комунизам* 1940, 105, 127; АПФ: МК, изводи, 3, 20, 25).¹³ У писму од 19. априла 1944. године, када је и сам умакао из Југославије и стигао у Анкару, Драгиша Цветковић је, између осталог, Константиновићу написао: „Ваша је срећа да сте умакли из земље. Ви сте у очима наших домаћих издајника и окупатора, криви за све. Вас би уморили најгором смрћу“ (Константиновић 1998, 660).

С друге стране, Константиновићево учешће у влади Цветковић-Мачек и каснијим збивањима неретко је наилазило на осуду и, због својих последица (или претпостављених последица), изједначавано са издајом, од написа Јована Дучића о Цинцарима у *Србобрану* 1942. године до писања Гојка Маловића 2015. године (видети Тркуља 2015, 22–27). Међу колегама на Факултету тај период Константиновићеве делатности је прећуткиван, као да је посреди донекле срамотан период живота иначе достојног човека, те о томе не би требало говорити (Милојевић 2003, 180–181). Неспорно, постоје критичке оцене Споразума Цветковић-Мачек и Уредбе о Бановини Хрватској које се заснивају на веома валидној правној аргументацији (на пример, Јовичић 1995; Стефановски 1995; нешто неутралније Маринковић 2020, 108–109), те у оквиру тога критикују и Константиновићев рад: мора се, једино, имати на уму да лично учешће Михаила Константиновића тим истраживачима није било у фокусу. У новије време, срећом, постоје квалитетни радови који се труде да објективније сагледају тај аспект делатности Михаила Константиновића и да одговоре на упућене критике (Тркуља 2015).

¹² По засад науци доступним подацима, чини се да Константиновић није био масон (Тркуља 2015, 30–31).

¹³ У изводима у Константиновићевом досијеу у Архиви Правног факултета наведено је да је изашла у септембру 1941. године; публикација је ипак из 1940. године, а у септембру 1941. године штампан је додатак, на чије странице Константиновић и упућује. Овде би се могло додати да фототипско издање ове брошуре, штампано 2001. године у оквиру едиције сличних написа, очито не намењене критичком академском проучавању прошлости, донекле забрињава читаоца.

Михаило Константиновић је током два кључна дела тог периода – рада на српско-хрватском споразуму 1939–1941. године и боравка у Лондону 1944–1945. – водио дневничке белешке. Биле су замишљене као лични подсетник, на основу којег је планирао да касније остави аутобиографско сведочанство о догађајима чији је био учесник и сведок, што, међутим, никад није учинио. Уз други део, „Лондонске белешке“, оставио је чак напомену: „Ове ствари нису спремне за објављивање, те молим да се не објављују у случају моје смрти, већ да се предаду моме сину или мојој ћерци и жени.“ Његов син Радомир, међутим, ипак је касније приредио и објавио и једне и друге белешке у целости (уз још неке додатке повезаних докумената из очеве заоставштине), сматрајући да представљају сувише вредно историјско сведочанство да би испоштовао очеву последњу вољу (Константиновић 1998, 5–6). У томе није погрешио: Михаило Константиновић је у тим белешкама оставио како бројне податке важне за историографију тог периода, тако и занимљиве и процифроване опсервације о збивањима тог времена, које неретко садрже недвосмислене вредносне ставове и могу читаоцу рећи много и о самом аутору.¹⁴ Делу у целини је Радомир Константиновић наденуо наслов „Политика споразума“ – вишесмислен, посвећен како споразуму Цветковић–Мачек, тако и споразуму са Тројним пактом, те потом споразуму Тито–Шубашић. Одабир таквог наслова, према његовим речима, спроведен је „не само зато што књигама тематски одговара него и зато што у потпуности одговара основном интелектуалном и моралном опредељењу Михаила Константиновића“ (Константиновић 1998, 6).

¹⁴ Навешћемо само још неколико примера. У опису састанка са Мачеком и Ивом Крбеком у Купинцу 14. јула 1939. године (дневнички запис од 28. јула), дао је јасну оцену Крбековог понашања: „Занимљив је био наш колега Крбек у овим разговорима. Имао је према г. Мачеку став пун поштовања и послушности. Говорио је којешта, ваљда да би се удобрио Мачеку. (...) Згадили смо се на толику сервилност“ (Константиновић 1998, 29).

У среду, 5. марта 1941. године, када су преговори са нацистичком Немачком (и страховања од ње) били у пуном јеку, записао је на крају свог уноса: „Догађаји се приближују расплету. Рат нерава оставио нам је нерве нетакнуте. Наша судбина није судбина кукавица, већ народа свесног своје снаге и чији је пут величине и страдања јасно повучен. Ми тим путем идемо смирени и прибрани“ (Константиновић 1998, 308).

У запису од 12. јануара 1945. године, када је судбина Југославије већ била такорећи решена, оставио је и ову забелешку: „Данашња штампа устала је листом против краља Петра. 'Would-be autocrat' и слични називи не изостају. Енглеско гостопримство има интересантне изгледе. И њихова политика немешања“ (Константиновић 1998, 498).

4. ВОДЕЋИ СТРУЧЊАК ОБНОВЉЕНЕ ДРЖАВЕ

По повратку у Југославију, Константиновић је наставио свој ангажман на Правном факултету, где је држао наставу на свим нивоима студија. Био је шеф Катедре за грађанско право преко две деценије без прекида, све до свог пензионисања, а 1947–1948. године изабран је и за декана Правног факултета – на функцију коју ће поново вршити у периодима 1951–1953. и 1959–1960. године и на којој је био познат по стручности и одмерености (АПФ: МК; In memoriam 1982, 13–16; Кандић 2002, 211; Милојевић 2003, 174–180; Перовић 2006, 10). Био је први председник жирија студентског такмичења у беседништву на Универзитету у Београду (које се одржавало на Правном факултету, први пут 23. маја 1957. године), семена из кога је касније израсло прослављено такмичење Правног факултета (Милојевић 2003, 174; Аврамовић 2014а). Одржавао је и активну међународну сарадњу, те су у време његовог мандата Правни факултет посетили водећи стручњаци попут француског правника и политичког социолога Мориса Дивержеа (*Maurice Duverger*, 1917–2014) или грчког компаратисте Петроса Валиндаса (*Πέτρος Βάλληνας*, 1912–1960),¹⁵ тада декана Правног факултета Универзитета у Солуну (Милојевић 2003, 180). Љубица Кандић (2002, 216) изнела је став да Константиновић ни у послератном периоду „није се успео ослободити бројних обавеза на Факултету“; чини се да ово није најбоље срочено и да он тих обавеза не само да није покушавао да се ослободи већ их је узимао на себе драговољно, са свешћу о њиховом значају и одговорношћу према установи којој је припадао и на чијем челу је у три наврата био.

Константиновић је био председник Комисије за израду нацрта Устава ФНРЈ и члан више комисија за израду нацрта закона из грађанскоправне материје, те је непосредно утицао (неретко скоро у целини самостално) на садржину великог броја темељних закона социјалистичке Југославије. Осим Устава ФНРЈ из 1946. године, ту су и Основни закон о браку из 1946. године,¹⁶ Основни закон о односима родитеља и деце,

¹⁵ Валиндас је био дугогодишњи директор Хеленског института за упоредно право – од оснивања 1939. до своје изненадне смрти 1960. године. Предавао је на правним факултетима у Атини и Солуну и, слично Константиновићу, био је активан како у државној служби, тако и у академској заједници (Hellenic Institute 2022; Милојевић 2003, 180).

¹⁶ Ауторство овог закона је спорно: Чавошки (2011, 47–48) наводи податке о томе да су за ауторе нацрта били одређени Мехмед Беговић и Бранислав Недељковић. Ипак, то је могло бити накнадно промењено, те је даље истраживање неопходно (упоредити Тркуља 2015, 31–32).

Основни закон о старатељству и Закон о усвојењу из 1947. године, Закон о застарелости потраживања и Закон о наслеђивању из 1953. године. У раду законодавних комисија „он се показао као изузетно објективан, неискључив и компромисан саговорник“ (Марковић 1990, 1159). Неки од тих нацрта закона били су прихваћени и у комисијама, а нарочито у скупштини скоро без икаквих амандмана (углавном са мањим техничким или језичким изменама), што јасно сведочи о њиховом квалитету. Када се урачуна и касније писање „Скице“, односно његов утицај на изглед Закона о облигационим односима, види се да су све области грађанског права у послератној Југославији, изузев стварног права (о начину његове регулативе у том периоду још није било консензуса), понеле Константиновићев печат: нарочито битан допринос развоју нашег права представља изједначавање лица оба пола у материји породичног и наследног права. Био је предложен и као кандидат за судију Сталног међународног суда правде у Хагу од стране југословенске, чехословачке и белоруске националне групе 1949. године, али није именован на ту функцију. Учествовао је и у обнављању Југословенског удружења за међународно право 1953. године, чије је био и један од оснивача 1928. године (In memoriam 1982, 16; Константиновић 1998, 8; АПФ: МК; Станојевић 1978, 269; Марковић 1990, 1157–1159; Милојевић 2003, 181). Ипак, треба истаћи да су неки аутори касније критиковали Константиновићев ангажман (нарочито Чавошки 2011, 47–48) у стварању социјалистичког права, а нарочито Устава ФНРЈ сматрајући да је таквим преласком у нови систем показао непринципијелност и недостатак стручног интегритета.

Константиновић је играо кључну улогу и у оснивању и раду Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије три и по деценије. „Од оснивања Спољнотрговинске арбитраже 1947. године, па до последњих дана живота, као њен дугогодишњи председник, а последњих осам година и као члан председништва утицао је и одлучујући допринео да она израсте у угледну установу и у земљи и у свету“, истицао је Ђуровић (1982, 9). Развијајући арбитражу као установу која је требало да надомести недостатке у сналажењу судова у споровима везаним за спољнотрговинске односе, Константиновић се трудио да је усмери на решавање спорова који се пред њом појаве, а не на грабљење за надлежност по сваку цену, те на помоћ југословенским организацијама у споровима у иностранству, укључујући и саветодавну делатност која је доводила до решавања проблема без вођења поступка. Југословенска арбитража је пружила и велику организациону помоћ оснивању спољнотрговинске арбитраже у Грчкој. Тиме су и југословенска Спољнотрговинска арбитража и сам Константиновић

као њен истакнути стручњак (који је и учествовао на многим међународним скуповима везаним за ову тематику) стекли велики углед у међународним круговима (Ђуровић 1982, 9–11).

Према речима Слободана Перовића (2006, 10): „Они који су имали прилике да буду у његовој околини и данас се сећају његове јасне мисли изговорене са неком врстом отмености, која је не тако честа у овој нашој средини. Та елеганција покрета речи, својствена француској култури, била је код нашег Професора у апсолутној служби једне друге врлине која се зове скромност. (...) Та одличја професор Константиновић испољавао је, не само као писац ‘тананих студија из теорије и историје права’, већ и као професор права, на предавањима и студентским испитима, на Катедри за грађанско право и Општем семинару, али и у другим јавним улогама.“

5. АНАЛИ

Недуго после Другог светског рата, Правни факултет Универзитета у Београду изгубио је свој часопис *Архив за правне и друштвене науке*. *Архив* је у окриљу те институције излазио од 1906. до 1941. и од 1945. до 1949. године, а његови главни уредници у предратном периоду били су значајни професори и правни писци: Коста Кумануди (1874–1962), Драгољуб Аранђеловић (1873–1850), Чедомиљ Митровић (1870–1934), Михаило Илић (1888–1944) и Ђорђе Тасић (1892–1943). *Архив* је тада био најзначајнији научни и стручни правни часопис у Југославији – мада је већ од 1946. године, када је главни уредник постао Моша Пијаде (1890–1957), почео да губи везу са Правним факултетом. Рез је учињен 1949. године, када је *Архив* потпуно отргнут од факултета и као његов издавач се појавило новоосновано Удружење правника Југославије, које је као своју мисију у том контексту видело промоцију циљева и вредности нове социјалистичке власти. „Код професора Правног факултета у Београду расло је осећање нелагодности при помисли да треба да објављују своје прилоге у часопису, у коме би заједно стајали политички реферати и научне студије“ (Орлић *et al.* 2003, 8–9; Марковић 1991, 2–3).

Како је ова празнина постајала све очигледнија, Михаило Константиновић је иницирао оснивање новог факултетског часописа. *Анали Правног факултета у Београду* почели су да излазе 1953. године, а Константиновић је био њихов главни уредник од оснивања до 1960. године. (Константиновић 1998, 8; Орлић *et al.* 2003; Милојевић 2003, 174).

Остао је у добром сећању и као савестан и стручан уредник: „Његови савети били су драгоцено упутство свим сарадницима, јер су дати промишљено, бираним речима, с тежњом да се, ако треба, рад исправи, допуни, али да се не повреди личност сарадника“ (In memoriam 1982, 16). О његовој скромности и умерености говори, могуће, и чињеница да први број *Анала* не садржи никакву реч уредника, никакво свечано обраћање читалачкој публици: текстови су пуштени да говоре сами за себе – а радило се заиста о чланцима врхунских стручњака, угледних професора Правног факултета, уједно и чланова прве редакције часописа: Милана Бартоша, Борислава Благојевића, Андрије Гамса, Мехмеда Беговића, Драгомира Стојчевића..¹⁷ Пишући 1991. године, Ратко Марковић (1991, 5) истакао је да се *Анали* још увек „везују за неумрло име и непролазну научну и педагошку славу проф. Константиновића, који је био један од најугледнијих и најпоштованијих професора у дугој историји Правног факултета у Београду“.

6. „СКИЦА“ – КРУНСКО ДЕЛО ВЕЛИКОГ ЗАКОНОПИСЦА

Од законодавних подухвата у којима је Михаило Константиновић био ангажован, убедљиво најобимнији и најкомплекснији било је кодификовање облигационог права. Тај посао дат му је у задатак 1960. године.¹⁸ Рад на преднацрту потрајао је, с прекидима, готово деценију, после чега је даљи рад преузела Поткомисија (касније Група) Заједничке комисије свих већа Савезне скупштине (Константиновић 2006, 38; Станојевић 1978, 269, 275–276).¹⁹ Године 1969, Константиновић је објавио– самостално, у издању Факултета, а не као званични нацрт

¹⁷ Једино обраћање редакције читаоцу у том броју било је кратко обавештење на унутрашњости задње корице: „Независно од воље редакције овај број излази са задоцњењем од месец дана. Редакција се нада да ће сва четири броја предвиђена за ову годину изаћи до краја децембра.“ Тај „куриозитет своје врсте“ (Марковић 1991, 5) такође сведочи о педантности и одговорности Михаила Константиновића.

¹⁸ Иницијативу за тај законодавни подухват поднели су др Јосип Хрнчевић, члан Савезног извршног већа и секретар Савезног секретаријата за правосудне послове, Џемал Биједић, секретар Секретаријата СИБ-а за законодавство и организацију, и Никола Срзентић, подсекретар у савезном секретаријату за правосудне послове (Константиновић 2006, 38).

¹⁹ У припреми материјала помагала му је и Јелена Даниловић, професорка римског права; Иван Тот (Tot 2022, 17) сматра да је њена помоћ могла резултовати и садржинским утицајем на регулативу неоснованог обогаћења у „Скици“, укључујући и утицај Општег имовинског законика.

– тај текст као књигу „Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима“, која је потом доживела још три издања, последње 2006. године (Константиновић 2006).

Угледајући се пре свега на швајцарски модел (секундарно на италијански), осим класичне материје облигационог права, Константиновић је у „Скицу“ уврстио и привредне, односно трговинскоправне уговоре, регулишући и једне и друге у начелу јединствено, ограничавајући тек по потреби примену одређеног правила на само једну категорију уговора (Константиновић 2006, 33; Станојевић 1978, 269; Марковић 1990, 1163–1164; Перовић 2006, 11–12, 22–26). Међу идејама водиљама била су му начело правичности и еквиваленције престација²⁰ те начело савесности и поштења, којима је давао примат у односу на класични принцип *pacta sunt servanda*, уводећи бројне могућности за ревизију или раскид уговора услед промењених околности, као и овлашћења суда да интервенише у име правичности којима „тешко има равних у упоредном законодавству“ (Станојевић 1978, 271–272; Перовић 2006, 12–15; Познић 1979, 371–373). Како би норме биле што правичније и што више одговарале реалним животним потребама, Константиновић се у великој мери ослањао и на праксу, али није презао ни од позајмица из других законодавстава, укључујући и транспланте *ad verbum* „кад год је изгледало да је тамо (у страном законодавству – прим. аут.) нађена јасна и прецизна формула“ (Константиновић 2006, 33).

Како је и сам нагласио у претходним напоменама уз текст, нарочито је преузимао одредбе и решења из Конвенције о једнообразном закону о закључењу уговора о продаји телесних покретних ствари и Конвенције о једнообразном закону о продаји телесних покретних ствари, обе усвојене у Хагу 1. јула 1964. године. Осим већ поменутих швајцарског и италијанског грађанског законика, несумњиво је консултовао и француски, немачки (и грађански и трговински), аустријски и некадашњи српски и црногорски (тј. Општи имовински) законик. Недавно је указано на то да је утицај могао вршити и заједнички француско-италијански нацрт законика о облигацијама и уговорима из 1927. године, који никада није заживео ни у једној од две земље, али који је Константиновићу (можда као француском ђаку) неспорно био познат јер се на њега позива у неким радовима. На тај нацрт су, осим законика тих двеју земаља и других већ поменутих кодификација, утицали и шпански Грађански законик из 1889, нацрт мађарског грађанског законика из 1913, бразилски из 1916. и совјетски

²⁰ Детаљну анализу тог начела у 300, мада без осврта на Константиновићев допринос, видети у Ђорђевић 1978.

из 1922. године и право САД. Између нацрта и „Скице“ постоји упадљива сличност и у насловима и у распореду материје. Коначно, већ је истицано да је изгледан бар извешан утицај још неколико законика јер се и на њих Константиновић позивао у теоријским радовима: јапанског из 1896. године (наравно, насталог под јаким утицајем немачког), поменутог совјетског из 1922, пољског Законика о облигацијама из 1933. и грчког Грађанског законика из 1946. године (Tot 2022, 12–24). Прецизан утицај тих многобројних извора на „Скицу“ није познат јер Константиновић није оставио никакве детаљне белешке о пореклу појединих норми, а између поменутих кодификација је већ било много позајмица и утицаја – и, наравно, у свакој норми „Скице“ могу бити и често неспорно јесу испреплетани утицаји различитих извора. Не тежећи оригиналности по сваку цену, али тежећи хармоничности целине и њеној прилагођености домаћим приликама, Константиновић је веома пажљиво приступио међусобном усклађивању елемената домаћег и различитих страних порекла, како садржински, тако и језички (Константиновић 2006, 34–35; Tot 2022, 12–24).

Ради потреба праксе, Константиновић је уводио и нове, модерне институте, међу којима се нарочито истиче објективна одговорност за опасне ствари, до тада непозната југословенском праву, а данас већ незаобилазна услед брзог технолошког напретка (Перовић 2006, 26–29). Може се поменути и изричито увођење начела монетарног номинализма – обавезе дужника новчане обавезе да врати исту количину исте новчане јединице, без обзира на евентуалну промену њене вредности – уз опрезне изузетке, нешто проширене потом у 300 (Круљ 1978). Међу модерне врлине „Скице“ убрајано је и напуштање, према неким мишљењима, анахроне и непотребне (Станојевић 1978, 272; Компањет 1978; Перовић 2006, 19–22) категорије реалних уговора, то јест претварање зајма, послуге и других уговора који су у римском праву били реални у консензуалне – мада треба истаћи да велики број законодавстава у свету још увек познаје реалне уговоре и да и у данашње време постоје аутори који сматрају да би их било корисно вратити и тамо где су укинута (на пример, Saccossio 2020, 161–212). С друге стране, у „Скици“ је обичају дато неубичајено проминентно место за наше право тог времена (Перовић 2006, 15). Константиновић је и тиме следио швајцарски пример, и то у мање израженој форми, јер је предвидео употребу обичаја само изричито у појединим члановима, а не начелно као супсидијарног извора права, као што је прописивао чл. 1,

ст. 2 швајцарског Грађанског законика (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*).²¹ Међутим, не може се порећи да се овде није радило о модернизаторској тежњи већ, напротив, о ослањању на традицију. И у томе је, дакле, Константиновић тражио адекватну равнотежу, не тежећи по сваку цену ни традицији, ни модерности.²²

Ослањајући се, чини се, на тековине историјскоправне школе (видети, на пример, Савињи 1998, 25–32), Константиновић је сматрао да се у пракси закони стално прилагођавају потребама живота и да, несумњиво, пре или касније дође до потребе за интервенцијом законодавца, али да је боље да се она догоди што касније. Због тога је при изradi закона, а нарочито законика, важно применити одговарајуће технике да „неке одредбе закона, место да буду круто формулисане добију облик гипких директива, општих стандарда“ и тако продуже свој животни век, односно одложе потребу за новим законодавним решењем (Константиновић 2006, 35).

Коначно, „Скица“ је писана веома јасним језиком и стилем, за који је већ примећено да је донекле следио – можемо рећи, у складу са Константиновићевим ранијим дивљењем – Богишићев стил у изради Општег имовинског законика, у томе што се трудио да текст приближи лаичком читаоцу. Константиновићеве реченице биле су јасне и сажете, држао се принципа да у једном ставу закона сме бити само једна реченица те да не сме бити директног упућивања на друге чланове или прописе. Уводио је и нове термине како би колико је могуће избегао туђице или постигао већу прецизност: тако је уместо „поклон“ користио „дар“, уместо „ортаклука“ „привредно удружење грађана“, а уместо двосмислене „послуге“ постојала је „посуда“ или „наруч“, незграпна пандектистичка „купопродаја“ замењена је „продајом“, а своје место је нашао чак и Богишићев „имаоник“. (Константиновић 2006, 36–37; Станојевић 1978, 269–271; In memoriam 1982, 15).

Прве реакције на „Скицу“ у законодавној комисији биле су, како преноси Станојевић (1978, 276), „да је то добар законодавни текст, али сувише ‘класичан’, да недовољно одражава неке специфичности нашег политичког и правног система“. Ипак, мада су такви ставови сигурно утицали на даљи законодавни рад, пракса је препознала вредност „Ски-

²¹ 300 је овде отишао један мали корак даље (али и даље не колико швајцарски законодавац), прописујући у чл. 21 примену добрих пословних обичаја и, по вољи странака, узанси. О томе видети, на пример, Капор 1978; Бркић 1978, 330–332.

²² О појму традиције у праву и односу традиције и иновације видети Glenn 2000, 1–28.

це“. Од њеног објављивања до доношења Закона о облигационим односима (300) 1978. године²³ протекло је девет година (и три даља нацрта²⁴): али у међувремену се „десила (се) ретка појава“ – многи правници, нарочито судије, почели су да се ослањају на Константиновићеву „Скицу“ готово као да је представљала позитивно право. У њеним редовима проналазили су решења за постојеће правне празнине и, ослањајући се тобоже на „општа правна правила“ из предатних прописа, масовно су користили „Скицу“ (Лукић 1982, 6–7; In memoriam 1982, 14–15; Перовић 2006, 7–8).

Закон о облигационим односима у великој мери се ослањао на „Скицу“, како садржински, тако и стилски и номотехнички (мада добрим делом не и термилошки). Станојевић (1978, 276–279) истакао је да примедбе Поткомисије која је даље модификовала нацрт претежно делују као глосе уз Константиновићев текст. Ипак, он примећује да је постојала и струја која је покушавала да се удаљи од „Скице“, те су отуд у коначном тексту 300 настале неке начелне неусклађености, делом изазване инсистирањем на посебностима социјалистичког друштва, самоуправљању и друштвеној својини.²⁵ Неке од измена, наравно, биле су и позитивне, попут додавања већег броја уводних прописа који су вршили функцију недостајућег општег дела, будући да није постојао јединствен грађански законик (Благојевић 1978, 229–232).²⁶ После измена 1993. године, текст 300 „вратио се, у доброј мери, Скици као сво-

²³ Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ* 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ* 31/93, *Сл. лист СЦГ* 1/2003 – Уставна повеља и *Сл. гласник РС* 18/2020.

²⁴ Први је настао 1974. године, други и трећи у априлу и септембру 1976. године (Станојевић 1978, 275). Због бројних одступања од „Скице“, Константиновић је одбио да учествује у даљем раду на закону (Tot 2022, 29).

²⁵ Детаљнији преглед тога које одредбе 300 имају који степен ослањања на „Скицу“, те на које се друге изворе 300 ослањао, видети у Tot 2022, 29–53.

²⁶ Као куриозитет може се поменути да то није први пут у историји српског права да један грађанскоправни пропис својим уводом надомешћује непостојање норми општијег карактера, с тим што су то у прошлом случају били прописи још вишег ранга и степена општости. Наиме, када је писао Грађански законик Кнежевине Србије (издат 1844. године), Јован Хаџић је покушао да у његовом уводу надомести непостојање норми о правима држављана Србије у тада важећем Турском уставу, заправо хатишерифу османског султана из 1838. године. (Претходни, кратковечни Сретењски устав из 1835. године имао је посебну главу посвећену овој материји.) Тако су се у Уводу тог законика, у одељку Б (који нема паралелу у аустријском законнику, нити другим узорима којима се Хаџић служио), нашле норме о неприкосновености личности и имовине, забрани ропства и сличне гаранције којима је пре место у уставу него у једном грађанском законнику (Аврамовић 2014b, 22–25).

ме изворнику“ (Перовић 2006, 9).²⁷ Да је то наслеђе дошло до изражаја, види се и по томе што у свим бившим југословенским републикама или 300 и даље важи без драстичних измена или су на снази нови закони који су прављени по узору на њега.²⁸ Његов квалитет и завидан номотехнички ниво (нарочито квалитетно ослањање на правне стандарде) надалеко су познати.

Више правних писаца поредило је Константиновића по значају и утицају са великим законописцима из 19. века. Још Ђуровић и Орлић (1978) поредили су значај новодонетог 300 и Константиновићев допринос његовом настанку са радом Валтазара Богишића на Општем имовинском закону за Црну Гору, али и истицали Богишићев утицај на Константиновића кроз више сличности у њиховим методима писања закона. Према оцени Божидара Марковића (1990, 1164), „с обзиром на оно што је урадио на кодификацији југословенског грађанског права уносећи у њега нове институције и нова решења, он свакако стаје у исти ред са својим великим претходницима на томе пољу, Јованом Хацићем и Валтазаром Богишићем – што за његова живота није било ни довољно уочено ни истакнуто.“ Према Перовићевом (2006, 9) мишљењу, „као кодификатор имовинског права стао је и остао уз Валтазара Богишића, и тиме увеличао правну заједницу словенског југа.“

7. КАСНИЈИ НАУЧНИ РАД И ПРИЗНАЊА

Константиновић нема много монографских публикација: већ је примећено да су једине његова докторска дисертација и „Скица“ (Константиновић 1998, 8). Није написао ни уџбеник, мада је дозволио да се белешке са његових предавања објављују шапирографисано као ауторизована скрипта за употребу студената (Константиновић 1952 и каснија издања). Уџбеник вероватно није написао због велике оптерећености наставним и другим стручним обавезама, али и због

²⁷ Примера ради, „Скица“ је прописивала да предмет уговора не сме бити противан закону (принудним прописима), јавном поретку или моралу, те да би такав уговор био (апсолутно) ништав (чл. 10, 22 и 25). 300 је, пак, говорио о супротности „уставом утврђеним начелима друштвеног уређења, принудним прописима и моралу социјалистичког самоуправног друштва“, да би се са постсоцијалистичким изменама појавиле границе „принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја“ (чл. 10 и 49).

²⁸ Тако, на пример, хрватски 300 из 2005. године, чије измене се углавном тичу усклађивања са правом Европске уније (мада су коришћени и други узо-ри), док су неке области декодификоване у посебне законе (Tot 2022, 55–80).

перфекционизма који му није дозвољавао да у таквим околностима лично објави несавршен текст (Кандић 2002, 215–216). За његове чланке је, ипак, примећено да „расправљају неке кључне проблеме и права су мала ремек-дела правничке прозе“ (Станојевић 1978, 269).²⁹

Велики број Константиновићевих послератних чланака био је посвећен темама којима се бавио као законодавац – од рада о реформи брака и заштити деце и мајки у Совјетском Савезу, упоредноправно важној за рад на одговарајућем југословенском закону (Константиновић 1945), преко напомена датих стручној јавности уз рад на Закону о наслеђивању (Константиновић 1947), до бројних радова из облигационог (и трговинског) права (на пример, Константиновић 1951; 1952; 1958; 1974), које је изазивало његово научно интересовање и пре него што је почео да ради на „Скици“, несумњиво, што због ранијих склоности, што због стања још веће правне несигурности у тој области него у међуратном периоду. Овде се може убројати и предговор издању српског превода швајцарског Законика о облигацијама (Константиновић 1976), у којем је приказао историјат швајцарске кодификације и њених измена, истичући неке важне особине попут јединства облигационог и трговинског права, утицаја немачких прописа и правне науке на швајцарско право, или старања законодавца да норме буду разумљиве обичним грађанима, где прави паралелу са Богишићем, док немачки Грађански законик истиче као негативан контрапример.

Посебно ваља истаћи један чланак о употреби старих „правних правила“ из предратних прописа на основу Закона о неважности правних прописа³⁰ (Константиновић 1957). У том раду он је сажето и оштроумно анализирао финесе употребе тог необичног правног режима – потребу да суд прецизно утврди са којим новим начелима и прописима је старо правно правило у сукобу (ако жели да избегне његову примену), комплексност ситуације у областима у којима предратно право није било унификовано, те питање важе ли априори сва предратна правна правила која нису у супротности са важећим прописима и уставним начелима.

Константиновић се служио свим великим европским језицима. У документацији везаној за запошљавање на Правном факултету из 1946. године навео је да зна француски и енглески, а да се служи

²⁹ Детаљну библиографију написала је Пајић (2015).

³⁰ Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, *Службени лист ФНРЈ* 86 од 25. октобра 1946, 105 од 27. децембра 1946, 96 од 12. новембра 1947 – обавезно тумачење.

немачким, руским и италијанским (АПФ: МК, службенички лист, општи упитник). Отишао је у старосну пензију 31. октобра 1968. године (АПФ: МК, картон запошљеног радника), али је наставио да се активно бави научним радом, „а додир с Факултетом није прекидао све до своје смрти“ (Лукић 1982, 5).

Михаило Константиновић је био изабран за дописног члана Југославенске академије знаности и умјетности (Одјела за филозофију и друштвене науке) 28. јуна 1956. године (*Drugo redovno zasjedanje* 1956;³¹ Брајковић 1983). Занимљиво, у каснијој литератури о њему тај податак се ретко наводи,³² а такође никад се не помиње директно као академик – редовно као професор. Био је предложен и за дописног члана САНУ, али одбио је кандидатуру: из писама Милану Бартошу види се да је разлог био то што би о његовој кандидатури, између осталог, одлучивао академик Тома Живановић, који је почетком окупације, 1941. године, насилно избацио Константиновићеву породицу из стана и уселио се у њега (Марковић, Павловић 2015, 85): односи у послератној академској заједници били су итекако осетљиви и затегнути.

Добио је Седмојулску награду 1969. године, а 1978. године одликован је Орденом заслуга за народ са златном звездом³³ (In memoriam 1982, 14; АПФ: МК, картон запошљеног радника). Исте, 1978. године, *Анали Правног факултета у Београду* објавили су троброј (3–5) „поводом кодификације облигационог права“, наглашавајући у уводном обраћању да „Уређи вачки одбор овим бројем истовремено изражава дужно поштовање које Правни факултет у Београду гаји према свом

³¹ За његову кандидатуру гласало је 25 чланова; било је шест гласова против и два неважећа листића.

³² Осим Брајковићевог некролога објављеног у *Ljetopisu* ЈАЗУ, у којем је неизоставан, овај податак наводе анонимни некролог у *Аналима* (In memoriam 1982, 14), Перовић (2006, 10) и Марковић и Павловић (2015, 85). Чак се ни на сајту Хрватске академије знаности и умјетности (2022), сукцесора ЈАЗУ, име Михаила Константиновића не помиње међу преминулим члановима. Потврду Константиновићевог чланства и упућивање на одговарајуће бројеве *Ljetopisa* добила сам од г. Маријана Липовца из Уреда за односе с јавношћу и медије ХАЗУ, на чему му се захваљујем.

³³ Орден заслуга за народ са златном звездом (раније Орден заслуга за народ 1. степена) био је највиши степен Ордена заслуга за народ, установљеног 1945. године „за нарочите заслуге изградњи социјализма и социјалистичких самоуправних односа, за организовање и учвршћивање општенодрожне одбране, сигурности и независности земље, као и за заслуге у области привреде, науке и културе“. У укупном хијерархијском низу југословенских одликовања био је 11. по реду (Гачић 2015, 26).

професору др Михаилу Константиновићу, који је својом ‘Скицом за законик о облигацијама и уговорима’ поставио темељ овој кодификацији“ (Симовић *et al.* 1978, 226).³⁴

8. ПОРОДИЦА, СМРТ И НАСЛЕЂЕ

Михаило Константиновић је живео у центру Београда, у Добрачиној улици и, повремено, на имању у Ивањици, које је волео и често посећивао (а које је набавио због пријатељства са Божидаром Спасовићем, који је тамо живео са породицом).³⁵ Константиновић је био ожењен Радојком (Беком), рођеном Поповић (рођена 14. јула 1899. године), која се примарно бринула о кући и породици, али са којом се некада и саветовао о важним одлукама.³⁶ Имали су двоје деце, којима је дао имена својих родитеља. Кћи Паве, рођена 27. маја 1925. године, пошла је очевим стопама и студирала права, али је, нажалост, умрла млада, 1954. године. Син Радомир, рођен 27. марта 1928. године, студирао је филозофију, а поред рада у струци прославио се и као књижевник; преминуо је 2011. године (АПФ: МК, картон запошљеног радника, службенички лист; Константиновић 1998, 5).

Михаило Константиновић је преминуо 30. јануара 1982. године у Београду, у 85. години живота, „уживајући неподељено најдубље поштовање својих ученика“ (Кандић 2002, 216). Правном факултету у Београду стигао је велики број телеграма саучешћа поводом његове смрти, претежно од других југословенских правних факултета, као и од Председништва савеза удружења правника Југославије (АПФ: МК).

Анали Правног факултета у Београду објавили су непосредно после његове смрти четири некролога – професора Лукића (1982) и Ђуровића (1982), Чедомира Милошевића (1982) у име Савеза правника

³⁴ Уједно је истакнуто да је „некако у исто време“ доношења 300 професор Константиновић „прославио свој осамдесетогодишњи рођендан“, што хронолошки не може бити тачно јер је рођен 1897. године. Вероватно су аутори ову истовременост узели приближно, а могуће је и да је припрема тематског броја била започета раније, када је већ било извесно да ће 300 у догледно време бити усвојен.

³⁵ Више о Константиновићевој вези са Ивањицом видети у Марковић (2015).

³⁶ Примера ради, у Константиновићевим дневничким белешкама из критичног периода пред приступање југословенске владе Тројном пакту, унос за 23. март 1941. године почиње речима: „Нисам ништа смислио. Бека не може да ми каже ништа. Сматра да бих због Споразума требао да останем, али не зна шта да каже о Тројном пакту“ (Константиновић 1998, 335).

и правосудних органа СР Србије, те још један анонимни (In memoriam 1982), а и само уредништво обратило се на почетку часописа кратком нотом којом је изразило дубоко поштовање према преминулом оснивачу часописа (Симовић *et al.* 1982). У *Ljetopisu* ЈАЗУ некролог је објавио Владислав Брајковић (Brajković 1983),³⁷ у *Гласнику Правног факултета у Крагујевцу* Обрад Станојевић, уредништво у *Правном животу*, а Радомир Лукић и један анонимни познаник огласили су се и у *Политици* (Пајић 2015, 309–310).

Други двоброј *Анала* исте године (3–4/1982) представљао је пригодну свеску Константиновићевих радова, с поднасловом „Изабрани чланци професора Михаила Константиновића.“ У њему је објављено 26 Константиновићевих радова – 25 чланака и предговор за превод швајцарског Законика о облигацијама – изворно објављених у периоду од 1924. до 1976. године. Велика већина одабраних текстова тиче се грађанског права, Константиновићеве примарне области истраживања.

Нажалост, последњих година су покушаји истраживања лика и дела, али и обележавања значаја Михаила Константиновића били неуспешни. У октобру 2014. године требало је да се у Ивањици одржи научни скуп „Михаило Константиновић – личност и дело“, са којег би накнадно био објављен и зборник радова. Нажалост, од позваних тридесет учесника, само петоро аутора је припремило реферате те скуп није одржан. Текстови су потом објављени у часопису *Hereticus* (3–4/2015). Када је 2015. године, поред амфитеатра у природи, на Ташмајданском парку иза Правног факултета, требало да буду постављене бисте Радомира Лукића, Михаила Ђурића и Михаила Константиновића, последња идеја је наишла на протесте, укључујући и од историчара Гојка Маловића, који се у новинском чланку изразито негативно поставио према Константиновићу. Трећа биста никада није постављена (Тркуља 2015, 32–33). Постојао је и план да Службени гласник, Правни факултет Универзитета у Београду и Досије студио поново објаве „Политику споразума“, односно Константиновићеве дневничке белешке, 2018. године, уз нови предговор Јовице Тркуље и Душана Мрђеновића, као и регистар основних биографских података о личностима које се у белешкама појављују. Књига је припремљена за штампу, али, нажалост, прва два саиздавача

³⁷ Пракса *Ljetopisa* је била да се за сваког члана преминулог током године објављује само један некролог у име институције.

су одустала од подухвата³⁸ те још увек није штампана (Тркуља 2021).³⁹ Овај посебни број *Анала* 2022. године, посвећен четрдесетогодишњици његове смрти, рекло би се, мења тај негативан низ – а свакако наставља веома лепу традицију поштовања академика Константиновића која је постојала и у свим ранијим редакцијама часописа.

Ипак, потребна је и већа пажња. Божидар Марковић (1990, 1164) приметио је да рад Михаила Константиновића на кодификацији грађанског права заслужује да се томе посвети једна исцрпна истраживачка монографија, те да то „представља не само нужност да се сачувају и обраде подаци за историју нашег законодавства и права него и дужност нашег правништва према личности и делу проф. Константиновића“. Иако су прошле више од три деценије од објављивања тог његовог текста, таква монографија још није написана. Потребу да се сачини „један трајнији, стамени научни портрет нашег Професора“ увиђао је и Перовић (2006, 32). Ни овај рад, наравно, није ништа до један пригодни прилог изучавању лика и дела Михаила Константиновића и аутор је свестан да је он могао и морао бити далеко обимнији и квалитетнији – да, заправо, ништа осим монографског проучавања на које је позивао још Марковић не би било адекватно. Али вреди нагласити да то изучавање мора бити свестрано и потпуно. Константиновић је, заиста, заслужио да о њему буде написана монографија – као о законодавцу, али и као о научнику и професору, као о политичару и јавном делатнику: укратко, биографија која би темељно истражила све аспекте његовог живота и дела.

БИБЛИОГРАФИЈА

Извори

- [1] Архива Правног факултета Универзитета у Београду – досијеа за послених: Михаило Константиновић (скраћено АПФ: МК).

³⁸ Први је план напустио Службени гласник, после чега ни Правни факултет није био у стању да испуни услед тога нарасле трошкове штампања целокупног тиража. Ипак, надамо се да ће књига у нешто измењеном издавачком аранжману ускоро угледати светло дана. На овим подацима се захваљујем проф. др Вуку Радовићу, управнику Издавачког центра Правног факултета Универзитета у Београду.

³⁹ Проф. др Јовица Тркуља ми је учинио доступним припремљени, необјављени електронски рукопис књиге, на чему му се овом приликом захваљујем.

- [2] Drugo redovno godišnje zasedanje skupštine Jugoslavenske akademije održano 28. lipnja 1956. godine. 1956. *Ljetopis Jugoslavenske akademije (za godinu 1956)* 63: 135–137.
- [3] *Комунизам на Београдском универзитету 1929–1940*. 2001 [1940]. Београд; фототипско издање, ур. Александар Жељко Јелић. Београд: Јуниор.
- [4] Константиновић, Михаило. 1998. *Политика споразума: дневничке белешке 1939–1941, лондонске белешке 1944–1945*, прир. Радомир Константиновић. Нови Сад: Агенција „Мир“.
- [5] Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907 (Stand am 1. Juli 2022). https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de, последњи приступ 12. октобра 2022.

Литература

- [1] Аврамовић, Сима. 2014а. Нуклеус такмичења у беседништву на Правном факултету у Београду. 22–23. *Примењена реторика: 20 година такмичења у беседништву*, прир. Сима Аврамовић, Дејан А. Милић. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [2] Аврамовић, Сима. 2014b. Српски грађански законик (1844) и правни транспланти – копија аустријског узора или више од тога? 13–45. *Српски грађански законик – 170 година*, ур. Милена Полојац, Зоран С. Мирковић, Марко Ђурђевић. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [3] Благојевић, Борислав Т. 3–5/1978. Закон о облигационим односима у светлости свог времена. *Анали Правног факултета у Београду* 26: 227–243.
- [4] Brajković, Vladislav. 1983. Mihailo Konstantinović (1897–1982). *Ljetopis Jugoslavenske akademije (za godinu 1982)* 86: 280–281.
- [5] Бркић, Милан. 3–5/1978. Општа питања уређења облигационих односа. *Анали Правног факултета у Београду* 26: 305–333.
- [6] Чавошки, Коста. 2011. *Устав као средство агитације и пропаганде*. Београд: Институт за савремену историју – Службени гласник.
- [7] Ђорђевић, Живомир. 3–5/1978. Начело једнаке вредности давања према Закону о облигационим односима. *Анали Правног факултета у Београду* 26: 349–366.

- [8] Ђуровић, Радомир, Миодраг Орлић. 3–5/1978. Од Општег имовинског законика до Закона о облигационим односима: Допринос професора Михаила Константиновића. *Анали Правног факултета у Београду* 26: 245–266.
- [9] Ђуровић, Радомир. 1–2/1982. In memoriam професору др Михаилу Константиновићу. *Анали Правног факултета у Београду* 30: 7–11.
- [10] Гачић, Драган (ур.). 2015. *Одликовања из легата Историјског архива Београда: каталог изложбе*. Београд: Историјски архив Београда.
- [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>, последњи приступ 22. октобра 2022.
- [13] Hrvatska akademija znanosti i umjetnosti. 2022. Članovi akademije. <https://www.info.hazu.hr/clanovi-akademije/clanovi/#>, последњи приступ 20. октобра 2022.
- [14] In memoriam професору др Михаилу Константиновићу. 1–2/1982. *Анали Правног факултета у Београду* 30: 13–17.
- [15] Јовичић, Миодраг. 1995. Идеје Михаила Илића о територијалној организацији власти у међуратној Југославији. 263–270. *Правна и политичка мисао Михаила Илића: саопштења са научног скупа одржаног 10. XI 1994. године*, прир. Драгаш Денковић и Јовица Тркуља. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [16] Кандић, Љубица. 2002. *Историја Правног факултета у Београду 1905–1941*. Друга књига, II том. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства.
- [17] Кандић, Љубица. 2005. *Историја Правног факултета у Београду 1941–1945*. Трећа књига. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства.
- [18] Капор, Владимир. 3–5/1978. Примена обичаја и узанси по Закону о облигационим односима. *Анали Правног факултета у Београду* 26: 335–347.
- [19] Компанџет, Зоран. 3–5/1978. Реални уговори након ступања на снагу Закона о обвезним односима. *Анали Правног факултета у Београду* 26: 617–628.

- [20] Konstantinovitch, Mihailo. 1923. *Le „periculum rei venditae“ en droit romain: thèse pour le doctorat (Ès-Sciences Juridiques), Présentée et soutenue devant la Faculté de Droit de l'Université de Lyon le Samedi 8 Juillet 1923, à 15 h. 30.* Lyon: Université de Lyon – Faculté de Droit.
- [21] Константиновић, Михаило. 1924. Прилог теорији ризика у римском класичном праву. *Архив за правне и друштвене науке VIII.* Прештампано у *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1982: 247–260.
- [22] Константиновић, Михаило. 1925а. Забрана злоупотребе права и социјализација права. *Архив за правне и друштвене науке X.* Прештампано у *Анали Правног факултета у Београду* 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] Константиновић, Михаило. 1925с. Означавање закона. *Архив за правне и друштвене науке XI.* Прештампано у *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1982: 294–306.
- [25] Константиновић, Михаило. 1928. Књижевни и уметнички рад и право (Ауторско право). *Летопис Матице српске* 318. Прештампано у *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1982: 308–350.
- [26] Константиновић, Михаило. 1930. Тенденција модерних законодавстава у смислу ограничења права на наслеђивање. *Друштвени живот.* Прештампано у *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1982: 351–360.
- [27] Константиновић, Михаило. 1931. Хипотека на стоци. *Споменица четвртог конгреса правника Краљевине Југославије*, ур. Стојан Јовановић. Београд: Конгрес правника Краљевине Југославије. Прештампано у *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1982: 365–383.
- [28] Константиновић, Михаило. 2–3/1933. Југословенски грађански законик (Аустријски или Црногорски законик?). *Правни зборник.* Прештампано у *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1982: 384–396.
- [29] Константиновић, Михаило. 1936. Колективни уговори о раду. *Наша стварност*; прештампано у *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1982: 397–409.

- [30] Константиновић, Михаило. 1945. Реформа брака и заштита деце и мајки у Совјетском савезу. *Архив за правне и друштвене науке* I. Прештампано у *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1982: 448–467.
- [31] Константиновић, Михаило. 1947. Опште напомене уз тезе за предпројекат закона о наслеђивању. *Архив за правне и друштвене науке* III. Прештампано у *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1982: 468–483.
- [32] Константиновић, Михаило. 1951. Однос између права на накнаду штете и права на осигурану суму (питање кумулирања). *Архив за правне и друштвене науке* 2. Прештампано у *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1982: 496–506.
- [33] Константиновић, Михаило. 1952. *Облигационо право: скрипта. 1: Општи део (према белешкама са предавања професора М. Константиновића средно В. Капор)*. Београд: Научна књига.
- [34] Константиновић, Михаило. 1952. Основ одговорности за проузроковану штету. *Архив за правне и друштвене науке* 3. Прештампано у *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1982: 507–519.
- [35] Константиновић, Михаило. 4/1957. Стара „Правна правила“ и јединство права. *Анали Правног факултета у Београду*: 431–437. Прештампано у *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1982: 540–548.⁴⁰
- [36] Константиновић, Михаило. 3/1958. Осигурање и одговорност у југословенском праву. *Анали Правног факултета у Београду*: 264–276. Прештампано у *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1982: 559–574.
- [37] Константиновић, Михаило. 1974. Конвенција о застарелости у области међународне продаје телесних покретних ствари. *Страни правни живот* 82: Прештампано у *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1982: 582–605.
- [38] Константиновић, Михаило. 1976. Предговор. *Швајцарски законик о облигацијама од 30. марта 1911. године. Са изменама и допунама извршеним до 1. јануара 1976. године*. Београд: Институт за

40 У издању из 1982. године погрешно стоји да је чланак изворно штампан у *Аналима* 3–4/1952, што је очигледна штампарска грешка, јер је часопис почео да излази тек 1953. године.

- упоредно право – Савремена администрација. Прештампано као Предговор за превод Швајцарског законика о облигацијама. *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/1982: 606–615.
- [39] Константиновић, Михаило. 2006 (1. изд. 1969). *Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима*. Београд: Службени лист СЦГ.
- [40] Круљ, Врлета. 3–5/1978. Монетарни номинализам и доктрина валоризма. *Анали Правног факултета у Београду* 26: 389–408.
- [41] Кршљанин, Нина. 2020. Живојин Перић о упоредном праву. 209–226. *Живојин М. Перић: личност и дело*, ур. Марија Драшкић, Нина Кршљанин. Београд: Универзитет у Београду – Правни факултет.
- [42] Лукић, Радомир. 1–2/1982. In memoriam професору др Михаилу Константиновићу. *Анали Правног факултета у Београду* 30: 5–7.
- [43] Маринковић, Танасије. 2020. Уставни идентитет видовданске Југославије. 95–121. *Сто година од уједињења: формирање државе и права*, прир. Борис Беговић, Зоран С. Мирковић. Београд: Универзитет у Београду – Правни факултет.
- [44] Марковић, Божидар. 7–8/1990. Михаило Константиновић, кодификатор југословенског права. *Правни живот* 40: 1157–1164.
- [45] Марковић, Ратко. 1–3/1991. Повест факултетског часописа. *Анали Правног факултета у Београду* 39: 1–9.
- [46] Марковић, Светислав Љ., Лела Павловић. 3–4/2015. Чачанске године Михаила Константиновића. *Hereticus* 13: 76–97.
- [47] Марковић, Светислав Љ. 3–4/2015. Михаило Константиновић у Ивањици. *Hereticus* 13: 98–110.
- [48] Милојевић, Момир. 1–2/2003. Професор и декан Михаило Константиновић. *Анали Правног факултета у Београду* 51: 173–183.
- [49] Милошевић, Чедомир. 1–2/1982. In memoriam професору др Михаилу Константиновићу. *Анали Правног факултета у Београду* 30: 11–12.
- [50] Мирковић, Зоран. 2020. Кодификовање грађанског законика нове државе и његово место у историји међуратних европских кодификација. 267–300. *Сто година од уједињења: формирање државе и права*, прир. Борис Беговић, Зоран С. Мирковић. Београд: Универзитет у Београду – Правни факултет.

- [51] Орлић, Миодраг *et al.* 1–2/2003. Реч уредништва. *Анали Правног факултета у Београду* 30: 8–9.
- [52] Пајић, Ивана. 3–4/2015. Библиографија радова професора др Михаила Константиновића. *Hereticus* 13: 271–319.
- [53] Перовић, Слободан. 2006. Скица за један портрет. 7–32. Константиновић, Михаило. 2006 (1. изд. 1969). *Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима*. Београд: Правни факултет у Београду.
- [54] Поповић, Драгољуб. 3–4/2015. Упоришне тачке Константиновићеве политике. *Hereticus*: 60–65.
- [55] Познић, Боровоје. 3–5/1978. Осврт на неке одредбе Закона о облигационим односима. *Анали Правног факултета у Београду* 26: 367–338.
- [56] Ристић, Слађан *et al.* 2016. *Каталог одликовања Републике Србије, војних спомен-медаља и војних споменица* (2. изд.). Београд: Министарство одбране (Медија центар „Одбрана“).
- [57] Савињи, Фридрих Карл фон. 1998 (1. изд. 1814). *Законодавство и правна наука* (прев. Бранимир Живојиновић). Подгорица: ЦИД.
- [58] Saccoccio, Antonio. 2020. *Il mutuo nel Sistema giuridico romanistico: Profili di consensualità nel mutuo reale*. Torino: G. Giappichelli Editore.
- [59] Симовић, Војислав *et al.* 3–5/1978. Реч Уређивачког одбора (без наслова). *Анали Правног факултета у Београду* 26: 225–226.
- [60] Симовић, Војислав *et al.* 1–2/1982. Реч Уређивачког одбора (без наслова). *Анали Правног факултета у Београду* 30: 3.
- [61] Станојевић, Обрад. 3–5/1978. „Скица“ Михаила Константиновића. *Анали Правног факултета у Београду* 26: 267–284.
- [62] Стефановски, Мирјана. 1995. Питање правне ваљаности Уредбе о Бановини Хрватској. 306–318. *Правна и политичка мисао Михаила Илића: саопштења са научног скупа одржаног 10. XI 1994. године*, прир. Драгаш Денковић и Јовица Тркуља. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [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] Тркуља, Јовица. 3–4/2015. Политика споразума Михаила Константиновића. *Hereticus* 13: 11–37.
- [65] Тркуља, Јовица. 2021. „Греси“ Михаила Константиновића (интервју, разговарала Анђелка Цвијић). *Нови магазин*. 1. мај. <https://novimagazin.rs/iz-nedeljnika-nm/246025-jovica-trkuljagresi-mihaila-konstantinovica>, последњи приступ 29. септембра 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 МИХАИЛО КОНСТАНТИНОВИЋ
– ПРАВНИК, КОДИФИКАТОР,
ПОЛИТИЧАР, УНИВЕРЗИТЕТСКИ
ПРОФЕСОР И ОСНИВАЧ
СПОЉНОТРГОВИНСКЕ АРБИТРАЖЕ*

/

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

Др Миодраг В. ОРЛИЋ*

МИХАИЛО КОНСТАНТИНОВИЋ И ПРЕУРЕЂЕЊЕ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА У СРПСКОМ И РАНИЈЕМ ЈУГОСЛОВЕНСКОМ ПРАВУ

У српској и ранијој југословенској јавности релативно мало се знало о Михаилу Константиновићу. Разлог је углавном било то што је иза себе оставио скроман број радова. На питање једног младог правника зашто није написао више, професор је одговорио да му није изгледало да је писање коментара о праву користан посао у ситуацији у којој закони не постоје или нису на потребној висини. Стога је одлучио да се посвети писању законских нацрта, а не књига о праву. Између два рата његова активност се састојала у критици стања права и покушаја да се у Нацрту грађанског законика, названог Предоснова, наметне аустријски Грађански законик. После Другог светског рата Константиновић је био искључиви редактор преднацрта закона из свих области грађанског права (изузев стварног права). Знатан број тих оригиналних текстова је у току времена био измењен и допуњен. Али чињеница је да и данас значајан део његових идеја уређује правне односе од Кајмакчалана до Караванки!

Кључне речи: *Михаило Константиновић. – Грађанско право. – Преуређење права. – Предоснова. – Српско право.*

* Правник, члан Академије наука и умјетности Републике Српске, Србија, urj@eunet.rs.

УВОД

У нашој јавности, па и међу правницима, о професору Михаилу Константиновићу се релативно мало зна. Ипак, при помену његовог имена неко ће се присетити да је пре рата био у Влади и да је поднео оставку после потписивања Тројног пакта 25. марта 1941. године. Старије генерације га памте као изузетног предавача. Млађи који прате нашу савремену књижевност имаће пред очима лик оца књижевника Радомира Константиновића.¹ Понеко ће рећи да му је број објављених радова скроман и да није у сразмери са угледом који је уживао као професор.

Занимљиво је да су суд о малом броју објављених радова изrekli и неки од угледних правника који су били велики поштоваоци професора Константиновића и имали само речи хвале и за његов рад на Факултету и у области права уопште. Тако, на пример, професор Радомир Лукић, правдајући га, рећи ће да је „страст за савршенством, што је схватио као дужност, узрок је што није дао још више радова који ће још дуго бити узор савршенства у својој врсти“ (Лукић, Константиновић 1928).

У својој књизи *Историја Правног факултета* професорка Љубица Кандић (2002, 215–216) на сличан начин говори о Константиновићу:

Професор Константиновић није написао уџбенике за предмете које је предавао, али су на основу његових предавања, пре и после Другог светског рата, настала скрипта из Облигационог права, насловљена Белешке по предавањима професора Михаила Константиновића. Изгледа чудно да професор који је спадао међу најбоље стручњаке у тако широким областима цивилног права није после дужег наставног и научног рада иза себе оставио стални уџбеник из Облигационог права. Тешко је улазити у разлоге и претпоставке зашто се такав уџбеник није појавио из пера Михаила Константиновића. Чињеница је да је он касно дошао на београдски Правни факултет (провео је на суботичком Правном факултету готово 11 година). По избору на Правни факултет у Београду био је укључен у интензиван рад на решавању бројних стручних питања, а он је увек, са само њему својственом систематичношћу и одговорношћу, обављао послове који су му поверавани. Такође треба напоменути да је проф. Константиновић, због недовољног

¹ Упоредити Цветићанин, Р. Константиновић 2017.

броја наставника на Катедри грађанског права, био веома ангажован у настави. Додајмо овоме и његов перфекционизам у раду, или, како је добро приметио Р. Лукић. Ако се узму у обзир наведене претпоставке и разлози, онда се донекле може разумети зашто до краја овог периода није настало једно систематско дело по мери и у складу са угледом проф. Константиновића.

Оваква мишљења поштовалаца проф. Константиновића, правдајући га разним обзирима, у основи му ипак замерају што није написао више. Неспоразум између Константиновићевог основног опредељења и ставова његових добронамерних критичара налазио се у једном дубљем слоју основних аксиолошких ставова. Основно питање се састојало у схватању о томе шта је у нашим условима најважнији задатак правника. Према мишљењу критичара, који су такво становиште изречно или прећутно заступали, аксиом приликом оцењивања доприноса неког правника, уз то универзитетског професора, требало је да буде број објављених уџбеника, коментара, монографија и чланака.

Гледиште о Константиновићевом „скромном“ доприносу правној науци лебдело је, изречно или прећутно, у мислима многих његових колега на факултету, мада се нико, због ауторитета који је професор уживао, није усуђивао ни да га отворено наговести, а још мање да га изрекне. Али, као у Андерсеновој бајци „Царево ново одело“ један млади правник из провинције, Никола Цицмил, ослобођен страхопоштовања које је владало у аули Правног факултета, упутио је писмо професору² у коме му се жалио на тешкоће да нађе одговоре на питања која су се постављала у пракси. Истичући да стално ишчитава професорова Скрипта из Облигационог права, питао га је:

...зашто није написао један комплетнији уџбеник, систем о облигационом праву који би обухватио све врсте уговора између правних и физичких лица и зашто такво једно дело није оставио својим ученицима и студентима да га могу користити као правници и практичари.

У одговору младом колеги проф. Константиновић је изложио своје схватање шта је првенствени задатак правника. Насупрот опште-прихваћеним погледима о одређивању вредности научног рада у области

² Из писма Николе Цицмила, дипломираног правника Службе друштвеног књиговодства, 30. августа 1967.

права, Константиновић је сматрао да писање уџбеника, евентуално и система грађанског права нема сврхе у ситуацији несрећеног законодавног стања. То је објаснио речима:³

Ја сам одавно ставио на хартију више него скицу целокупног грађанског права. Један од главних разлога која ме задржава је стање нашег позитивног права. Врло је чест случај да студије, па и уџбеници из те области постану макулатура после две-три године. А саставити књигу о „основним принципима“ једног права без стабилне законске основе не изгледа ми користан посао у нашим приликама.

Полазећи од тога да би писање коментара у ситуацији у којој недостају закони или нису на потребној висини, Константиновић је сматрао да се треба посветити изради нових закона који ће изражавати правно осећање и погледе народа, а на другој страни бити у складу са модерним кретањима у упоредном праву. Настављајући своју мисао Константиновић је рекао следеће:

Због тога сам се прихватио да саставим нацрт Законика о облигацијама. На том послу радим више година. Његов је завршетак у изгледу. До сада сам редиговао општи део, а од пре две године редиговао сам одредбе од неких двадесет и неколико посебних уговора. До сада то износи око 800 чланова, а томе ће требати додати још око 150–200 чланова, којима ће бити уређена материја неких мањих уговора.⁴

У закључку Константиновић је изложио свој поглед и своје опредељење:

Уверен сам да је овај посао важнији од писања система и коментара, и да он треба да буде обављен пре сваког другог. Чак и ако мој нацрт Законика не би био прихваћен, моји ученици и остали наћи ће у њему моје мишљење о институцијама облигационог права.⁵

Писмо младом правнику Константиновић је завршио следећим речима:⁶

³ Из писма Михаила Константиновића Николи Цицмилу, правнику Службе друштвеног књиговодства, Вршац, 15. октобра 1967. (из архиве М. Орлића).

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

Надам се да ћете у овим редовима наћи макар делимичан одговор на питање које Вас је натерало да „спасавате своју душу“⁷, желим Вам све најбоље и срдечно Вас поздрављам.

I. КРИТИКА СТАЊА У ПРАВНОМ СИСТЕМУ

1. ИЗЈЕДНАЧЕЊЕ ЗАКОНА

Михаило Константиновић се вратио у Србију као француски правник. Образован у земљи велике правне културе, био је непријатно изненађен затеченим положајем права у Србији и различитошћу закона у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца, доцнијој Југославији. Лионском доктору права морао је сметати српски Грађански законик, слабија верзија аустријске кодификације, донесен још у претходном веку. Непостојање систематских дела, оскудност правне литературе, недостатак збирки судских одлука, низак ниво правне културе; речју, стање које је било у оштрој супротности са високо уређеним правним системом Француске и њеним Грађанским закоником, системским делима високог квалитета, уређеним зборницима судских одлука са коментарима, часописима као што је *Revue trimestrielle de droit civil*. Таквом правном систему допринели су и велики правници: Marcel Planiol, François Gény, Louis Josserand, Edouard Lambert, Ambroise Colin, Henri Capitant, Raymond Saleilles и многи други чија су дела обележила крај XIX и почетак XX века.

Слика је била још неповољнија за Србију, када ју је Константиновић посматрао најпре из провинцијског Охрида, са подручја на којима је српско право било тек уведено, где је недостајало свега (књига, законских текстова са објашњењима, коментара судских одлука и правне литературе), а затим са осматрачнице у Суботици, са које су се врло лепо могле сагледати слабости српског права у поређењу са знатно напреднијим и за оно време модерним мађарским (угарским) правом.

Стање грађанског права у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца је остављало још гори утисак. Држава која је прогласила унитарност имала је шест потпуно раздвојених правних подручја, мноштво

⁷ Никола Цицмил се према одговору проф. Константиновића односио као према драгоценом документу. Сматрао је да му је дужност да га сачува и учини доступним нашој правној јавности. Преминуо је у храму правне науке, у Амфитеатру 5 Правног факултета у Београду у току дискусије о Преднацрту грађанског законика Републике Србије 26. јуна 2015.

међусобно неусклађених прописа, различите језичке изразе и правну терминологију, због чега је правни поредак био разбијен, а људи који су живели под владом различитих закона, упркос уједињењу, нису се осећали грађанима исте државе (Marković 1936, 1).

1.1. Разлог заштите субјективних права

Задатак правника у заједничкој држави, према Константиновићевом мишљењу, био је да се постигне изједначење закона (Константиновић 1925). Први разлог је била потреба да се омогући једнако уживање субјективних права на целокупној територији државе. Ондашње неповољно стање суботички доцент је илустровао низом случајева из породичног, наследног и статусног права.

Тако, на пример, у Војводини је, по мађарском законском члану XXXI §29 из 1894. године, био обавезан грађански брак. Да би брак био пуноважан и да би произвео правна дејства, требало је да буде закључен пред грађанским чиновником (матичар, први чиновник градске општине, срески начелник, начелник града). Правило је важило за Војвођане, али и за оне који то нису били, применом принципа *locus regit actum*. Насупрот томе, у Србији (у уже схваћеном значењу, дакле пре Великог рата, а стање је остало исто и у међуратном раздобљу), према §60 српског Грађанског законика, био је обавезан црквени брак (за лица православне вероисповести, а једним доцнијим законодавним решењем после конкордата са Ватиканом, слично правило се *mutatis mutandis* примењивало и на закључење брака између неправославних хришћана) (*ibid.*, 56).

Ако су се, дакле, Србин из Баната и Српкиња из Крагујевца венчали у Суботици, њихов брак био би пуноважан ако би одлучили да живе у Војводини, на пример у Петровграду (данас Зрењанин). Али, другачије би било ако би грађански венчани младенци одабрали да живе у невестиној постојбини у Крагујевцу или, зашто да не, у Београду. Наиме, духовни судови, који су у Србији били надлежни у тој материји сматрали би поменута лица невенчаним⁸, из чега су могле произаћи веома тешке последице за мужа и жену⁹, а поготово за њихову децу.

⁸ „Напротив, ако се Србин и Србијанка венчају у Војводини грађански, а не у цркви, србијански духовни судови, сматраће их за невенчане.“ *Ibid.*, 58

⁹ „На овом месту, аутор је напоменуо да му није било познато, да ли је у нашој судској пракси, доста било таквих случајева. Али је као пример навео да су судови у Бугарској (у којој је као и у Србији био обавезан црквени брак)

У обрнутој ситуацији, ако би Србин и Српкиња из Србије, ступили у црквени брак, на пример у Алибунару, њихов брак, ако би доцније живели у Новом Саду, био би неважећи (*ibid.*, 57), а према праву, које је важило у Војводини сматрало би се да живе невенчано. Али, ако би прешли преко Дунава или Саве и вратили се у Србију, њихов брак би према српском праву био пуноважан (*ibid.*). Још важније, деца рођена у таквој заједници, сматрала би се према праву које је важило у Војводини за небрачну, што је било изузетно неповољно у сваком погледу, а нарочито код наслеђивања. Насупрот томе, у Србији би се сматрало да тако рођена деца потичу из пуноважног брака и да доследно томе могу да уживају сва права, укључујући и наследна.

Слично, али још замршенији били су правни односи који су настајали код престанка брака. Наиме, окружни судови на територији преко Саве и Дунава који су судили бракоразводне парнице између Војвођана сматрали су да су надлежни да решавају спорове о разводу брака и оних лица која су брак закључила у Србији, дакле у цркви (*ibid.*, 57–58). Ако би брак био разведен, одлука би, разуме се, важила на територији Војводине, али није уопште сигурно да би могла важити и у Србији. Црквене власти са ове стране Саве и Дунава сматрале би да државни органи не могу развезати оно што је црква свезала и да грађански склопљен брак, иако разведен, и даље постоји. Ако би и првостепени судови (као државни органи) у Србији прихватили становиште Цркве, то би изазвало невероватне и готово нерешиве ситуације (*ibid.*, 58). Брак би са оне стране реке био разведен, а са ове пуноважан. Разведени супруг (било муж или жена) могао би у Војводини закључити нови брак и тај брак би био пуноважан, а деца законита. Насупрот томе, у Србији би такав брак био неважећи, а деца ванбрачна.

1.2. Разлог народног уједињења

Ако је изједначење закона у првом реду било неопходно ради пружања правне сигурности појединцима, оно је исто тако, ако не и више, било потребно за народно уједињење (*ibid.*, 60). Није непознато колико различитост законодавства утиче на јачање покрајинског духа

проглашавали за непостојеће бракове које су бугарски студенти закључивали у Француској пред грађанским властима (у којој је одавно био обавезан цивилни брак). Звучи као анегдота, али су таквим одлукама судови одбијали тражења Францускиња, које су долазиле у Бугарску да врате своје одбегле мужеве!" *Ibid.*

и представља препреку стварању јединства. Примери настајања модерних држава то потврђују. Сви народи који су тежили уједињењу сматрали су да циљ није потпуно постигнут све док се законодавство не изједначи.

У старој Француској свака покрајина је имала своје посебно право. „Кад је крајем средњег века, краљевство успело да сломи политички феудализам и да од скоро независних покрајина створи једну државу, највећи политичари и правници дали су се на припремање изједначења закона за које се сматрало да треба да буду крунисање дела народног јединства“ (*ibid.*). Француска револуција, која је у свему рушила стари поредак, у овом погледу је наставила тежњу монархије о изједначењу законодавства. Кад је напослетку Наполеон успео да оствари ту идеју, сви су се сложили да је појава Грађанског законика изузетан догађај, којим је коначно довршено народно уједињење.¹⁰

За лионског доктора права, француско искуство је указивало на пут решавања проблема изједначења. Према Константиновићевом (1925, 59) мишљењу:

Једини излаз из овог хаоса је изједначење закона, укидање свију покрајинских законодавстава и стварање истих законика за целу државну територију. Само стварање општих законика моћи ће онемогућити ова компликовања и често пута нерешива питања, која се данас постављају у правном саобраћају, и унети потребну сигурност у правни живот нашег народа. Изједначење закона и њихова кодификација за нас је, дакле, најпрешнија потреба.

2. ПРЕДОСНОВА ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА ЗА КРАЉЕВИНУ ЈУГОСЛАВИЈУ

Крајем 1919. године основан је Стални законодавни савет при Министарству правде са задатком да изради нацрте за изједначење законодавства у новонасталој Краљевини (Перић 1939, 1). На самом почетку рада поставило се питање којим путем поћи у припремању нацрта. У том погледу, постојала је битна разлика између кривич-

¹⁰ „...Грађански поредак учвршћује политички поредак. Ми нисмо више Провансалци, Бретонци, Алзашани, него Французи.“ Излагање о мотивима нацрта закона који се односи на сједињење грађанских закона у један скуп закона под називом француски Грађански законик (*Code civil français*) поднесен 26. вантоза (ventôse) године XII. Portalis 1988, 180.

ног и грађанског права. У првој области Влада је одлучила да се донесе потпуно нов законик (*ibid.*, 2), док је за другу изабрала да се за основ рада узме аустријски Грађански законик (у његовом хрватском издању из 1852. године). Нацрт који је израђен назван је Предоснова¹¹ јер је комисија „хтјела особито нагласити да њезин рад нема карактер дотјеране и готове законске основе“ (Maurović 1940, 93).

У области кривичног права припреме за доношење новог Кривичног законика (којим би се заменио стари од 1860. године) у Министарству правде Краљевине Србије (Живановић 1935, 91) почеле су још 1908. године. Комисија стручњака поднела је 1910. године министру правде Нацрт новог законика и мотиве¹² за његово доношење.¹³ Годину дана касније једна шира комисија прегледала је пројекат и у њега унела знатне измене и допуне.

По завршетку Великог рата, у новој, проширеној држави указала се потреба да се донесе Кривични законик за целу земљу. Срећна околност је била та што је Србија имала готов припремљени пројекат Казненог законика на високом стручном и научном нивоу¹⁴, уз то пропраћен мотивима са детаљним образложењем и објашњењима. Сасвим природно је било да се Нацрт новог Кривичног законика за Краљевину припрема на подлози српског пројекта из 1911. године. Нацрт је и после разматрања у стручној јавности (нарочито у Словенији и Хрватској)¹⁵

¹¹ Предоснова Грађанског законика за Краљевину Југославију, објављена је у Београду 1934. године. Рад на припреми и изради Предоснове започео је Приватноправни одсек Сталног законодавног савета децембра 1919, а наставила га је Комисија стручњака 1930. године. Одсек (касније Комисија) сачињавали су: Ђорђе Несторовић, председник, Драгољуб Аранђеловић, Грегор Крек, Лазар Марковић (само у Одсеку, а не и у Комисији), Иван Мауровић, Живојин Перић, Добривоје Петковић, Михаило Тадић (није се примио чланства у Комисији), Живан Спасојевић. Секретар Одсека је био Николај Пахоруков. Начелници Законодавног савета су били: Сава Шапчанин, Милан Петровић, Милан Куглер и Бертолд Еиснер.

¹² Пројекат и мотиви Казненог законика за Краљевину Србију, Службено издање Министарства правде, Београд, 1910. Пројекат је преведен на немачки и објављен у зборнику: *Sammlung Ausserdeutscher Strafgesetzbücher, Vorentwurf zu einem Strafgesetzbuch für Königreich Serbien*, Heft 52, Berlin 1911.

¹³ Упор. Neubecker 1911. Објављено и на српском у преводу Драг. С. Јањића: Фридрих Карл Нојбекер, Пројекат Казненог законика за Краљевину Србију, критичка скица. *Архив за правне и друштвене науке* 5–6/1911, 321–353.

¹⁴ Упор. „...Un nuovo codice penale, considerato una delle migliori e più moderne codificazioni del tempo (Нови Кривични законик, сматран за један од најбољих и најмодернијих законика у оном времену).“ Benacchio 1995, 153.

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

објављен заједно са мотивима. Народној скупштини је био упућен 1926. године и разматран је у Законодавном одбору. После државног удара, Кривични законик је објављен већ 27. јануара 1929. године, као један од првих законодавних аката у реци која је потекла, када су бране опструкције у Скупштини биле уклоњене (Живановић 1935).

Сасвим је другачија ситуација била у Грађанском праву. Док је у Кривичном праву имала пројекат Кривичног законика праћен мотивима, једно модерно дело на високом научном нивоу, Србија је у Грађанском праву потпуно неспремна дочекала уједињење и стварање нове Државе. Иако је имала бриљантне правнике светског гласа, који у научном погледу, ерудицији и искуству нису заостајали за стручњацима из Кривичног права, у припремама за доношење Законика били су далеко иза њих. У Кривичном праву владала је систематичност у раду, јасан избор основе и методично вођење послова да би се стигло до циља. На супрот томе у Грађанском праву нису били јасно постављени циљеви, није било дугорочне и доследне сарадње универзитетских професора и министара правде,¹⁶ нити је рад на припремању и изради Грађанског законика, икада био постављен као први и најважнији задатак личне посвећености и удружених напора. Тако се Србија нашла у ситуацији да прими туђи аустријски Грађански законик (истина у хрватском издању) као основ за израду југословенског Грађанског законика, а да њен сопствени Законик од 1844. године због мањкавости и анахроности не буде ни помена вредан¹⁷, кад се разговарало о избору модела.¹⁸

2.1. Расправа о Предоснови

Међу узроцима који су успоравали рад на припреми и доношењу грађанског законика и који су на концу осујетили да се Предоснова¹⁹ донесе као грађански законик, били су, пре свега, разлози концепцијске

¹⁶ „У времену када се... опажа на свим пољима државне делатности плодан рад неће ваљда ни српско приватно право остати пасторче, које већ ево шесет година жудно чека, да најзад и на његову реформу дође ред.“ Аранђеловић 1904, 457.

¹⁷ „Из доступне грађе је видљиво да СГЗ није уопште узиман у обзир као основа за писање грађанског законика нове државе јер је већ деценијама критикован као застарео, непотпун итд.“ Мирковић 2021, 19.

¹⁸ „Буде ли Предоснова... добила моћ закона, ...имали (бисмо) законик, који би био бољи и у многим напреднији од садашњих наших законика тј. бољи од хрватскога, кудикамо бољи од српскога, а напреднији и од словенскога.“ Мауровић 1940, 96.

¹⁹ Упор. разматрања о предоснови у обимној студији: Radovčić 1975, 249–306.

природе и неки други који су се тицали садржине језика, стила, вредносних погледа на место и улогу законика итд. Наиме, и на почетку и у току рада Комисије постављало се питање на којим основама треба израдити нацрт, појавила су се два потпуна опречна схватања. Према првом, преовлађујућем схватању, које су заступали чланови Комисије (доследно и непоколебљиво)²⁰ али и многи правници изван ње²¹, за основ Законика требало је узети аустријски Грађански законик. Према другом становишту, у изради нацрта ваљало је поћи од Општег имовинског законика за Црну Гору.

За прихватање аустријског Грађанског законика залагали су се хрватски и словеначки правници. То је и разумљиво, када се узме у обзир да је АГЗ био преведен на хрватско-српски језик и да су се дугом употребом правници у Хрватској и Словенији били навикли на њега. Међутим, и на српској страни је било угледних правника који су сматрали да аустријски Грађански законик треба да послужи као

²⁰ У првом реду Иван Мауровић, истакнути хрватски правник, који је на почетку сматрао „да у нашој држави док не будемо могли створити сасвим нови цивилни кодекс на висини науке и према потребама наших прилика, било би најбоље да останемо сваки при својем цивилном праву“. Maurović 1923, 98.

Од тренутка кад је у Законодавном савету била донета одлука да се преради аустријски Грађански законик, постао је најдоследнији и најнепоколебљивији заступник концепције о узимању аустријског Грађанског законика (у хрватској верзији) за подлогу Предоснове: „То 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 slabosti, 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.

У истом смислу: Maurović 1932, *passim*, нарочито 5; Maurović 1934, 3.

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.

основ за израду југословенског грађанског законика.²² Насупрот томе, према другом схватању полазна тачка за израду грађанског законика требало би да буде Општи имовински законик за Црну Гору, а не аустријски Грађански законик. Ово, друго схватање заступао је један број истакнутих правника млађе генерације у Србији, од којих ће неки доцније, после Другог светског рата, играти значајну улогу у доношењу најважнијих и најбоље израђених закона у области грађанског права.

Поборници овог гледишта су с једне стране критиковали поступак редактора Предоснове, који су за полазиште узели аустријски Грађански законик, а затим су доказивали да Општи имовински законик има потребне квалитете да послужи као основ будућег законика. Њихова разматрања су се састојала из два дела. У првом делу била је изложена критика Предоснове и њеног изворника аустријског Грађанског законика. У другом делу били су изнети на видело, помало заборављени и запостављени квалитети Општег имовинског законика. Њихове примедбе на Предоснову придруживале су се напоменама најоштријих критичара Предоснове, али су ишле још даље јер су критику доводиле до крајњих консеквенци, а то је био закључак да аустријски Грађански законик не треба узети за основ југословенског грађанског законика, већ да у ту сврху треба да послужи Општи имовински законик за Црну

²² Један број угледних правника прихватао је становиште о оправданости одлуке да се Предоснова изгради угледањем на аустријски Грађански законик и у својој критици се ограничава на побољшање текста. Упоредити, како је говорио М. Пливерих: „Uvažavanjem razloga, koji su vodili sastavljače Predosнове 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 uvijek dobro, ali koji od svoje podloge i odstupa, ukoliko to traže današnje prilike.“ Eisner, Pliverić 1938, 7. Слично: „Полазећи са становишта да се та основица сада не може мењати и да је допуштен само рад коректорски, ја ћу одмах прећи на преглед појединих прописа Законика и дати своје мишљење шта би и како требало исправити како у садржини појединих прописа, тако и у стилу и језику како би и наш будући грађански законик био што потпунији, одређенији и јаснији, од чега ће умногоме зависити и његова правилна примена“ Урошевић 1936, 176. Такође: „Према свему реченом, питање на којој основи треба израдити законик већ је решено и не може се нити има времена да се мења пут којим се ишло, већ се старати да у скорој будућности дођемо до Грађанског законика. С погледом на примедбе учињене са разних страна на Предоснову, у ову се могу унети још многе добре ствари а и учинити потребне исправке.“ Шапчанин 1937, 317.

Гору (Константиновић 1982; Јанковић 1932; Матановић 1936, 267–276, нарочито 271).²³ Доцнији развој догађаја дао им је за право, потпуно кад је реч о првом делу, делимично кад је реч о другом.

2.2. Критика опредељења за аустријски Грађански законик

Константиновић се већ у првом ставу, о питању шта изабрати за основ рада на будућем законик, развио са полазиштем Комисије. Према његовом суду, Комисија је направила рђав избор када се определила за аустријски Грађански законик. Да би изразио своје дубоко неслагање, суботички професор (Константиновић, 388) упућује следеће речи:

Усвајање аустријског грађанског права представља национално-политички једну погрешку. Југославија треба да има југословенски законик створен према потребама Југословена. Он треба да је једно средство за стварање Југословенства. Обично се и не сумња колико је васпитна моћ закона под извесним условима, разуме се, а и лако се заборавља да није саветно у једну револуционарну творевину, као што је то наша земља, уносити дух срушеног поретка. Победнички Рим је имао рђаво искуство са побеђеном Грчком. Питање је просто и оно се своди на то да ли ми желимо да Југославија буде имитација Аустрије или земља која ће имати сопствени дух и сопствену физиономију.

Идеја о настанку законика по узору на стварање француског права и француске државе била је јасна и са далекосежном поруком. Више није била реч о различитим погледима Срба и Хрвата на стварање права него о односу између југословенског и аустријског права. Питање је дакле било како ће се убудуће грађанско право развијати – да ли на темељима аустријског или југословенског права. Оно прво је више од сто година обитавало на већем делу земље, што непосредно и у целини (Хрватска, Словенија), што посредно или делимично (Србија, Босна и Херцеговина, Војводина). Ово друго постоји само као идеја и тек треба да се ствара. Константиновић, правник изразито југословенске оријентације²⁴, носио је у себи чврсто уверење: ако се не изгради југословенско право, неће бити ни Југославије као државе.

²³ Видети Константиновић 1982; Јанковић 1931; Матановић 1936, 267–276, нарочито 271.

²⁴ Своје југословенско уверење, Константиновић је носио у свом унутрашњем бићу и пре него што је Југославија била проглашена, али идеји југословенства остао је веран до краја живота и испољавао ју је у свим приликама и у оквирима

Студија младог суботичког професора права била је први, рани глас супротстављања званичној концепцији о начину израде Предоснове. Убрзо после његове студије појавили су се и други чланци против владајућег схватања. Временом се њихов број увећавао тако да је формирана значајна група противника Предоснове.²⁵ Што је још значајније, она ће артикулисати и мишљења у јавном мњењу која су немушто изражавала незадовољство.

Са национално-политичког становишта схваћеног у најширем смислу, није препоручљиво преузимање туђег права. Оно собом носи опасност да са законима продиру и правне институције које су настале у земљи порекла, а не одговарају земљи која их преузима, као и политичке идеје које су инспирисале доношење закона и његову примену.²⁶ Због тога треба сачувати дух народа и његову живу стваралачку енергију и не уносити правне институције из правних система држава из којих нам прети или у будућности може запретити опасност по интерес државе. Ако је пак рецепција неопходна, правне институције треба преузимати из земаља од којих нам таква опасност не прети. Оне могу остваривати културни, али не и политички утицај.

После суботичког професора права, исте или сличне разлоге у критици Предоснове и већ донетог законодавства у области грађанског процесног права износили су још неки правници углавном млађе генерације. Неки од њих (Јанковић 1931, 4) позивали су се и угледали на његову студију о југословенском Грађанском законнику, неки други развијали су сопствену концепцију. Тако је Драгутин Јанковић најпре упозоравао да наши процесни закони (стечајни закон, закон о принудном поравнању ван стечаја, закон о судском поступку у грађанским парницама и сл.) не само да воде порекло од аустријских оригинала него су и у концепцији и употребљеном материјалу готово дословно пренети из аустријског законодавства (*ibid.*, 2). После одговора Ивана

који су били могући. Између осталог, водио је преговоре са хрватским преговарачима о Споразуму (1939), а као куриозитет треба поменути да је био члан Југословенске академије знаности и умјетности (*Ljetopis Jugoslovenske Akademije*, књига 63, Zagreb 1959, 187–189), али не и Српске академије наука и уметности.

²⁵ Драгутин Јанковић, Чеда Марковић, Станко Франк, Божидар С. Марковић, А. Метановић.

²⁶ „У оним случајевима где је рецепција иностраног права била неизбежна, зар се није могло угледати и на остала европска законодавства, као што је швајцарско, италијанско, белгијско и др.“ Данић 1933, 418.

Мауровића²⁷ на чланак београдског адвоката, Јанковић (1931, 178) је у наставку полемике још више истакао национално-политички аспект тог питања следећим речима:

*А оно што је овде битно и што чини суштину проблема, јесте питање: колики је државни и национални ризик за нас, пренети аустријско законодавство у Југославију да би се извршило изједначење закона у њој? Јер то аустријско законодавство носи у себи дух једног срушеног поретка, а за нас значи један огроман историјски анахронизам, оживети поново тај дух у Југославији, чије је револуционарно порекло трампирано у рушењу истог тог аустријског поретка. Тражити нам на томе пољу концесије, значи тражити нам нешто што је противно у основи нашем националном бићу и стварати поново, једном већ уклоњену аустријску превласт и авет Drang-a. Може аустријски грађански законик бити најсавршенији и најбољи на свету, под овим ауспицијама он ће за Југославију бити најгори. Timeo Danaos et dona ferentes.*²⁸

И у Хрватској²⁹ је указивано на опасност преузимања туђег права и супротстављања концепцији Предоснове (Франк 1934, 289; Чулиновић 1937, 188 и даље), мада у мањем броју него у Србији и у умеренијем тону.

Тако је у једној студији Станко Франк (1934, 300), професор универзитета у Загребу, разматрајући питање о изједначењу права уопште, упозорио на опасности од преузимања туђег права. Његове мисли заслужују да се наведу у нешто ширем облику:

Под туђим правом разумијемо и оно право, које је можда важило у једном дијелу нове државе. Али туђе право не преузима се у улози господара, него у улози слуге. Оно има да служи потребама нове државе. Оно има да послужи као средство за организацију нове државе и само колико је подесно за ову сврху има се преузети.

²⁷ Мауровић каже да Јанковић није једини који је незадовољан јудициелним (процесним, прим. М. О.) законодавством, он је само први који се бацио копљем, а за њиме стоји цела фаланга незадовољника. Maurović 1932, 1.

²⁸ У истом смислу: Јанковић 1936, 145–146.

²⁹ Упоредити: „Крај таквог стања ствари не може оправдати рецепција баш овог законика, поготово кад имамо бољих узора. Имамо немачки Грађански законик, који је далеко савршенији од аустријског, а имамо коначно и још новији законик швајцарски. Оба ова законика представљају велики напредак према аустријском законнику, па се крај постојања тих законика не може оправдати, да реципирамо аустријски законик.“ Враговић 1933, 554.

То је важан услов на који треба добро припазити, јер ту постоји нека опасност. Путем туђега права могле би се наине ушуљати и туђе политичке концепције. Треба бити на опрезу да туђе право не дође у нову државу у улози владара. Преузимајући туђе право не смије се преузети и његова политичка концепција уколико је она држави, која преузима страна. Јер услјед политичке динамике права преузимање туђега права, као средства за изједначавање значи увијек у неком погледу и изједначавање са правом државе – могло би се казати са оном државом – од које је право преузето. Преузимање могло би тако да значи у задњем реду промицање циљева државе од које се преузима, који опет могу да буду опасни по државу која реципира нпр. империјалистички.

Унеколико другачији је био приступ Ферде Чулиновића (1937, 188), али исто толико критичан у односу на владајуће схватање. Док је Франк критиковао преузимање туђега права, због опасности за државу, Чулиновић је замерао Комисији занемаривање народног права. „Предоснова“, рећи ће, „не представља народно право. Она је израз туђега права“ (*ibid.*, 196). Наш народ нерадо иде пред суд. Но када већ долази пред суд, тад он тражи правду. Нажалост, чест је случај да у том најважнијем часу, долази до сукоба писаног закона и неписаног народног права:

*Народно схватање о праву и правници запостављено је... Наши закони нису одраз народне душе! Ако су закони душа једног народа, једне правно организоване средине, тада је скроз штетно да се узимају туђи закони. Душу не треба позајмљивати, а наш народ за то заиста нема никакве потребе (*ibid.*, 201).*

Најобухватнију анализу и најоштрију критику Предоснове изложио је пред правничком јавношћу Чедо Марковић, Константиновићев старији колега са Правног факултета у Суботици. Његова разматрања почињу начелним замеркама, настављају се примедбама на систем, садржину и језик, а завршавају се напоменама уз поједине параграфе Предоснове све до претпоследњег. (Последњи 1432 параграф, који говори о одрицању од застарелости и о њеном продужењу, остао је неким чудом поштеђен критике.) (Marković 1936).

Од два битна пропуста у раду Комисије, спорост у раду и избор модела за Законик, аутор се не задржава дуго на првом, али зато посвећује сву своју пажњу другом. Аутор наине сматра да је велика погрешка Комисије што је за основу рада на Предлогу југословенског грађанског законика узела Општи аустријски грађански законик из 1811. године

(у тексту који важи у Хрватској) и Новелама из 1914, 1915. и 1916. године. Према његовом суду, та погрешка је извор свих и мањих и већих бројно многих мана Предоснове.

Према Марковићевом (1936, 290) мишљењу, када се Предоснова посматра као целина, општи утисак који се стиче, веома је неповољан. Предоснова није на висини савремених законика и нацрта. Она представља новелирање новелираног аустријског Грађанског законика (*ibid.*).³⁰ Ако се под новелирањем једног законика подразумева крпене (закрпа, поправка, доправка, репарација) неке старе (дотрајале, подеране, оронуте) ствари, Предоснова је сликовито речено крпеж крпежи.³¹ И поред извесног броја прописа, који јој чине част,³² она не задовољава ни системом ни садржином ни језиком (Marković, 1936, 290).

Мауровић је бранио концепцију редактора Предоснове аргументом да је аустријски Грађански законик важио на великом делу територије земље (у Хрватској и Словенији, а са новелама у Словенији и Далмацији), а посредно или делимично и у Србији, Босни и Херцеговини. Навео је да је, после више од стодвадесет година примене, важење аустријског Грађанског законика чињеница која се не може пренебрегавати. У сваком

³⁰ Чедо Марковић је своју критику Предоснове изложио најпре у виду предавања у Удружењу правника 3. јануара 1936, а затим је текст предавања, под називом „Предоснова Грађанског законика“, објавио у два часописа: у *Правосуђу* 1/1936, 1–12 (латиницом) и у *Браничу* 2/1936, 49–58 (ћирилицом). На верзију чланка у *Правосуђу* осврнуо се Иван Мауровић текстом „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)“ у *Mjesečniku* 6–7/1936, 267–280. После те прве измене критика у одбране Предоснове, Ч. Марковић је објавио: „Одговор на одбрану предоснове Грађанског законика“, *Правосуђе* 9/1936, 385–401 (овога пута ћирилицом – *Правосуђе* је објављивало приложена оба писма, по избору аутора), а Мауровић чланак „Odgovor“ gosp. dra Čede Markovića 'na odbranu predosнове građ. zakonika“, *Mjesečnik* 11/1936, 499–508. Полемiku је окончао онај који ју је и започео.

³¹ Израз „крпеж крпежи“ нагласио је аутор. *Ibid.* Али овакви изрази нису долазили само са једне стране и само у области грађанског права. Упоредити за другу страну и кривично право: (српски пројекат Казненог законика): „...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 По Марковићевом суду то су §§ 152, 162, 175, 199, 203. Marković 1936, 12 (напомена означена звездицом).

случају, у Комисији није било никаквих недоумица о томе да хрватски (аустријски) Законик треба да се узме за основу рада (Maurović 1936, 268–269).

Даље се полемика између професора Чеде Марковића и Ивана Мауровића наставила прилозима у часописима. После прве измене критика у одбране Предоснове, Ч. Марковић је објавио „Одговор на одбрану предоснове Грађанског законика“ (Правосуђе 9/1936, стр. 385–401 (овога пута ћирилицом – Правосуђе је објављивало оба писма, по избору аутора), а Мауровић чланак „‘Odgovor’ gosp. dra Čede Markovića ‘na odbranu predosнове грађ. законика’“ (Mjesečnik 11/1936, 499–508). Полемику је окончао онај који ју је и започео речима: „И на крају свако најбоље служи циљу када без устручавања изрази своја најдубља уверења онако како му на срцу леже“ (Marković 1936, 10).³³

Као што је смањен тон у расправи у часописима, тако је ускоро био умањен и значај Предоснове у правном животу. Објављивање текста Предоснове требало је да истовремено прате мотиви у којима би се објасниле и образложили основне идеје и садржина појединих параграфа. Уместо тога, Иван Мауровић, како је сам рекао, *sua sponte* је саставио Извјештај о Предоснови (Maurović 1934) и објавио га убрзо по штампању званичног текста Предоснове, док је Живојин Перић потом са извесним задоцњењем објавио Образложење Предоснове Грађанског законика (Perić 1939), део материје §§ 1–319, на широко замишљеној научној бази и у великом стилу. Тако је велика расправа вођена поводом Предоснове почетком тридесетих година, после њеног објављивања, утихнула и убрзо потонула у заборав.

3. ЗАКЉУЧАК

Покушаји да се грађанско право изједначи тако што ће се изградити Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију нису уродили плодом. Али, ни поборници концепције садржине у Предоснови ни њени противници нису постигли потпуни успех. Први су могли да истакну да је рад доведен до краја и да је текст Предоснове, као Нацрт грађанског законика, објављен 1934. године. Али од тренутка кад је објављена, пројекат Предоснове већ је био на силазној путањи. Отуда су и ови други противници концепције могли да буду задовољни

³³ Чланак је објављен у јануару, а у септембру те исте године Ч. Марковић је преминуо.

јер Предоснова никад није постала закон. Али посматрано са ширег, друштвеног становишта, резултат је био незадовољавајући – са изузетком Кривичног законика и процесних закона, Краљевина Југославија је у правном погледу остала раздељена на шест правних подручја, што је досезало и до времена после Другог светског рата.

II. СТВАРАЊЕ НОВОГ СРПСКОГ ОБЛИГАЦИОНОГ ПРАВА

1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ О РАЗВОЈУ

На раскршћу правних утицаја по завршетку Другог светског рата, после неуспелих покушаја ревизије српског Грађанског законика³⁴ у другој половини XIX³⁵ и у првим годинама XX века³⁶, као и разочарања које

³⁴ Српски Грађански законик донет је 25. марта 1844. године и био је на снази више од сто година. После првих покушаја да се нацрт припреми по угледу на француски Грађански законик, који нису уродили плодом, рад на Законнику преузео је Јован Хацић, доктор права Пештанског универзитета, који је нацрт израдио следећи у значајној мери аустријско право. Српски Грађански законик је представљао већим делом скраћену верзију аустријског Грађанског законика из 1811. године (у области стварног и облигационог права) док се у породичном и наследном праву ослањао на обичајно право које је до тада важило у Србији. Видети подробније: Историја настајања грађанског законодавства у Србији (у даљем тексту: Историја). *Рад на изради Грађанског законика. Републике Србије* 1. Београд, новембар 2007, 31 и др.

³⁵ Мисао да би било пожељно извршити темељиту реформу Грађанског законика почела је да сазрева у другој половини XIX века. Министар правде (С. Вељковић) покренуо је иницијативу за рад на ревизији Законика и поверио га Николи Крстићу, судији Касационог суда. Иницијатива је остала без резултата јер се Државни савет изјаснио против иоле замашније реформе, предлажући само модификације основног текста у складу са до тада учињеним изменама, допунама и објашњењима. Упоредити Историја, 53–54.

³⁶ Нову иницијативу за реформу Грађанског законика покренуо је на почетку XX века Драгољуб Аранђеловић, професор београдског Правног факултета. Полазна тачка у његовом размишљању била је да је промена Грађанског законика неопходна због његових недостатака и незадовољавајућег квалитета. У даљим разматрањима Аранђеловић је најпре искључио могућност да се у Србији приступи изради једног оригиналног законика него се определио за угледање на неки од европских грађанских законика, који би послужили као узор за израду новог законика. Пошто је анализирао врлине и слабости француског, немачког, Општег имовинског законика за Црну Гору и аустријског Грађанског законика, он се определио за овај потоњи. Према његовом мишљењу, тако би се сачувао континуитет јер би се наш правни живот кретао по истом путу којим се кретао од 1844. године само што би, сада, тај пут био раван и без препрека, које су биле последица једног рђавог

је за собом оставила Предоснова Грађанског законика за Краљевину Југославију³⁷ и после искустава са аустријским правом³⁸ међу српским правницима сазревало је уверење да приликом израде грађанског законика³⁹ треба трагати за оригиналним решењима. Идеје о самостал-

и скраћеног правца. Како та иницијативе није имала већег одјека, Влада Краљевине Србије је 1908. године донела одлуку да се приступи реформи Грађанског законика. Комисија која је била формирана с тим циљем одлучила је да за основу свога рада узме немачки Грађански законик. Али ни тај покушај није довео до резултата. Може се само претпоставити да је рад обустављен због балканских и Првог светског рата. *Ibid.*

³⁷ Стварање државе Срба, Хрвата и Словенаца после Првог светског рата означило је само политичко уједињење Југославије. У правном погледу остале су знатне разлике, особито у области грађанског права. Отуда се, с разлогом, могло говорити да и поред јединствене државне територије постоји шест великих правних подручја. У раздобљу између два светска рата чињени су покушаји да се законодавство изједначи. Предоснова Грађанског законика за Краљевину Југославију израђена на основу аустријског Грађанског законика означавала је завршни израз настојања да се донесе јединствени законик за целу земљу.

³⁸ Док је старија генерација правника, као што су Живојин Перић, Драгољуб Аранђеловић и Ђорђе Несторовић, а од млађих Лазар Марковић, имала позитиван став према аустријском праву, нови нараштај правника, као што су Чедо Марковић, Михаило Константиновић и Божидар Марковић, одбијао је сваку помисао да Предоснова израђена према АГЗ-у, па тиме и аустријско право, треба и даље да важе у Југославији, па тиме и у Србији.

³⁹ Изјашњавајући се против идеје да се аустријски Грађански законик узме за основ новог законодавства у Краљевини Југославији, М. Константиновић је још 1933. године у чланку „Југословенски грађански законик“, изложио своје гледање на то какав карактер треба да има будуће право: „При израђивању законика води се на првом месту рачуна о идејама обичајима и потребама средине за коју се он ствара“ (стр. 70); „Усвајање аустријског грађанског права преставља национално-политички једну погрешку. Југославија треба да има југословенски законик према потребама Југословена. Он треба да је једно средство за стварање југословенства“ (стр. 74); „Питање је просто и оно се своди на то да ли ми желимо да Југославија буде имитација Аустрије, или земља која ће имати сопствени дух и сопствену физиономију“ (стр. 74). Пошто је у другом делу размотрио предности и мане аустријског Грађанског законика са становишта правне теорије, писац је извео следећи закључак: „Аустријски грађански законик није за нашу земљу. И са тачке гледишта национално политичке и са гледишта научно-правног, као и са гледишта судске праксе његово усвојење имало би штетних последица“ (стр. 77). У сличном тону писао је још један млади правник у то доба. Божидар С. Марковић је, пошто је изложио да је дух аустријског права супротан менталитету нашег демократски расположеног човека и потребама наше земље (Б. Марковић 1939, 27), за будући грађански законик препоручио метод који је Валтазара Богишића употребио при изради ОИЗ за Црну Гору. „Што значи да би се као материјал имало узети у обзир све право, и писано и обичајно, које се данас практикује у нашој земљи, и да се оно затим систематски сложи по начелима

ним путевима развоја биле су изражене особито у правној теорији, пре свега на Правном факултету у Београду и у Институту за упоредно право, али су се могле уочити и у одлукама виших судова. У раздобљу законског вакуума судови су по природи ствари били ослобођени дужности да поступају *ratione auctoritatis*, односно *ratione legis* и упућени да трагају за најбољим и најправичнијим решењима *auctoritate rationis*. При томе они су имали у виду примере из других правних подручја Југославије, као и изван њених граница⁴⁰. Настојање да се иде сопственим путем није искључивало обзирање на стране правне изворе, једино је метод њиховог коришћења био другачији. Уместо потпуног преузимања неког од постојећих правних система, или бар делимичног прихватања страног права као преовлађујућег узора, нови приступ се састојао у томе што су најпре постављена општа правна начела, и то она за која се могло утврдити да су прихваћена у правној свести српског друштва. Затим су, на основу грађе коју су пружале судска пракса и одабрани елементи великих правних система, припремани нацрти за законе у области грађанског права. Отуда, наш Закон о облигационим односима не представља потпуно самостално дело, али је као синтеза састављена од разноврсних елемената, свакако оригинално остварење у својој врсти.

савремене теорије у један кодекс. На тај начин свакако у будући законик би ушао и велики део аустријског права, онај који одговара нашим данашњим потребама и схватањима и који се код нас на великом: делу територије већ одомаћио. Затим би ту имао да уђе и добар део срећно кодификованих домаћих установа из Општег имовинског законика. У њему би најзад имало да нађе одговарајуће место и остало наше врло развијено и интересантно обичајно право које, иако занемарено од државе, још увек интензивно живи у народу који се по њему влада, пошто одговара и његовим стварним потребама и задовољава његово схватање правде, обичајно право чију нам виталност и богатство последњих година нарочито открива г. Сретен Вукосављевић." *Ibid.*, 41–42.

⁴⁰ Законом од 20. октобра 1946. године проглашено је, између осталог, да су закони и други правни прописи донети пре Другог светског рата изгубили правну снагу (међу њима и српски Грађански законик). Ипак у недостатку нових прописа, садржина предратних закона није изгубила сваки правни значај, те су судови могли да је примењују у виду тзв. правних правила. Услови под којима су могли да поступају на такав начин били су: 1. да у одређеној материји нема нових прописа, 2. да правна правила нису у супротности са Уставом федерације, уставима република и другим позитивним прописима и 3. да нису у супротности са уставним начелима. У таквој ситуацији судови су могли, али нису морали да примењују предратно право, што им је остављало велике могућности да својим одлукама стварају право.

За разумевање начина на који је остварено преуређење српског (и југословенског) облигационог права треба нешто рећи о личности стваралаца⁴¹ и континуитету његових идеја.

У средишту Константиновићевих интересовања непрестано су били закони: њихов утицај на друштвена кретања, однос закона и обичаја, потреба да закони одговарају схватању народа о правди, али и да буду на висини модерних идеја у упоредном праву. Мењале су се само околности у којима се налазио и у вези са њима могућности његовог деловања. У раздобљу између два рата, као професор Правног факултета посветио се критици стања у законодавству уопште и супротстављању пројекту Предоснове напосе. Непосредно пред Други светски рат постао је министар правде. Ево шта је забележио у свом дневнику (Константиновић 1998, 306–330):

Уторак 4. март 1941. У осам часова примио Миливоја Марковића и са њим говорио о изradi Грађанског законика. Сложили се да правимо оригинално дело, он, Б. Марковић, Беговић и ја. – Од 9.30 до 10.45 са Шутејом (министром финансија) о буџету.

Погледајмо редослед: министар правде прво прима младог колегу са Универзитета, а тек после тога разговора ће доћи на ред и министар финансија. Ваља добро запазити датум 4. март 1941. Мисао о грађанском законик, која га је заокупљала све време не напушта га ни у овом часу претеће катастрофе.

⁴¹ Михаило Константиновић рођен је у Чачку 10. марта 1897. Школовање је започео у Србији, а последња два разреда гимназије завршио је у Француској. На Правном факултету Универзитета у Лиону дипломирао је 1920, а докторирао 1923. године са тезом *Le „periculum rei venditae“ en droit romain*. Доцент, па ванредни професор у Суботици, потом у Београду, био је министар без портфеља и кратко министар правде. После повратка из емиграције 1945. године, у дугом раздобљу био је професор и шеф Катедре за грађанско право на Правном факултету у Београду. Осим књиге *Облигационо право* (према белешкама са предавања), објављене у више издања, аутор је низа студија и чланака и, *last but not least*, писац преднацрта за читав низ закона. Основни закон о браку, Основни закон о односима родитеља и деце, Основни закон о старатељству, Закон о усвојењу, Закон о застарелости потраживања, Закон о наслеђивању и најважнији међу њима Закон о облигационим односима потекли су из његовог пера. На тај начин законима је било обухваћено брачно и породично право, наследно, облигационо право са делом трговачког права (о трговачким уговорима) и право осигурања. Разуме се, првобитно донети закони мењани су и допуњавани доцније у више наврата, најпре у некадашњим републикама, а после одвајања у самосталним државама. Али се, и после свих промена у поменутиим областима грађанског законодавства, могу учити и данас без великог труда Константиновићеве идеје. Упоредити Б. Марковић 1990, 1157 и др.

За мање од месец дана Тројни пакт ће бити потписан, државни удар извршен, кнез намесник ухапшен. Недуго затим војска ће капитулирати, држава се распасти, а Влада ће се наћи у емиграцији. А о чему размишља министар Константиновић у том часу општег расула? Позвао је колегу професора да се са њим договори о почетку рада на писању грађанског законика. Сагласни да тај законик треба да буде оригиналан, а не копија туђих узора. Одабрали су колеге сродних погледа на концепцију законика са којима ће моћи да сарађују. Да ли је припрема законика у предвечерје рата узалудан посао, када је рат на прагу и када је готово извесно да ће се распасти држава за коју спремају законик? У Константиновићевој концепцији, програм изградње државе био је једноставан: путеви, гимназије, закони. Нарочито ово треће: закони и најважнији међу њима – грађански законик, јер се на њему заснива организација друштва и гради држава. Тај законик је неопходан и ако дође до разградње државе јер када се држава буде поново стварала, да би била дуготрајна, мора да се ослони на уређени поредак правних односа.

После рата, у ослобођеној Југославији, Константиновић више није био министар, али му је пошло за руком да оствари своју замисао о изradi грађанског законика. Истина, текст није био из једног комада, сви делови нису промулговани у исто време, није потпуно довршен, а неће опстати ни држава за коју је он, убеђени Југословен, припремао и писао нацрте закона. Константиновићево дело у области грађанског права, по својој унутрашњој структури, усклађености саставних делова, непротивречности правних установа и појмова, јединству стила и језика обухвата значајан део материје коју садрже грађански законици и тиме чини важну духовну целину, иако није повезано корицама исте књиге. И зато ће га републике издвојене из некадашње Југославије понети са собом готово у целини, као изузетно вредну интелектуалну тековину.

1.1. Ослањање на резултате судске праксе

Константиновић је, као и Валтазар Богишић пре њега, сматрао да велике кодификације треба да буду израз правне свести одређене друштвене заједнице за коју се доносе⁴² и да израстају на основима

⁴² Константиновић, који је био велики поштовалац дела Валтазара Богишића, у студији посвећеној творцу Општег имовинског законика за Црну Гору на следећи начин је посматрао однос између законског права и права које живи у народу. "На пољу законодавне политике, прва дужност која се намеће законодавцу је да темељно проучи постојеће установе народног права; тек

постојећег права. Због тога изради законског нацрта треба да претходи дуго и брижљиво испитивање затечене правне грађе. Сагласни у методу, двојица редактора имала су пред собом различиту ситуацију: док је за Богишића правна грађа за израду Општег имовинског законика за Црну Гору била садржана у правним обичајима, Константиновић ју је налазио у судској пракси. Према његовом гледишту, у једном дугом раздобљу, у стотинама, а често и хиљадама пресуђених спорова постепено се кристалисало схватање друштвене заједнице о томе шта је у конкретној ситуацији право, а шта није. Током своје вишедеценијске професорске каријере, поклањао је посебну пажњу изучавању судске праксе. Општи семинар за грађанско право на Правном факултету у Београду, којим је руководио од свог доласка у главни град Србије, био је једна врста лабораторије у којој су брижљиво испитивана и критички разматрана схватања судова и нарочито разлози на којима су се та схватања заснивала.⁴³

Када је сазрело време за редиговање нацрта законских текстова, Константиновић је применио исти метод ослањања на одлуке судова, који је раније употребљавао у научној обради права. Образлажући Нацрт законика о облигацијама и уговорима (под називом Скица), Константиновић је забележио:

Приликом израде нацрта Законика о облигацијама руководећа мисао при избору материјала и критеријум при тражењу решења појединих питања били су потребе наше праксе. Стално се имало

онда се може корисно приступити проучавању потребних и могућих промена. Без тога, најбоље намере могу остати без корисних последица. Зато је Богишић пре израде Општег имовинског законика брижљиво проучио народно право у Црној Гори. Из истог разлога он је пропустио да кодификује породично и наследно право, остављајући их и даље у области обичајног права; те области правног живота имале су бити претходно још боље проучене.“ Константиновић 1939, 274.

⁴³ Упоредити: „Отуда, кроз више десетина година, није било ниједне значајније одлуке наших судова која би измакла његовој пажњи и критичком осврту. Стотине радова читаних на Општем семинару за Грађанско право на Правном факултету у Београду имали су управо за предмет анализу и оцену – решења и образложења – судских одлука, и то на један начин који је био јединствен на нашем факултету и који је годинама окупљао многе правнике који су долазили да користе ту проф. Константиновића својствену методу рада. А после сваког таквог рада његових постдипломских и докторских курсева – следило је изванредно теоријско продубљено излагање проблематике на коју се односила обрађивана судска одлука, тако да је такав рад представљао једно специфично уопштавање и теоријско образлагање, по правилу критичког карактера, наше правне праксе сагледаване и изражававане кроз судске одлуке.“ Благојевић, Предговор у Константиновић 1969, 5–6.

у виду да законик треба да садржи правила за правно каналисање промета добара и услуга. Због тога је главни део материјала узет из нашег правног живота поглавито из наше судске праксе. Тај материјал је обрађиван и пренесен у чланове законског нацрта.

У неким случајевима у том нацрту се одступило од наше праксе. То су махом случајеви у којима се пракса вољно или невољно држала ранијих правних правила, а која су и у законодавству и у теорији напуштена и замењене другим (Константиновић 1969, 7).

Судска пракса је омогућавала постепено изједначавање права у нас. Било је мишљења и после ослобођења да судови и даље на сваком подручју треба да примењују само правна правила која су важила на том подручју. Професор Константиновић се супротстављао том схватању. Он је истицао да чињеница да судови могу да примењују правна правила предратног права као мекши материјал може бити искоришћена у једном вишем циљу, циљу стварања јединственог правног система у нашој земљи (Константиновић 1957, 434–435).

Према његовом мишљењу, „ослабљена снага правних правила и уставна тежња ка јединственом правном систему дозвољава судији да води рачуна не само о правним правилима свог подручја, већ и о правним правилима других подручја. Није претерано рећи да га она упућују на то да ако су правна правила разних подручја противречна, изабере оно које најбоље одговара нашим потребама“ (*ibid.*).

Што је још важније, судска пракса је представљала гибак облик стварања права. У њој су могле да дођу до изражаја нове тежње у праву, још пре него што су биле формулисане у позитивним законским текстовима. Она је такође омогућавала да се сагледају и упореде различита решења и да се међу њима траже најбоља и најпогоднија правила за наше ново право.

Наравно, то није био нимало једноставан посао. У хиљадама одлука које су доносили судови било је доста лутања и грешака. Заслуга је професора Константиновића што је у том разуђеном и флуидном правном материјалу успевао да нађе чврст ослонац, а то су општа правна начела. Она су му послужила као критеријум према коме је испитивао становишта изражена у судској пракси. Тако је чинио када је, критикујући поједине делове образложења, у једној одлуци Врховног суда Србије истицао да је њена „доктрина иначе сагласна са основима нашег права“ (Константиновић 1953, 215).

Тако је поступао и кад се није слагао са становиштем суда, као, на пример, у следећем случају: „Оно што је нарочито у овој пресуди то је да се у њој подвлачи да ни по посебним прописима ни по општим правилима вереник који је раскинуо веридбу својом кривицом и тиме проузроковао штету другом веренику или његовим родитељима не може одговарати за ту штету... То би значило да на овоме терену не важи једно од највећих и најважнијих начела нашег права.“ И онда је долазила значајна констатација: „Српски грађански законик престао је да важи као закон, али начело одговорности за проузроковану штету није престало да важи“ (Константиновић 1954, 326). На тај начин су се токови судске праксе све више усклађивали са општим начелима нашег права. Захваљујући тој пракси судова лагано су настајала правна правила која су све више одговарала нашим новим потребама.

1.2. Ослањање на достигнућа у упоредном праву

Да би законик могао да у сваком погледу буде на достојној висини, није довољно да изражава правна схватања средине у којој је настао. Дешава се, наиме, да та схватања нису увек на висини резултата до којих је довео развој права у другим земљама. Због тога је потребно је да законик испуни и други услов за постизање високог квалитета, а то значи да редактори прате достигнућа у упоредном праву и да узму у обзир решења из најмодернијих законика.

Као и Богишић пре њега, професор Константиновић је био свестан те потребе и он ју је у више наврата наглашавао и пре него што је приступио изради Нацрта законика. У Скици је ослањање на резултате упоредног права изречно наведено као извор предложених решења и изражено на следећи начин (Константиновић 1969, 7):

Наша правна пракса није једини извор материјала који је служио за израду ове скице. У новим законодавствима и, општије речено, у упоредном законодавству, нека питања из ове области решена су на начин који више одговара потребама практичног живота него наша стара правна правила. Због тога се у овој скици налази већи број позајмица из упоредног законодавства. Неке од њих су преузете отуд у облику који имају у оригиналу, кад год је изгледало да је тако нађена јасна и прецизна формула. Тим поводом потребно је подвући да се није тежило за оригиналношћу у сваком погледу и по сваку цену. Основна сврха целог посла била је да се после студије целе материје формулишу правила којима ће бити уређени облига-

циони односи на начин који би најбоље одговарао нашим приликама. И због тога, ако се у неком праву нашло неко правило које се у пракси показало као погодан инструмент да се постигне одређена сврха, није се оклевало да се оно прихвати и унесе у текст скице, кад год се дошло до закључка да решење садржано у њему одговара нашим потребама.

Али, писац Скице се није зауставио на разматрању и анализи законодавних решења. Проучавао је и теоријска истраживања и судску праксу. Поједине ставове уносио је у предложени текст, под условом да њихови закључци одговарају потребама промета у нашој земљи (*ibid.*, 8). Кад је реч о садржини правила, правници из европских земаља препознаће у многим решењима из Скице карактеристичне правне појмове и институције из својих правних система.

На први поглед рекло би се да је најзначајнији утицај на Скицу имало француско право. У том смислу су два феномена обележила преуређење српског и ранијег југословенског права: уношење појма каузе (правног основа) уговора у уговорно право и изостављање појма противправности у деликтном праву. Разграничење у погледу тих појава налази се на реци Рајни, која раздваја немачки (германски) и француски (романски) поглед на право, и на висовима Алпа, који удаљавају право Хексагона од аустријског права. У француском праву је кауза (основ) битан елемент уговора, а појам противправности се не захтева као посебан услов деликтне одговорности него чини саставни део кривице (*faute*).⁴⁴ У немачком (германском)⁴⁵ систему је обрнуто: кауза је сувишна, а противуставност⁴⁶ неопходна у деликтном праву.

Схваћена као правни разлог обвезивања, као у француској концепцији (*Henri Capitant*), кауза је значајно утицала на правни режим уговора. Уз то, појам основа, проширен мотивима, удаљенијим покретачима који подстичу уговорника да се обавезе, имао је значајну улогу у

⁴⁴ „Са овако схваћеном кривицом непотребно је истицати противправност као засебан услов одговорности.“ Константиновић, јул 1966, 15 (из архиве М. Орлића)

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. Упоредити о погледима на каузу са ове и са оне стране Рајне, Westermann 1967, *passim*.

⁴⁶ „Die rechtswidrigkeit in ihrer durchgebildeten Gestalt ist eine Erscheinung des deutschen Rechtskreises.“ Deutsch 1976, 192.

морализовању уговора. Схватање о каузи, садржано у Скици и изражено у Закону, прихватили су многи правни писци у нас⁴⁷, али је један број правника задржао извесне резерве према тој институцији⁴⁸

Осим тих елемената, француским правницима близак је начин на који је одређено основно правило о одговорности за сопствени чин (субјективној деликтној одговорности)⁴⁹, начин на који је дефинисан појам кривице⁵⁰, већ поменуто правило о основу уговора (*cause*)⁵¹, правила о повериочевом вршењу дужникових права⁵², о судским пеналима⁵³ итд. Али, утицај француског права није био једини и није спречавао преузимање правила и институција из других правних система.

Немачки правници пронаћи ће у тексту Скице бројне установе из свог права: на пример, правила о истовременом испуњењу обавеза код синалагматичних уговора (*zug um zug*) и о приговору неиспуњености уговора⁵⁴, о делимичном неиспуњењу уговора⁵⁵, о погоршању имовинских прилика друге стране⁵⁶, о немогућности испуњења⁵⁷, о накнадном року код раскида уговора због неиспуњења (*Nachfrist*)⁵⁸, о зеленашком уговору⁵⁹, о конверзији⁶⁰, о преузимању дуга⁶¹, о томе да продаја не

⁴⁷ Присталице прихватања каузе у нашем уговорном праву су Михаило Константиновић 1959, 31–41; Перовић 1980, 323 и даље; Сigoј 1984, 190 и даље; Антић 2007, 220 и даље; Гамс 1967, 168–173 (кауза, схваћена као економски циљ). Упоредити Orlić (2012, 955–973).

⁴⁸ Упоредити Vizner 1977, 28 и даље; Šmalcelj 1980, 15 и даље; Vedriš у Goldštajn, Barbić, Vedriš, Matić 1979, 276–297.

⁴⁹ Скица, члан 123; француски Грађански законик (у даљем тексту ФГЗ), члан 1382.

⁵⁰ Скица, члан 127; H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité de la responsabilité civile*, T. I., 6^{ème} édition, 504, n^o 439.

⁵¹ Скица, члан 31–32; ФГЗ, чл. 1108, 1131–1133.

⁵² Скица, члан 226; ФГЗ, члан 2266.

⁵³ Скица, члан 242; установа *les astreintes* створена је у судској пракси у француском праву.

⁵⁴ Скица, члан 90; немачки Грађански законик (у даљем тексту НГЗ), §§ 320. и 322.

⁵⁵ Скица, члан 91; НГЗ, § 320, став 2.

⁵⁶ Скица, члан 92; НГЗ, § 321.

⁵⁷ Скица, чл. 205 и 106; НГЗ, §§ 323–325.

⁵⁸ Скица, члан 96; НГЗ, § 326.

⁵⁹ Скица, члан 208; НГЗ, § 138, став 2.

⁶⁰ Скица, члан 83; НГЗ, § 140.

⁶¹ Скица, члан 371–375; НГЗ, §§ 415–417.

крши закуп (*Kauf bricht nicht Miete*)⁶², о томе шта обухвата накнада штете у случају смрти лица⁶³, која лица имају право на накнаду у случају изгубљеног права на издржавање⁶⁴ и шта обухвата накнада у случају телесне повреде и оштећења здравља⁶⁵ и низ других.

Италијански Грађански законик могао је инспирисати творца Скице да у једном тексту изложи правила и грађанског и трговачког права о уговорима (мада је могуће да је у исту сврху послужио као пример и швајцарски Законик о облигацијама) и да предвиди правила о раскиду и измени уговора због промењених околности⁶⁶ и правило о уступању уговора.⁶⁷

Систем постављен у Скици дубоко се разликује од права које је било садржано у српском Грађанском законик у и у његовом изворнику, аустријском Грађанском законик у. Ипак, у траговима се могу наћи правила израђена по угледу на аустријско право, али најчешће модификована под утицајем савремених схватања. Као примери могу се навести: опште правило о могућности раскида уговора због неизвршења⁶⁸, правило о одговорности из обзира правичности⁶⁹ и правила о асигнацији.⁷⁰

Утицај *common law*-а и енглеске правне терминологије, делом посредством Хашких једнообразних закона о међународној продаји телесних покретних ствари и о закључењу уговора о продаји таквих ствари⁷¹, а делом и непосредно, огледа се у правилима о раскиду уговора

⁶² Скица, члан 550; НГЗ, § 571.

⁶³ Скица, члан 155; НГЗ, § 844, став 1.

⁶⁴ Скица, члан 156; НГЗ, § 844, став 2.

⁶⁵ Скица, члан 157; НГЗ, §§ 842 и 843.

⁶⁶ Скица, чл. 103–104; италијански Грађански законик (у даљем тексту ИГЗ), чл. 1467–1469.

⁶⁷ Скица, чл. 112–114; ИГЗ, чл. 1406–1410.

⁶⁸ Скица, члан 93; аустријски Грађански законик (у даљем тексту АГЗ), § 918.

⁶⁹ Скица, члан 134; АГЗ § 1310.

⁷⁰ Скица чл. 1042–1054; АГЗ §§ 1400–1404.

⁷¹ Упоредити: „Овде је потребно истаћи посебно позајмице из двеју међународних конвенција, израђених на дипломатској конференцији у Хагу 1964. године, заузимањем римског Института за изједначење приватног права: Конвенција о једнообразном закону о закључењу уговора о продаји телесних покретних ствари и Конвенција о једнообразном закону о продаји телесних покретних ствари, обе од 1. јула 1964. године. На овој конференцији учествовала је и наша држава, а преводе ових конвенција на наш језик објавио је Институт за упоредно право у Београду (1966, Серија Е – Број 44). Облигациона права појединих држава, поред свих разлика међу њима, све више се међусобно приближавају. Традиционалне разлике међу њима све више нестају, и на место ранијих правила ступају нова, међу којима је све мање

због неизвршења, при чему се разликује случај када неиспуњење о року означава битну повреду уговора од случаја небитне повреде⁷², у правилу о уговорној одговорности дужника која се ограничава на накнаду предвидљиве штете⁷³ и у прихватању стандарда разуман и пажљив човек (*reasonable and prudent man*)⁷⁴ као мерила по коме се просуђује кривица у области деликтне одговорности.

На крају, али не на последњем месту, може се запазити значајан утицај швајцарског права. У Скици су, као и у швајцарском Законику о облигацијама, предвиђена правила не само грађанског него и трговачког права о уговорима.⁷⁵ Осим општих правила која важе за све, постоје посебна правила која се примењују на уговоре у трговини. Уосталом, и сама чињеница да је у оба случаја материја облигационог права изложена у посебном закону одвојено од других закона, указује на њихову спољашњу сличност. Но поред свих обележја, утицај швајцарског права може се уочити и у редиговању појединих делова Скице. Многа правила о закључењу уговора⁷⁶ или поједине одредбе о одређивању накнаде по правичности⁷⁷ или о снижењу накнаде за проузроковану штету⁷⁸, као и правила о застарелости⁷⁹, уређени су на исти или веома сличан начин као што је то учињено у швајцарском Законику о облигацијама. Уз то, метод израде (изнад сваког члана налази се наслов који читаоца упућује на садржину материје, сваки став састоји се само од једне реченице, нема

разлика. Наведеним хашким конвенцијама иде се за истим циљем смишљеном акцијом држава. У њима се налазе решења великог броја питања из области уговора о продаји, најважнијег правног инструмента промета, али се многа од тих решења могу генерализовати. Тако је управо урађено у овој скици, у којој је прихваћен извесан број одредаба хашких униформних закона и проширен на све или још неке друге уговоре.“ Константиновић 1969, 7–8.

⁷² Скица, чл. 94–96; Једнообразни закон о међународној продаји телесних покретних ствари, чл. 26–27.

⁷³ Скица, члан 211; у енглеском праву (case) *Hadley v. Baxendale* (1854) 9 Ех. стр. 341; ФГЗ, члан 1150.

⁷⁴ Скица, члан 127; у енглеском праву (case) *Blyth v. Birmingham Waterworks Co* (1856) 11 Ех. стр. 781 и даље (стр. 784).

⁷⁵ Константиновић 1976, 8.

⁷⁶ Скица, чл. 8 и даље; швајцарски Законик о облигацијама (у даљем тексту ШвЗО), чл. 2–10.

⁷⁷ Скица, члан 151; ШвЗО, члан 42, став 2.

⁷⁸ Скица, члан 153; ШвЗО, члан 44, став 2.

⁷⁹ Истина, правила о застарелости се не налазе у Скици него у раније донетом Закону о застарелости потраживања из 1953. године (одакле су их редактори Закона о облигационим односима преузели), али је и њихов духовни творца био Константиновић.

упућивања на друге чланове закона итд.) и структура грађе најближи су швајцарском узору. Отуда се може рећи да су француски појмови (основ уговора, структура деликтне одговорности са само три услова, без противправности) у самом темељу Скице, да су елементи немачког права можда најбројнији, али да по својој структури и спољном изгледу Скица највише подсећа на швајцарски Законик о облигацијама.⁸⁰

2. СТИЛ И ЈЕЗИК

Скица се издваја од већине законодавних текстова у нас по неповљивом стилу професора Константиновића. Уместо нагомиланих речи и ужурбаног и нервозног излагања, у Скици се поново јавио мирни, данас већ готово заборављени говор.

Начин на који се излаже материја у Скици нема ничег од манира изражавања по коме су правни текстови на злу гласу. Скица се обраћа читаоцу непосредно и упућује му поруку баш онако како нам се чини да бисмо се и ми обратили нашем саговорнику.

Чисте и јасне мисли саме проналазе свој пут до језичког израза. Члан којим почиње одсек изражен је у виду општег правила. Ако се мисао из наведеног правила потврђује у следећем ставу каже се: „и по томе“, а затим следи конкретно правило, или се каже „исто важи“ итд. (на пример, члан 168. Скице, правило о правнонеоснованом обогаћењу). У супротном, ако се у следећем ставу (или члану) формулише изузетак, реченица (и став) почиње речју „али“ и потом следи текст. На тај начин излагање тече лако и читаоцу се омогућава да без напора прати мисаони ток.

У сажетом облику, професор Натко Катичић му је упутио следеће речи у руком писаној посвети на отиску свог чланка *Linguae elegantiarum arbitro*.⁸¹

⁸⁰ Упоредити: „У том погледу Швајцарски законик о облигацијама, као и Швајцарски Грађански законик, овај нарочито, подсећа на Француски грађански законик од 1804, који је пример јасног и прецизног стила, јер изражава јасне и прецизне мисли, а који је један од мајстора стила, Стендал, читао сваког јутра да би унапредио свој стил. То поред осталих његових квалитета, даје овом Законику нарочито место у упоредном законодавству и препоручује га особитој пажњи свих правника, а нарочито редакторима закона.“ Константиновић 1976, 10.

⁸¹ Посвета коју је проф. Натко Катичић написао проф. Константиновићу шаљући му свој чланак о правној терминологији (из архиве М. Орлића).

3. ЗАКЉУЧАК

На основу изложеног прегледа метода и садржине (у мери у којој је могао да се приложи у ограниченом простору) може се стећи утисак о оствареним резултатима. Почетна идеја професора Константиновића (1998, 306–307) била је да грађански законик треба правити као оригинално дело, ослоњено на основна начела нашег права. Још пре Другог светског рата наглашавао је захтев да се при изради законика мора водити рачуна о идејама, обичајима и потребама средине за коју се ствара (Константиновић 1933). Те идеје су означавале отпор према замислима редактора Предоснова да се у модификованом облику настави са доминацијом модернизоване верзије аустријског права. Када је после више од тридесет година приступио остварењу овог подухвата, као идеју водиљу имао је исту мисао: „Основна сврха целог посла била је да се после студије целе материје формулишу правила којима ће бити урађени облигациони односи на начин који би најбоље одговарао нашим приликама“ (Константиновић 1969, 7).

Смисао тог настојања био је да се развој српског (Константиновић је говорио југословенског) права постави на сопствене основе, тако да не буде ни рецепција ни имитација туђег права. Страна судска пракса и теорија, ако се подржавају (Константиновић 1933, 72), спутавају инвентивност судија у домаћем праву и сужавају хоризонт теоријским погледима. У таквој ситуацији несамостални правници се приклањају ауторитетима који своју снагу црпе из свог положаја у затвореном систему, а не из слободног расуђивања о аргументима изнетим у упоредном праву и правној теорији независно од правног система у питању. Стога је у решењима у Скици имплицитно изражен отпор према једном систему права, а истовремено отвореност према свим европским правним системима, из којих су узимане позајмице кад год је то одговарало потребама нашег промета. „Све је рађено искључиво у том циљу без икаквог предубеђења или унапред изабране догме“ (Константиновић 1969, 8).

Број преузетих елемената из великих правних система и њихов значај у формирању новог српског (и ранијег југословенског) права показују колику су улогу страно законодавство, правна теорија и упоредно право уопште имали у томе процесу. У Скици готово да нема установе која не води порекло из неког од европских права. Такође, у Скици нема ничег што би било самоникло, непознато у другим правним системима или ново по сваку цену. У том погледу она сигурно не представља оригинално дело. Оригиналност Скице је томе што је у њој остварена синтеза елемената преузетих из страних права. Француски,

немачки, италијански, аустријски и швајцарски правни појмови, правила и установе, као и они из система *common law*, уз мање или веће модификације, стоје једни уз друге, сливени у исту непротивречну целину.

Склад разнородних елемената у Скици сведочи да је њен аутор у танчине познавао велике правне системе, пратио новије токове у упоредном праву и пресуде судова које су значиле преокрет у правним схватањима. Располагао је ретком способношћу да од постојећих елемената створи ново дело и да му особену физиономију. Скица је законик изникао из најбоље традиције законодавства Европе и њене правне цивилизације.

ЛИТЕРАТУРА

А. На језицима југословенских народа

- [1] Антић, Оливер. 2007. *Облигационо право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [2] Аранђеловић, Драгољуб. 1/1904. О измени нашег Грађанског законика. *Бранич*.
- [3] Аранђеловић, Драгољуб. 1923. *О одговорности за накнаду штете*. 2. издање. Београд: Напредак.
- [4] Аранђеловић, Драгољуб. 13–14/1933. Тумачење 13. Стечајног закона. *Правосуђе*.
- [5] Ачански, Тодор. 1980. Претпостављена кривица. Докторска дисертација. Нови Сад.
- [6] Благојевић, Борислав Т. 1939. *Посебни део Облигационог права*. Београд: Геца Кон.
- [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. О доказивању по сведоцима у претпредлогу законика о судском поступку у грађанским парницама. Zagreb: Pravničko društvo u Zagrebu.
- [9] Враговић, Алекса. 13–14/1933. О нашим новим судским законима. *Правосуђе*.

- [10] Vuković, Mihailo. 1971. *Odgovornost za štete*. Zagreb: Prosvjeta.
- [11] Гамс, Андрија. 1967. *Увод у Грађанско право*. IV издање. Београд: Научна књига.
- [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 izjavitelja 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] Данић, Данило. 11–12/1933. Око изједначења законодавства. *Правосуђе*.
- [15] Живановић, Тома. 1935. *Основи кривичног права Краљевине Југославије. Општи део*. I књига (Увод – I. Кривично дело) 1–3. Потпуно прерађено и знатно допуњено издање. Београд: Гундулић.
- [16] Живановић, Т. 1937. *Основи кривичног права Краљевине Југославије. Општи део*. II књига (II. Кривац – III. Кривична санкција). 3. издање. Београд: Гундулић.
- [17] Јакшић, Стеван. 4/1952. Основни принципи накнаде штете у нашем праву. *Архив за правне и друштвене науке* 67: 420–433.
- [18] Јакшић, Стеван. 1962. *Облигационо право*. Сарајево: ИП Веселин Маслеша.
- [19] Јанковић, Драгутин. 1–2/1931. Дух и језик закона. *Бранич* XVI: 1–5.
- [20] Јанковић, Драгомир. 3/1932. Дух и језик закона. *Архив за правне и друштвене науке* XXII: 173–182.
- [21] Кандић, Љубица. 2002. *Историја правног факултета у Београду 1905–1941*. Друга књига. II том. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства.
- [22] Караникић Мирић, М. 2008. Кривица као основ вануговорне одговорности. Докторска дисертација. Београд.
- [23] Константиновић, Михаило. 2/1925. Изједначење закона. *Књижевни север, часопис за књижевност, науку и културу* I, 1. Суботица.
- [24] Константиновић, Михаило. 2–3/1933. Југословенски грађански законик. *Правни зборник*.
- [25] Константиновић, Михаило. 1939. Идеје Валтазара Богишића о народном и законском праву. *Социолошки преглед* 1. Београд.

- [26] Константиновић, Михаило. 3/1952. Основ одговорности за проузроковану штету. *Архив за правне и друштвене науке*.
- [27] Константиновић, Михаило. 2/1953. Природа уговорне казне – смањење од стране суда. *Анали Правног факултета у Београду*.
- [28] Константиновић, Михаило. 3/1954. Правна дејства веридбе. *Анали Правног факултета у Београду*.
- [29] Константиновић, Михаило. 1959. *Облигационо право* (према белешкама са предавања професора Михаила Константиновића). Београд: Савез студената Правног факултета у Београду.
- [30] Константиновић, Михаило. 1966. *Образложење Преднацрта Законика о облигацијама. Општи део*. Београд (из архиве М. Орлића).
- [31] Константиновић, Михаило. 1969. *Облигације и уговори, Скица за Законик о облигацијама и уговорима*. Београд: Савремена администрација.
- [32] Константиновић, Михаило. 4/1957. Стара „Правна правила“ и јединство права. *Анали Правног факултета у Београду* 4: 431–437.
- [33] Константиновић, Михаило. 1976. Предговор. *Швајцарски законик о облигацијама*, превод. Београд: Савремена администрација.
- [34] Константиновић, Михаило. 3–4/1982. Југословенски грађански законик (Аустријски или Црногорски законик?). *Анали Правног факултета у Београду* 30: 384–396.
- [35] Константиновић, Михаило. 1998. *Политика споразума, Дневничке белешке 1939–1941, Лондонске белешке, 1944–1945*. Нови Сад: Агенција „Мир“.
- [36] Кочић, Петар. 1967. За српски језик. *Сабрана дела II*. Сарајево.
- [37] Лазаревић, Љубиша. 2000. *Кривично право. Општи део*. Београд: Савремена администрација.
- [38] Лоза, Богдан. 2000. *Облигационо право. Општи део*, четврто издање. Београд: Службени гласник.
- [39] Machiedo, Dimitar. 1966. Основ одговорности за проузроковану штету. *Грађанска одговорност*, зборник. Београд.
- [40] Марковић, Божидар С. 1939. *Реформа нашега Грађанског законодавства*. Београд: Соко.
- [41] Марковић, Божидар С. 7–8/1990. Михаило Константиновић, Кодификатор југословенског права. *Правни живот* 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] Милић, Иво. 17–18/1933. Логика и математика §13, ст. 3 Стечајнога закона. *Правосуђе*.
- [47] Михајловић, Стојан. 2/1971 и 3/1971. Појам опасне ствари. *Гласник адвокатске коморе у САП Војводини*.
- [48] Перић, Живојин М. 1939. *Образложење Предоснове Грађанског законика за Краљевину Југославију*. Београд: Министарство правде.
- [49] Перовић, Слободан К. 1980. *Облигационо право*. Књига I. Београд: Службени лист СФРЈ.
- [50] Плакаловић, Будимир. 11–12/1933. Шта треба учинити или изменити, па да се суђење убрза, олакша и смање трошкови. *Правосуђе*.
- [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] Поп Георгиев, Димитар. 1976. *Облигационо право. Општи дел*. Скопље: Завод за унапредување на стопанството во СРМ.
- [54] Радишић, Јаков. 1979. *Имовинска одговорност и њен досег*. Београд: Институт друштвених наука.
- [55] Radović, Vesna. 1975. Pokušaj kodifikacije građanskog prava u staroj Jugoslaviji (Predosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju). Radovi 7. Zagreb: Sveučilište – Institut za hrvatsku povijest.
- [56] Савковић, Јован. 2/1934. Наш нови парнични поступак на подручју Апелационог суда у Новом Саду. *Правосуђе*.

- [57] Sajovic, Rudolf. 19–20/1933. Pojasnilo k tolmačenju §13 Stečajnega zakona. *Правосуђе*.
- [58] Срзентић, Никола, Александар Стајић. 1961. *Кривично право Федеративне Народне Републике Југославије. Општи део*. 3. издање. Београд: Савремена администрација.
- [59] Унгер, Јозеф. 1/1904. О ревизији општег Грађанског законика, законодавно-политичка студија. *Бранич*.
- [60] Frank, Stanko. 2/1923. Neke primjedbe k projektu kaznenoga zakona. *Mjesečnik*.
- [61] Frank, Stanko. 1934. О кодификацији закона. *Споменица Мауровићу*. Прва књига. Београд.
- [62] Hönigsberg, Lavoslav. 3/1923. К projektu kaznenoga zakona za Kraljevinu Srba, Hrvata i Slovenaca. *Mjesečnik*.
- [63] Цветићанин, Радивој. 2017. *Константиновић: Хроника*. Београд: Фондација „Станислав Винавер“.
- [64] Cigoj, Stojan. 1984. *Komentar obligacijskih razmerij*. I knjiga. Ljubljana: Časopisni zavod Uradni list Slovenije.
- [65] Чулиновић, Фердо. 3/1937. Наше законодавство и народно право. *Правосуђе*.
- [66] Шапчанин, Сава. 5–6/1937. Неколике примедбе на Предоснову Грађанског законика за Краљевину Југославију. *Правосуђе*.
- [67] Шмалцел, Желимир. 1–2/1963. Појам непажње у Грађанском праву. *Наша законитост*.

Б. На страним језицима

- [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*, eds. 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

MIHAİLO 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.

Др Зоран С. МИРКОВИЋ*

МИХАИЛО КОНСТАНТИНОВИЋ О РАДУ НА ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ У МЕЂУРАТНОЈ ЈУГОСЛАВИЈИ

Текст је посвећен раду на кодификацији грађанског законика у међуратној Југославији дугом готово деценију и по, који, на крају, није довео до усвајања законика и мишљењу Михаила Константиновића о томе раду.

Најпре су укратко изложене чињенице о амбијенту и приликама у којима је започет рад на кодификацији, о главним актерима, њиховим ставовима, методу кодификовања и исходу тога рада – настанку Предоснове грађанског законика за Краљевину Југославију.

Мишљење Михаила Константиновића о том раду почиње историјом настанка српског Грађанског законика, како се десило да аустријски Грађански законик потисне француски Code civile. Изложен је начин на који је Константиновић бранио свој став да је било погрешно што је за основу за рад на јединственом грађанском законнику био узет аустријски Грађански законик. Наведени су Константиновићеви разлози зашто је за основу требало узети Општи имовински законик за Црну Гору из 1888. године, који је написао Валтазар Божишић.

Кључне речи: *Михаило Константиновић. – Предоснова грађанског законика. – Аустријски Грађански законик. – Општи имовински законик. – Валтазар Божишић.*

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

1. УВОД

Новостворена Краљевина Срба, Хрвата и Словенаца имала је шест правних подручја: Словеније и Далмације, Хрватске и Славоније, Босне и Херцеговине, Војводине, предратне Краљевине Србије и предратне Краљевине Црне Горе. На сваком од тих шест правних подручја и даље су примењивани дотадашњи грађански законици и други прописи. То је за последицу имало да су дејства појединих правних послова и односа зависила пре свега од тога где неко живи.

Такво правно стање било је неодрживо у новоствореној унитарној држави, тако да је један од приоритетних послова те државе био да се грађанскоправна област унифицира.¹

Уредбом од 16. децембра 1919. године приступило се „изједначењу грађанског права за целу земљу“, односно изради јединственог грађанског законика за целу земљу.² Одустало се од идеје да се изради потпуно нов грађански законик, пре свега због тога што је био потребан дуг временски период његову израду. Била је прихваћена идеја да јединствени грађански законик буде израђен на основу неког од постојећих законика.

Влада Краљевине СХС је предложила да јединствени грађански законик буде израђен на основу једног три важећа грађанска законика на државној територији: 1) аустријског Грађанског законика (у даљем тексту: АГЗ), који је био на снази на највећем делу територије југословенских покрајина бившег Хабзбуршког царства, 2) српског Грађанског законика из 1844. године (у даљем тексту: СГЗ), који је

¹ Вид. о унификаторским стремљењима нових држава насталих на рушевинама Хабзбуршког царства: Slapnicka 1973, 18–25.

² Уредбом од 16. децембра 1919. године, при Министарству правде је био установљен Стални законодавни савет и његов Приватно-правни одсек. Приватно-правни одсек су чинили најугледнији цивилисти: др Живојин Перић, професор Правног факултета у Београду, др Иван Мауровић, професор Правног факултета у Загребу, др Драгољуб Аранђеловић, професор Правног факултета у Београду, др Грегор Крек, професор Правног факултета у Љубљани, др Лазар Марковић, министар, др Живојин Спасојевић, професор Правног факултета у Београду, Ђорђе Несторовић, који је био председавајући ове секције, Добривоје Петковић и Мијаило Тадић, адвокати из Београда. Приватно-правном одсеку била је поверена, између осталог, израда Нацрта грађанског законика за Краљевину Срба, Хрвата и Словенаца. И после увођења диктатуре краља Александра 6. јануара 1929. године Комисија је готово у истом саставу наставила рад на Нацрту грађанског законика. Видети Мирковић 2020, 267–300.

примењиван на територији доратне Краљевине Србије, и 3) Општер имовинског законика из 1888, са изменама из 1898. године (у даљем тексту: ОИЗ), који је био на снази на територији доратне Краљевине Црне Горе.

Комисија није уопште разматрала могућност да СГЗ буде основа за писање грађанског законика нове државе јер је деценијама критикован као непотпун и превазиђен, што се може видети из сачуване грађе.

У дискусији о избору између АГЗ и ОИЗ двојица истакнутих чланова комисије професори Живојин Перић и Иван Мауровић изразили су своје ставове у писаном облику. Живојин Перић је написао: „Влада је, без дугог колебања, решила се за први од та три Законика, то јест за Грађански законик Аустријски (у његовом хрватском издању од године 1852.). Једно зато што је тај Законик имао највише примене на територији наше Државе. И, заиста, он је био и непрестано је на снази у Словеначкој и Далмацији, Хрватској и Славонији (овде, разуме се, без његових измена и допуна познијих од 1868. год., када је Троједна Краљевина Хрватско-Славонско-Далматинска ушла у састав Земаља Круне Св. Стефана, с тим да је Далмација остала и даље под фактичком сувереношћу Аустрије...), у једном делу Војводине и, најзад, у Босни и Херцеговини где Аустр. Грађ. Законик вреди као спомоћно право али све са широм и широм применом. Затим, исти, Аустријски Грађ. Законик јесте основа и Срп. Грађ. Законик, пошто је овај Законик, у главном, само скраћен превод Аустр. Грађ. Законика (изузимајући, разуме се, прописе који су му оригинални, нарочито прописе о Породичним Задругама и о првенству мушких у Законском Наследном Праву). С друге стране, пак, Аустр. Грађ. Законик, и ако датира још из почетка прошлога, Деветнаестог Века, ипак је у главном задржао и до данас свој високи ранг и ауторитет, особито откако је измењен и допуњен трима новелама од 1914–1916. године.

Што се тиче Црногорскога Грађ. Законика, који је, тако исто, прворедно дело правне технике због чега је добио најбољу оцену од стране стручне европске критике, он се није могао узети за базу рада на изједначењу Југословенскога Грађ. стога што то није потпуна кодификација: у њему нема Породичнога права (осим неколико прописа о стараоштву) него садржи само норме о Праву Имовинском те се за то и зове: ‘Општи имовински законик’... Али ни у том погледу није све у њему: недостаје целокупно Наследно право које је и после Законика, остало под режимом Обичајног Права а делимично под режимом Законика Књаза Данила I (од год. 1855). Напослетку, може бити да би и сам понос нове Државе нешто трпео да се као њен Грађански Законик узме баш Законик Црне Горе, најмање југословенске провинције: ово је

само једна претпоставка која, наравно, не мора одговарати истини, тим пре што, у стварима ове врсте, не треба гледати одакле једна културна тековина долази него каква је она.“³

Професор Мауровић је у свом извештају записао: „Закључено би, да се узме за базу рада хрватски грађански законик, т. ј. опћи аустријски грађански законик, како је год. 1852 уведен у Хрватској, заједно са трим аустријским дјеломичним новелама, које су већ уведене у Далмацији и Словенији. О том, да се баш аустриски кодекс узме за подлогу, није било никакве двојбе, а то с разлога, што тај кодекс кроз цијели низ деценија доминира у далеко највећем дијелу наше државе.

Могао би доћи у питање једино још црногорски опћи имовински законик. Ну овај вриједи једино у једном јако малом дијелу наше државе, а удешен је у многим за скроз црногорске прилике. Оно што је у њем специфично црногорско, није сигурно упорабиво за све наше крајеве, а што је од опћенитога цивилноправнога значења, приказано је дијелом у форми (*regulae juris*, поуке, институције), коју бисмо једва могли акцептирати. Премда звучи парадоксално, ипак је исправно кад велимо, да баш специфичне предности црногорскога законика јесу разлогом, да га не можемо узети за основу опћег приватнога права цијеле државе. Поред тога у том закону нема свих грана приватног права: права обитељскога – осим нешто туторственога – и насљеднога. Коначно: установе имовинско-правне у нашем новом грађанском закону неће бити лошије од оних опћенитога карактера у црногорском закону. Међутим се је и састављач црногорског законика у многим и многим угледавао у аустријски кодекс.“⁴

На крају, Влада Краљевине СХС је донела одлуку да за основу будућег грађанског законика Краљевине СХС узме АГЗ из 1811. године, у тексту на хрватском језику, са ратним новелама из 1914, 1915. и 1916. године.

Након више од десет година рада, који је често и прекидан, Комисија је сачинила Нацрт грађанског законика који није био дефинитиван и због тога га је назвала „Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију“. У погледу метода кодификовања законописци нису били јединствени у томе да ли да се изврши рецепција или ревизија АГЗ. Превагнула је идеја рецепције, уз спорадично угледање на друге, савремене грађанске законе.

³ Перић 1939, 2–3. Видети Мирковић 2021, 1–34.

⁴ Maurović, без навода године, 3–4. На петој страни предговора наведено је да је написан почетком августа 1934. године.

Конечна редакција Предоснове грађанског законика за Краљевину Југославију била је предата Министарству правде у октобру 1933. године. Имала је укупно 1.432 параграфа. Предоснова је била објављена у првој половини 1934. године.

Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију је покренула велике дискусије у којима су изношени стручни, научни и други аргументи.⁵

Основна примедба неких правника са правног подручја предратне Србије на Предоснову била је та што је за њену основу узет АГЗ из 1811. године. Истицано је да је АГЗ застарео. Приговарано је зашто за основу није узет неки од модернијих законика, као немачки Грађански законик из 1896. или швајцарски Грађански законик из 1907. године. Приговарано је и језику, то јест стилу и терминологији којом је она била написана.⁶

Михаило Константиновић и Божидар С. Марковић су изнели радикалан предлог да се за основу југословенског грађанског законика узме ОИЗ за Црну Гору.

2. КОНСТАНТИНОВИЋЕВО МИШЉЕЊЕ

Михаило Константиновић је своју расправу о „југословенском грађанском законнику“, започео оним што је Наполеон рекао на Светој Јелени. Цитирао је Наполеонове речи да његова права слава није у томе што је добио четрдесет битки и да ће Ватерло избрисати сећање на толике победе. Оно што ништа неће избрисати, оно што ће вечито живети, то је његов Грађански законик. Константиновић је навео да Ватерло није збрисао успомену на Наполеонове победе и да га огромна већина људи и даље познаје по тим победама, али да његове речи имају свој смисао. Навео је да су његове победе пале у заборав, док је његов Грађански законик живео и живи и да је за ширење француског утицаја и угледа у иностранству учинио много више него Наполеонове војнички подвизи.

⁵ Видети, примера ради: Мауг 1936, 1–102; Аноним, без навода места и године, 1–6 (води се под сигнатурним бројем 34294 у Библиотеци Правног факултета Универзитета у Београду); Ч. Марковић 1937, 289–306 (посебно 290–293); Шапчанин 1937, 1–45; Перић 1938, 1–7; Б. Марковић 1939, 1–46.

⁶ Видети: Мирковић 2020, 11–25.

Константиновић истиче велики значај грађанског законика. Сматра да је сваки његов пропис израз неке идеје – социјалне, политичке, економске, религијске. Он пореди прописе Наполеоновог законика о породици са истоврсним совјетским прописима. Закључује да су прописи Наполеоновог законика израз жеље за што јачом породицом, док истоврсни совјетски прописи теже сасвим супротном циљу. Константиновић наводи члан први совјетског Грађанског законика у коме стоји да: „Закон штити грађанска права, изузев у случајевима кад се она врше противно њиховој економској и социјалној намени“ и закључује да „онда и неправник осећа да се у земљи у којој тај закон важи сигурно не култивише индивидуализам“.

Константиновић истиче да се при сачињавању законика на првом месту води рачуна о идејама, обичајима и потребама средине за коју се он ствара и да је, према томе, законик у извесном смислу огледало постојећег стања. Осим те пасивне, законик може имати и једну активну улогу. Он може послужити као средство за ширење одређених идеја. Константиновић сматра да се помоћу грађанског законика једној средини могу наметнути извесне идеје, којима се та средина у извесној мери може преобразити. Уочава да тај васпитни значај законика није промакао Наполеону. Наводи да је кнез Метерних, шеф ондашње европске реакције и Наполеонов противник, такође уочио значај грађанског законика за ширење идеја. Када се у Србији тридесетих година 19. века радило на доношењу грађанског законика по угледу на Наполеонов законик, Метерних је уложио озбиљан напор да то спречи и да се грађански законик за Кнежевину Србију изради према АГЗ.

Константиновић описује како су тада Хаџић и Лазаревић спречили француски утицај на српско законодавство. Саглашава се са њиховим закључком да је за Србију најбоље да буду сачињени српски закони. Али он замера Хаџићу и Лазаревићу да су на томе инсистирали само док је требало одбацити француске законе. После је, наводи, Хаџић испунио обећање које је дао Метерниху да изради грађански законик за Србију потпуно према АГЗ. Ако је у изради СГЗ било „потребно извесно настојање и извесна активност са аустријске стране; да се то право уведе у Југославију после слома Аустрије одлучили су југословенски меродавни фактори по својој сопственој иницијативи“.

Декларативно, за основу будућег грађанског законика узет је хрватски Грађански законик, с тим да се имају у виду измене које су учињене за време рата. Али стварно узет је АГЗ, који је за време апсолутизма протегнут и на Хрватску, Царским патентом од 29. новембра 1852. године. Константиновић сматра да је избегавање речи „аустријски“ могло

имати неки политички ефекат или се није хтелo признати отворено да се преузима право побеђене Аустрије. Како год, истиче да је основа за рад на „нашем будућем Грађанском законнику“ био АГЗ.

У АГЗ је, бар у имовинском праву, требало је извршити само стилске измене и потом га озаконити.

Константиновић сматра да је усвајање аустријског грађанског права национално-политичка грешка. Истиче да Југославија треба да има југословенски законик, створен према потребама Југословена, који ће бити средство за стварање југословенства. Наводи да „није саветно у једну револуционарну творевину, као што је то наша земља, уносити дух срушеног поретка“. Константиновић је свој став бранио тражећи одговор на питање „да ли ми желимо да Југославија буде имитација Аустрије, или земља која ће имати сопствени дух и сопствену физиономију“. Одговор на то питање је обично био да треба усвојити АГЗ због његове вредности, јер је то првокласан законодавни споменик, а да је споредно чији је. У вези са таквим ставом, Константиновић наводи да има првокласних законика и пројеката и ван Аустрије. Такви су: немачки Грађански законик (који је био основа за рад на пројекту Грађанског законика Краљевине Србије из 1908. године), француски, швајцарски или модерни пројект мађарског грађанског законика.

Константиновић указује на подељена мишљења о вредности АГЗ још од времена његовог настанка. Тако, једни су мислили да је бољи и од француског Грађанског законика. Други, међу којима и Савињи, оштро су га критиковали.

Он не спори да је АГЗ значајно законодавно дело, али указује на то да има и мана. На првом месту истиче да је давно донет, да је од његовог настанка протекло скоро једно и по столеће. Даље, редигован је крајем 18. века, у време владавине школе природног права. Доктрине школе природног права, према Константиновићевом мишљењу, више спутавају него што помажу развоју права. Такође, мана АГЗ је то што је он рађен под великим утицајем римског права. Та два недостатка: фикција непомичности права и слепо веровање у римско право учинили су бесплодном аустријску науку грађанског права.

У АГЗ, он је констатовао, има и анахронизама. Сматра да су систематика и техника АГЗ недовољне, његовом речју „примитивне“. Великим недостатком сматра и то што је терминологија АГЗ несигурна и неодређена јер је то законик који се ограничава на постављање принципа.

Заговорници АГЗ су истицали да тај законик већ важи у великом делу земље и да је тамо добро познат, да о њему постоје прилична литература, која ће бити корисна, и пракса од преко једног века. Према Константиновићевом мишљењу, то што тај законик познају Хрвати и Словенци није довољан разлог да буде југословенски законик. Практика аустријских судова и аустријска литература биле би, по њему, од минималне користи за примену АГЗ код нас. Наводи да није уобичајено да судије, ни наше, ни стране, траже решења у страниј литератури или судској пракси, поготову ако су та решења на језику који већина судија не зна. То Константиновић образлаже тиме што судска пракса има вредност ако се формира постепено и у смислу назора и потреба наше средине. Сматра да, ма како била интересантна, туђа судска пракса „не сме бити пророчанство за нас“ и ако се подражавају страна пракса и литература, оне изазивају стерилност имитатора, уместо да му помогну.

Посебно истиче да баш због тога што о АГЗ постоји тако бројна и значајна пракса и литература, тај законик не треба преузети код нас. Да ће, ако се преузме АГЗ, због тога сигурно патити наша наука приватног права, која ће дуго несамостално ићи по траговима аустријске науке. А последица може бити и расцеп између теорије и праксе, ако пракса, што се може очекивати, приступи самосталном тумачењу законика. Тај расцеп би, према његовом мишљењу, био би штетан и за теорију и за праксу.

Константиновић наводи да је и са свим својим манама АГЗ без сумње добар за Аустрију, јер се право једне заједнице не састоји искључиво из текстова законика. Текстови су само подлога за судско тумачење, које их далеко превазилази. Тако се у Аустрији више од једног века развијала судска пракса према захтевима стварности и потребама тамошњег живота. Неке одредбе Законика судска пракса је оставила без практичног дејства. Другима, раније скоро непримећеним, дала је изузетно велики значај. Даље наводи да аустријско грађанско право не чини само АГЗ. Аустријско грађанско право је више него тај законик, то је и пракса која је тај законик ставила у дејство. Сматра да је без те праксе законик мртво тело и да је пракса душа права. На крају, Константиновић закључује да би усвајање АГЗ имало штетних последица и да није за нашу земљу: са национално-политичке тачке гледишта, научноправног гледишта и са гледишта судске праксе.

Да би се добио целовит поглед на Константиновићеве ставове, треба имати у виду да је он био франкофон. У Француској је завршио правни факултет, тамо је докторирао, његова отменост, језик и стил носили су дубок печат француске културе. Он је и ратовао у Првом светском рату,

као добровољац, у француској војсци на западном фронту против Немачке и Аустроугарске војске. Када се то све узме у обзир, очигледно је да он није могао бити германofil. Треба додати да му је као водећем министру у Влади (1939–1941), не без разлога, од проремачких кругова пребацивано да је као масон и профранцуски сузбијао немачки утицај, истрајно био против антијеврејских мера...

Константиновић, пошто је одбацио АГЗ, држи да то не значи да за основ будућег грађанског законика треба узети неки други страни грађански законик. Такође је био против тога да се приступи изради потпуно новог и оригиналног законика, јер ако је прерада АГЗ трајала више од десет година, пита се колико би тек трајала израда новог законика.

Према Константиновићевом мишљењу, решење је да се за основу узме Богишићев Општи имовински законик за Црну Гору. Сматрао је да се о том законнику врло мало говори, а да је један од најбољих на свету, да чини част и свом аутору и нашем народ и да су се страни правници о њему најповољније изразили.

Наводи да би се Општи имовински законик за Црну Гору, са нешто нужних измена, могао применити на целу земљу. Као предност тог законика наводи да га је израдио наш човек, који је одлично познавао свој занат, и за један део нашег народа чији је дух огромној већини нашег народа много ближи од аустријског. У свом раду о Богишићу Константиновић је изложио своје *вјерују*: „Правници од заната склони су да стварају нове правне установе по страним обрасцима, без претходног проучавања питања да ли се установе једне средине могу пресадити у другу, због посебних прилика те средине, а да се народни живот одупире уношењу облика који нису у сагласности са постојећим облицима и не одговарају њему.”⁷ То што црногорска средина није била развијена, за Константиновића није значило да црногорски законик није био подесан за остале, културно развијеније крајеве наше земље.

На приговоре да ОИЗ није потпун, да не садржи ни породично ни наследно право, Константиновић истиче да је било одлучено да се законско наслеђивање и породично право израде независно од АГЗ.

Због свега тога, Константиновић је био уверен да је за основу будућег грађанског законика за Краљевину Југославију требало узети Општи имовински законик за Кнежевину (Краљевину) Црну Гору. Сматрао да је то једини начин да у скорој будућности добије законик који

⁷ Константиновић 1982b, 424.

би задовољавао све услове доброг законика: одговарао би нашем народу и био би у сваком погледу на достојној висини. Константиновић закључује: „Наши интереси, како научно-правни, тако и национално-политички су да се што пре приступи ревизији Црногорског имовинског законика и да се он после тога протегне на целу државу.“⁸

3. ЕПИЛОГ

Кад је 1933. године писао против Предоснове као будућег законика Краљевине Југославије, професор Константиновић није могао знати да ће почетком 1939. године постати министар правде у Влади Цветковић–Мачек. Основни задатак те владе је био да се постигне споразум са Хрватима, како би се успоставило јединство државе у тешким спољнополитичким околностима. То је и постигнуто 26. августа 1939. године, када је донета Уредба о Бановини Хрватској. Да је био усвојен јединствен грађански законик, тај законик би свакако допринео унутрашњој кохезији и јединству земље. Но то се није десило.

Потребе за усвајање Предоснове као југословенског грађанског законика, који би важио на територији целе земље, више није било. Наиме, самом Уредбом су послови правосуђа били предати Бановини Хрватској, где је спадала и материја грађанског законика. Осим тога, четири дана после доношења Уредбе о Бановини Хрватској, 1. септембра 1939. године, нападом нацистичке Немачке на Пољску почео је Други светски рат. Основни задаци владајућих кругова Краљевине Југославије били су спољна политика и очување земље. И Константиновићу, као министру, такође (уз послове разграничења надлежности између државе и Бановине Хрватаске). Међутим, он је и даље размишљао о грађанском законуку. У петак 11. октобра 1940. године забележио је да је срео италијанског посланика Мамелија и најавио му посету: „Повод: да узмем италијански грађански законик у коме можемо наћи доста ствари за нас интересантних.“⁹ Почетком марта 1941. године, на државни врх је вршен велики притисак да земља приступи Тројном пакту. Против тога је Константиновић одлучно био и на крају је поднео и оставку на место министра. У тим одсудним данима Константиновић записује да

⁸ Константиновић 1982а, 384–396 (први пут објављен у *Правном зборнику* 2 и 3/1933, Подгорица).

⁹ Константиновић 1998, 204.

је 4. марта у осам часова ујутру примио „Миливоја Марковића и са њим говорио о изради Грађанског законика. Сложили се да правимо оригинално дело, он, Б. Марковић, Беговић и ја“.¹⁰

Константиновић није могао ни слутити шта носи будућност. Грађанско друштво и његове врлине на којима је Константиновић одгајан и које ће неговати до краја живота нестали су у вихору рата и револуције на тлу Југославије. Идеолошко једноумље нове комунистичке власти уклонило је са Правног факултета Миливоја Марковића и Божицара С. Марковића. Колективистички дух, узак простор за слободу воље у условима свемоћи јавне власти, нетржишни карактер привреде и цео новостворени друштвени амбијент били су противници рада на грађанском законнику. Међутим, Константиновићу се није журило. Свестан да је толерисани сапутник комунистичког режима, он се сав посветио професорском позиву. Када су све предратне правне норме стављене ван снаге и предратна правна правила постала извор права, Константиновић се нашао у оној улози у којој се налазио његов узор Валтазар Богишић када је дошао у Црну Гору 1872. године да би радио на грађанском законнику.¹¹ И један и други су имали намеру да сазнају и упознају народно право. Богишићу је као извор служило обичајно право¹², Константиновићу судске одлуке.¹³ Ту се ова приповест завршава и почиње она о Михаилу Константиновићу као великом законописцу.

¹⁰ Константиновић 1998, 306–307.

¹¹ Потом је донет Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације од 23. октобра 1946. године. Члан 2. тог Закона је прописао: „Правни прописи (закони, уредбе, наредбе, правилници и др.) који су били на снази на дан 6. априла 1941. године, изгубили су правну снагу“ (*Службени лист ФНРЈ*, бр. 86 од 25. октобра 1946, 105 од 27. децембра 1946, 96 од 12. новембра 1947 – обавезно тумачење). Овим прописом је читава дотадашња правна цивилизација стављена *ad acta*.

¹² „Проучавање народног права он је сматрао неопходним не само за сваку законодавну радњу, већ као предуслов за ваљано обављање судских послова и рад на правној науци. На пољу законодавне политике, прва дужност која се намеће законодавцу је да темељно проучи постојеће установе народног права; тек онда се може корионо приступити проучавању потребних и могућих промена. Без тога најбоље намере могу остати без корисних последица. Зато је Богишић пре израде Општег имовинског законика брижљиво проучио народно право у Црној Гори.“ Константиновић 1982b, 424.

¹³ „Отуда, кроз више десетина година, није било ниједне значајније одлуке наших судова која би измакла његовој пажњи и критичком осврту. На Општем семинару за грађанско право на Правном факултету стотине радова је било посвећено анализи и оцени судских одлука, њихових решења и образложења.“ Благојевић 1969, 5–6.

ИЗВОРИ

- [1] *Службене новине Краљевине Југославије* 194-А/1939.
- [2] *Службени лист ФНРЈ* 86 од 25. октобра 1946, 105 од 27. децембра 1946, 96 од 12. новембра 1947 – обавезно тумачење.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Аноним. *Примедбе на Предоснову нашега грађанског законика*, без навода места и године (води се под сигнатурним бројем 34294 у Библиотеци Правног факултета Универзитета у Београду).
- [2] Благојевић, Борислав. 1969. Предговор издавача. 5–6. Михаило Константиновић. *Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима*. Београд.
- [3] Константиновић, Михаило. 3–4/1982а. Југословенски грађански законик, *Анали Правног факултета у Београду*: 384–396 (први пут објављен у *Правном зборнику* 2 и 3/1933, Подгорица).
- [4] Константиновић, Михаило. 2/1982б. Идеје Валтазара Богишића о народном и законском праву. *Анали Правног факултет у Београду*.
- [5] Константиновић, Михаило. 1998. *Политика споразума – Дневничке белешке 1939–1941. Лондонске белешке 1944–1945*. Нови Сад.
- [6] Марковић, Божидар С. 1939. *Реформа нашега грађанског законодавства*. Београд.
- [7] Марковић, Чедомир. 1937. Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију. 289–306. *Споменица Доленцу, Креку, Кушеју и Шкерљу*, I књига. Љубљана.
- [8] Maurović, Ivan. *Izveštaj o Predosnovi građanskoga zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*, Zagreb, без навода године (на петој страни предговора наведено је да је написан почетком августа 1934. године).
- [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 Geburtstag. Ljubljana.

- [10] Мирковић, Зоран С. 2020. Кодификовање грађанског законика нове државе и његово место у историји међуратних европских кодификација. 267–300. *Сто година од уједињења – формирање државе и права*, зборник радова, ур. Борис Беговић, Зоран С. Мирковић. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [11] Мирковић, Зоран С. 1/2021. Рад Живојина Перића на кодификовању Грађанског законика међуратне Југославије. *Анали Правног факултета у Београду* LXIX: 1–34.
- [12] Мирковић, Зоран С. 2020. Живојин Перић о језику у законма. 11–25. *Живојин М. Перић – живот и дело*, зборник радова, ур. Марија Драшкић, Нина Кршљанин. Београд. 2020.
- [13] Перић, Живојин. 1939. *Образложење §§ 1–319 Предоснове грађанскога законика за Краљевину Југославију*. Београд.
- [14] Перић, Нинко. 1938. Предоснова грађанског законика (§ 9) (посебан отисак из *Правосуђа* 1–2/1938), Београд.
- [15] Slapnicka, Helmut. 1973. *Österreichs Recht außerhalb Österreichs. Der Untergang des österreichischen Rechtsraums*. Wien.
- [16] Шапчанин, Сава М. 1937. Неколике примедбе на предоснову Грађанског законика за Краљевину Југославију (посебан отисак из *Правосуђа* 5–12/1937), Београд.

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.

УДК 34.08:929 Константиновић М.

CERIF: Н 250, Н 300

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK04A

Др Драгољуб ПОПОВИЋ*

ФЕДЕРАЛИСТ МИХАИЛО КОНСТАНТИНОВИЋ

Професор Михаило Константиновић је заједно са својим колегама, Михаилом Илићем и Ђорђем Тасићем, саветовао председника владе Драгишу Цветковића, који је инспирисан замислима кнеза-намесника Павла, после компликованих преговора постигао споразум с вођом најјаче хрватске политичке странке Влатком Мачеком. На основу тог споразума, који је склопљен при самом крају августа 1939. године, донета је Уредба о Бановини Хрватској, којом је ова стекла посебан положај у југословенској краљевини. Константиновић је учествовао у преговорима као експерт и умногоме допринео формулисању текста те уредбе.

Намере творца споразума, као и кнеза Павла, тежиле су начелном преуређењу државе тако што ће бити уведен федерализам. Константиновић се врло много ангажовао у том погледу и саставио је нацрт уредбе о Бановини Српских Земаља. Политичке прилике и рат омели су остварење такве замисли, али се професор Константиновић јасно показао као присталица федеративног уређења.

Кључне речи: Устав. – Споразум. – Федерација. – Професор. – Кнез.

* Адвокат и универзитетски професор, ранији судија Европског суда за људска права, Србија, dragoljubpopovic@aol.com.

1. УВОД

Писац ових редова је у једном напису, први пут објављеном пре више од двадесет година, сажето представио лик професора Михаила Константиновића, како се указује у нашој политичкој повесници. Тај савсим кратки опис је стао у три речи: споразумаш, легитимист, тријалист.¹ Професор Константиновић је био присталица хрватско-српског споразума, као темеља ондашње државе, Краљевине Југославије. При томе је био, како је на другом месту у истом напису речено, доследан легитимист и тријалистички федералист (Поповић 2008, 146). Замисао којом се писац руководио у некадашњем огледу састојала се у томе да се политичка делатност професора Константиновића обухвати једним потезом и сагледа као целина. Повратак професоровом лику и делу после две деценије руководи се овде намером да се посебна пажња обрати на Константиновићево схватање државног уређења, тачније на његов однос према федерализму у Југославији. Та особена црта професорових ставова је, због поменутог приступа, у ранијем огледу остала недовољно размотрена.

Основни извор података за овај рад остаје исти онај којим се писац послужио да прикаже и објасни Константиновићево целокупно политичко деловање. Тај извор су мемоарске белешке, које је професоров син Радомир објавио у опсежном изводу пред сам крај прошлога века (Константиновић 1998). Друго издање бележака, колико је писцу ових редова познато, није имало среће да се до сад појави пред читаоцима, упркос напорима професора Јовице Тркуље и неких издавача. Радомир Константиновић је у међувремену преминуо и, како изгледа, остаје непознато где се налази драгоцену заоставштину, чији важан део, ако не и средишњу тачку, представљају управо професорови мемоари, односно његове белешке, које је водио из дана у дан.

Још једна је напомена у уводу неопходна. Михаило Константиновић није био политичар. Он се у политику отиснуо из најплеменитијих побуда. Спас државе му је у тешким временима био врховни циљ. Због тога је у политику ступио у друштву својих професорских колега с Правнога факултета у Београду Михаила Илића и Ђорђа Тасића. Њих тројица су заједно саветовали министра – председника владе Драгишу

¹ Видети Поповић, Драгољуб. 2008. *Скице правничких портрета*. Библиотека Политика и друштво. Београд: Правни факултет у Београду – Службени гласник (= Поповић 2008), 135. Оглед који је ушао у збирку издату 2008. године, био је први пут објављен у *Економском магазину* 23/2000. Видети Поповић, 2008, 164.

Цветковића. Цветковићева влада је била образована са задатком да се постигне, како се онда говорило, народни споразум, односно сагласност између политичких представника Срба и Хрвата о уређењу државе. Образовање Цветковићеве владе и пад претходног, Стојадиновићевог кабинета, представљали су један маневар надахнут дворским утицајем (Павловић 2000, 321). Иза тога маневра у Краљевини којом су владали краљевски намесници стајао је најутицајнији од ових, кнез Павле (Балфур, Макеј 2021, 141–143). У најновијој књижевности јасно је изражен став да се при напорима о постизању споразума у суштини радило о „реорганизацији државе на федералним принципима“, која је била на почетку (Мирковић 2017, 234). Сврха преуређења државе било је образовање тријалистичке федерације у монархији (Јевтић 2012, 302). Михаило Константиновић је био један од најистакнутијих министара у Цветковићевој влади. Могло би се зато казати да се у Константиновићевим ставовима о уређењу Југославије огледају одсјаји државничких схватања, замисли и намера кнеза Павла.

Однос кнеза Павла и Константиновића јасно се види у професоровим мемоарским записима. Тако, на пример, кад 8. септембра 1939. године унесе белешку о аудијенцији коју је тога дана имао код кнеза, Константиновић наводи како је кнезу-намеснику рекао да су он и његови сарадници „све уложили да останемо у оквиру једне јаке државе“. Кнез му на то напомене како „већ пет година ради с Хрватима на овој ствари“ (Константиновић 1998, 48). Кнез-намесник се доиста дуго и неуморно залагао за постизање народног споразума. У једном приватном писму с краја августа 1939. године изразио је задовољство што је споразум био постигнут, како је навео, „после година упорног настојања и толиких напора“ (Балфур, Макеј 2021, 162). На крају поменуте аудијенције 8. септембра 1939. кнез Павле је при расстанку још неколико пута поновио да професор може бити „поносан на извршеном послу“. На то је Константиновић узвратио како су кнежеве речи за њега управо највећа награда (Константиновић 1998, 48).

Поверење које је кнез Павле гајио према Константиновићу извире на више места у професоровим мемоарским списима. Оно је рецимо, видљиво кад кнез 10. новембра 1939. изненада позове у аудијенцију Константиновића, који због тога прекине седницу једног интерминистарског одбора, којој је присуствовао. Кнез је тад желео да се обавести о приликама у Хрватској и неким питањима уставног карактера (Константиновић 1998, 68). Још једном приликом Константиновић бележи да је у аудијенцији код кнеза-намесника с овим разговарао „о преуређењу земље“. То је било на самој почетку 1940. године, тачније 3. јануара (Константиновић 1998, 91). У белешкама је остао траг и о

ономе што су њиховоме аутору о односу кнеза Павла према њему саопштавале колеге. Кад 18. новембра 1940. вечера са Слободаном Јовановићем, овај му пренесе сопствени разговор с кнезом-намесником и вели како је кнез о Константиновићу „говорио топло, најбоље се изражавао“ (Константиновић 1998, 232). Све те наводе треба имати у виду кад се разматрају Константиновићев погледи на државно уређење Југославије. Сагласност тих погледа са ставовима кнеза Павла не сме се никако занемарити. Константиновић није само правнички формулисао политику народног споразума, која је била окосница кнежевог државничког става, него се с кнезом интимно слагао о основама те политике, а посебно поводом питања о уређењу државе.

2. ОБЛИКОВАЊЕ ПРВОБИТНОГ ПРЕДЛОГА СРПСКО-ХРВАТскоГ СПОРАЗУМА И ДРЖАВНОГ УРЕЂЕЊА

Најранији навод у којем се у Константиновићевим мемоарским белешкама помиње српско-хрватски политички споразум налази се у запису од 2. априла 1939. године. То је запис о разговору који су 26. марта исте године тројица професора београдског Правног факултета – Илић, Тасић и Константиновић – водили с председником владе Цветковићем. Разговор је вођен за вечером, чији је домаћин био председник владе, образоване почетком фебруара. Константиновић бележи да је Цветковић тад изјавио како питање односа Срба и Хрвата не сме остати отворено у тешкој међународној ситуацији и да је он одлучан да то питање реши (Константиновић 1998, 13).

Саговорници за вечером су се сложили да „члан 116 Устава даје довољно могућности да се изађе у сусрет захтевима Хрвата“ (Константиновић 1998, 13). На томе уставном члану требало је засновати правничку конструкцију будућег споразума. Укратко, чланом 116 Устава било је предвиђено да Краљ својим указом може наредити примену ванредних мера кад су угрожени јавни интереси (*Службене новине Краљевине Југославије*, 3. септембар, година XIII – 1931 – бр. 900). Све ванредне мере уведене на основу те уставне одредбе морале су накнадно бити поднете народном представништву на одобрење. Уставним чланом који је, по свему судећи, једини могао наћи примену у ствари народног споразума, није била предвиђена ревизија Устава нити је до ове уопште могло доћи под намесништвом. Због тога је читаво питање о постављању правног темеља евентуалном будућем споразуму Хрвата и Срба било веома компликовано и захтевало је висок степен правничке експертизе.

Сасвим је извесно да су професори позвани на вечеру пре разговора о којем је овде реч морали разменити мишљења о основи споразума. Прихватајући да у сврху постизања споразума саветују председника владе, они су се једнодушно поставили на легитимистичко становиште, налазећи да указ који Круна буде издала на основу чл. 116 Устава мора доцније бити поднет народном представништву на коначну одлуку. Професори су будући указ, који би конституционализовао српско-хрватски политички споразум, сматрали једном привременом мером (Поповић 2008, 133–134).

Од почетка је било јасно да ће се задатак поверен тројици професора састојати у томе да председнику владе дају савет у вези с прилагођавањем државног уређења Краљевине Југославије предстојећем хрватско-српском споразуму. После вечере код Цветковића 26. марта, три професора су се 29. марта састала у Библиотеци Правног факултета, где су у разговору провели три часа и, како се у белешкама наводи, „претресли сва питања у вези с намераваним споразумом“ (Константиновић 1998, 14–15). Тад су, како изгледа, уобличили сагласност о будућем уређењу државе и формулисали свој став у свим најважнијим тачкама. Састанак у библиотеци је трајао од девет ујутру до поднева, а Константиновић бележи како је одмах после ручка заједничко мишљење он својом руком ставио „написмено на двадесет осам листића четвртине“. Већ у шест после подне истога дана одвезли су се у Цветковићев стан на Дедиње, где су председнику владе изложили закључке и предали рукопис (Константиновић 1998, 15).

Рукопис о којем је овде реч, настао крајем марта 1939. године, налази се у прилогу објављених бележака, где запрема седам страна (Константиновић 1998, 507–514). То је, по свој прилици, оних двадесет осам листића четвртине, које затичемо у раније поменутом наводу. Обим прилога наводи на мисао да је можда постојао некакав концепт као предлог за састанак тројице професора. Без обзира на ову недоумицу, јасно је да се у тексту поднетом председнику владе ради о свеобухватној скици будућег државног уређења Југославије. О томе сведочи рашчлањавање самога текста, који има шест делова. Најпре је реч о уводу, где је расправљено питање примене чл. 116 Устава. За овим долази кратак наслов који говори о подели на покрајине, потом два нешто дужа о организацији покрајинских власти и о државној власти, да би уследио далеко најдужи наслов посвећен надлежностима, који се простире на више од пет страна. На самоме крају је наслов испод којег текст има свега три реда, који се односе на Суд за сукобе надлежности између државе и покрајина.

На тај начин су тројица професора формулисала став српске стране у преговорима, припремивши Цветковића за сусрет с вођом Хрватске сељачке странке Влатком Мачеком, до којег је дошло већ почетком априла. Том приликом је обављена размена мишљења хрватске и српске стране, на основу које је преобликован почетни предлог, како би се нашао компромис. Нас овде, међутим, занима српска почетна платформа за преговоре и то са становишта државног уређења.

Најпре се може уочити да се тежило груписању постојећих бановина у јединице вишег реда, које би се називале покрајинама. Дравска бановина би у ствари била претворена у покрајину, док би Савска и Приморска биле спојене у јединствену, засебну покрајину. Све остале бановине би чиниле трећу покрајину, с тим што би на неким местима биле исправљене границе међу покрајинама (Константиновић 1998, 508). Као што је познато, хрватска страна у преговорима није прихватила одустајање од назива територијалних јединица које састављају државу бановинама. Разлог томе вероватно лежи у чињеници што тај назив потиче из хрватске политичке и државне традиције. Суштински посматрано, српска страна је предложила тријалистичко уређење државе, које услед наступања бурних догађаја никад није било спроведено.

Два наслова српске преговарачке платформе која су посвећена организацији покрајинских и државне власти предвиђала су парламентарно уређење, како на нивоу државе, тако и на нивоу покрајина. Ове би имале законодавну, извршну и судску власт и једнодомно народно представништво, док је за целину државе био предвиђен дводомни систем. У платформи се среће позивање на устав САД, по којем су у Сенату савезне државе заступљене једнаким бројем сенатора. Уз то је ишла опаска како се „у новије време показује тежња да се при саставу Сената води рачуна о броју становништва области и да се у њега уведу представници стручних тела и организација“ (Константиновић 1998, 508). Српска страна је тежила да избегне могућност прегласавања до којег би могло доћи ако се усвоји амерички систем једнаког представљања територијалних јединица у горњем дому законодавног тела. Опрезно је због тога напоменуто како би требало водити рачуна о броју становника тих јединица, а остављена је и могућност да се по српску страну незгодна црта америчког обрасца избегне применом корпоративног начела.

Највише пажње је у почетним српским ставовима заузело питање о надлежностима различитих нивоа власти. У том погледу платформа је начелно предлагала да се за углед узму Вајмарски устав, „као и предлог Народног клуба који је израђен према њему“ (Константиновић 1998, 509). Предлог Народног клуба је уставни нацрт настао у време

доношења Видовданског устава, који је предлагао да се држава уреди као федерација (Јовановић 1995, 75). На овоме месту ваља приметити да Вајмарским уставом, услед дејства специфичних околности у послератној Немачкој, није било предвиђено федерално уређење (Роровић 2021, 403). Старија немачка наука, попут Витмајера у књизи први пут објављеној двадесетих година XX века, тврдила је како не постоји формално мерило по којем се Вајмарска Немачка разликује од унитарне државе (Wittmayer 2014, 138). Новија наука говори о унитарном федерализму (Kühne 2020, 24). Свему томе треба додати како су се творци српске преговарачке платформе у погледу расподеле надлежности између државе и њених саставних јединица позвали и на друге примере из упоредног уставног права. Постоје референце на аустријски и канадски устав, као и на устав Јужне Африке и устав САД, а исто тако и на Смодлакин уставни нацрт из времена доношења Видовданског устава (Константиновић 1998, 510–512). Извор надахнућа су дакле били устави федерално уређених држава, а предложена метода расподеле надлежности почивала је на двострукој енумерацији, односно набрајању надлежности државе и надлежности њених саставних јединица. При набрајању искључиве надлежности државе као пример за углед највише су коришћени немачки устав Вајмарске републике и канадски устав (Константиновић 1998, 509–512). Разноврсност надахнућа потекла из упоредног права и суптилност енумерације не ометају једноставан закључак да је српска платформа била на гледишту тријалистичког федерализма, као модела државног уређења Југославије. С таквим ставом тројице правних стручњака председник владе Цветковић отпутовао је на разговоре с Мачеком.

3. ТОК ПРЕГОВОРА – БРОЈ ТЕРИТОРИЈАЛНИХ ЈЕДИНИЦА И ПОДЕЛА НАДЛЕЖНОСТИ

Цветковић се 27. априла вратио из Загреба, где је с Мачеком преговарао о хрватско-српском споразуму. Одмах је позвао себи тројицу професора који су га саветовали. У разговору који је том приликом вођен учествовали су и прваци словеначке и муслиманске странке, које су биле заступљене у Цветковићевој влади – Антон Коросец и Мехмед Спахо. Они су у ствари заједно са Цветковићем дочекали тројицу професора у председништву владе. Тако састављена политичко-експертска шесторка детаљно је расправила Цветковићеве предлоге у светлости Мачекових противпредлога, које је овај саопштио председнику владе (Константиновић 1998, 17–20). Могло би се рећи да ставови двојице преговарача нису били претерано удаљени. По ономе што из

управо наведених места у Константиновићевим белешкама сазнајемо, у најуопштенијем изразу изгледало је да је неспорно спајање Савске и Приморске бановине у једну, уз додатак неколико срезова из других бановина. Уз то би ишао и пренос надлежности с државе на бановине. Тај назив територијалних јединица које састављају државу Цветковић је током сусрета с Мачеком прихватио и више се није указивао спорним. Осим тога, предвиђено је образовање заједничке владе, која ће приступити коначном обликовању државног уређења, у чијем ће склопу бити зајемчен посебан положај бановине Хрватске.

Пошто је врло интензивно настављен рад на материјалу који је проистекао из Цветковићевих преговора с Мачеком, експерти су се међусобно консултовали, а занимљива тачка у њиховом раду са Цветковићем догодила се крајем маја. Сви дотадашњи нацрти споразума и будућег државног уређења предвиђали су тријалистичко уређење државе. Константиновић не саопштава разлог, који му је можда остао непознат, али бележи како је Цветковић 28. маја замолио тројицу професора да проуче могућност да се држава подели на четири бановине. Професори су се следећег дана састали и повели расправу о тој идеји (Константиновић 1998, 22). Професор Тасић

је сматрао да се такво уређење може спровести. Константиновић му се супротставио пре свега из географских разлога. Сматрао је неупутним спајање Врбаске, Дринске и Зетске бановине у једну јединицу, а Дунавске, Моравске и Вардарске бановине у другу. Данашњем читаоцу треба објаснити да је Дринска бановина, са седиштем у Сарајеву, захватала територију с обе стране Дрине. Спајањем Дунавске, Моравске и Вардарске бановине добила би се издужена територија која се простире од Суботице до Охрида, за коју се Константиновић упитао: „На шта би личила?“ На крају овог саветовања експерти су се, на основу Константиновићевог предлога, сложили да би се четврта јединица могла образовати „од Врбаске бановине и босанско-херцеговачких делова Дринске и Зетске бановине“.

Константиновић је тих дана подробно проучио питање образовања четврте територијалне јединице у држави. На основу опсежних проучавања настао је његов елаборат, обогаћен статистичким подацима, под насловом „Четврта покрајина“, који је сачуван и налази се у објављеним белешкама. Уз елаборат су приложене географске карте (Константиновић 1998, 516–518). То је једно од ретких места на којем је Константиновић одустао од тријалистичког уређења државе. Као што је непознато откуд је председник владе одједном дошао на идеју о образовању четврте територијалне јединице у држави, тако се из Константиновићевих бележака не види како је та замисао прошла

у преговорима с Мачеком, ни да ли је разматрана. Крајем јуна су преговори стигли до тачке на којој се хрватски преговарач ограничио на територијално проширење будуће хрватске бановине укључивањем у ову хрватских општина из шест срезова. То је давало изгледа на постизање споразума. Председник владе је зато професорима упутио одсудно питање о карактеру државе после пројектованог преуређења, нагласивши да му је то „потребно ради Кнеза“. Питање је гласило: „Да ли држава организована на тим основама остаје једна држава?“ (Константиновић 1998, 23).

Константиновић бележи да је рад тројице професора на нацрту споразума Хрвата и Срба био врло интензиван почетком јула. Они су уочи првога у месецу предали Цветковићу свој елаборат под насловом „Посебан положај Хрватске“. Тај текст се налази међу објављеним белешкама (Константиновић 1998, 524–526). Документ се састоји од три повезана дела. Први од ових је написао Константиновић, други Илић, а трећи Тасић (Константиновић 1998, 23). Илић се бавио расподелом надлежности између државе и њених саставних јединица, ако се Хрватској одреди посебан положај. Сматрао је да се једна од кључних недоумица састоји у питању „ко би на српском подручју обављао оне послове који би у Хрватској спадали у оквир надлежности аутономних органа“. Из тога је јасно да се неопходном указивало образовање српске јединице у држави, мада то Илић у своме тексту није поменуо. Тасић је разматрао положај оног што би се могло назвати унутрашњим мањинама, дакле српске мањине у Хрватској и хрватске у српском делу државе. У том склопу је изразио противљење примени међународног права о заштити мањина, страхујући да би то значило „копање дубљег јаза између Срба и Хрвата“. Унутрашње мањине требало је да остану унутрашње питање.

Константиновићев део елабората о посебном положају Хрватске био је дужи од оних које су редиговале његове професорске колеге, премда не сувише опсежан. Био је подељен у две тачке. У првој је Константиновић пројектовано државно уређење посматрао с правног, а у другој с политичког становишта. С правног становишта Константиновић је налазио да посебан положај Хрватске није у складу с начелом равноправности. То нарочито ако би се и Словенцима дала аутономија. Настала би у том случају ситуација да само Срби имају посебан положај у држави „у том смислу што не би могли самостално решавати о питањима о којима Хрвати и Словенци решавају самостално“. Зато је изразио мишљење како би било логично да се „и за српске крајеве уреде посебна тела и организују посебне власти као и за хрватске“. Уз то је додао како је шпанским уставом из 1931. године предвиђена могућност

образовања покрајине с посебним статусом. Одговарајуће одредбе су биле унете у тамошњи устав због Каталоније, која је онда добила посебан статус у оквиру шпанске државе. Константиновић је на истоме месту додао како „такав начин уређења односа покрајина и целине не изгледа да је дао добре резултате“. Могло би се рећи да се таквим мислима Константиновић показује као присталица симетричног уређења државе и тријализма.

Друга тачка Константиновићевог дела елабората била је посвећена политичким разматрањима и упадљиво је краћа од прве. Он је језгровито приметио да би неки наши унутрашњи односи могли остати нерашчишћени, услед постојања државног и паралелног аутономног буџета. Уз то је додао да „посебан положај једне покрајине може временом постати препрека приближавању и изједначавању наших крајева и нашег народа“. На овоме месту се Константиновић показује као интегралист и његово мишљење као да стоји у опреци с Тасићевим напоменама о унутрашњим мањинама. Три професора су, међутим, била једнодушна у оцени да ће држава, ако се преуреди онако како су пројектовали Мачек и Цветковић, „имати све атрибуте суверености: законодавну власт, извршну, као и право да одлучује о увођењу пореза и да их сама прибира“ (Константиновић 1998, 23). Рекло би се ипак, укупно посматрано, да су професори били опрезнији од политичара, који су, како изгледа, вукли напред у споразум.

Упркос начелно израженој доброј вољи обе стране да се постигне споразум хрватско-српски преговори се нису одвијали лако. Настављени су средином јула у Загребу и на Бледу, а професори који су саветовали председника владе били су присутни, заједно с хрватским експертима – Крбеком, Шутејем и Филипанчићем. Усаглашавање експерата двеју страна било је компликовано и захтевало је много труда. Константиновић бележи како су шесторица стручњака 12. јула провела више од девет часова у раду (Константиновић 1998, 27). О детаљима тог састанка, као и о сусрету с Мачеком и Кошутејем, првацима Хрватске сељачке странке, професори Тасић, Илић и Константиновић су 22. јула обавестили председника владе Цветковића једним опсежним меморандумом, који је у белешкама остао сачуван (Константиновић 1998, 538–553).

Преговори Мачека и Цветковића нису текли непоремећеном, равном цртом. Ако је у почетку владала начелна сагласност о неопходности преуређења државе, расправа о детаљима донела је потешкоће и разилажења у ставовима двеју страна. Почетком августа Цветковић је од тројице професора затражио мишљење о Мачековим противпредлозима на његове првобитне предлоге. Мачекови противпредлози од

4. августа сачувани су у језгровитом облику у Константиновићевим белешкама (Константиновић 1998, 553–556). Министар – председник владе и тројица његових професорских саветника били су сложени у закључку да предлози хрватске стране у преговорима воде успостављању конфедерације.

У току саветовања које је имало циљ да се сачини мишљење о хрватским противпредлозима, професори су се размимоишли у ставовима. Српски правни експерти су, наиме, стали на гледиште да су измењене границе бановина, како их је предвиђао пројектовани споразум, у суштини „рађене за једну федерацију“. То је у основи било Константиновићево схватање. Ако се установљава конфедерално уређење, онда би границе морале бити друкчије повучене. Тасић и Илић нису били расположени да се упуштају у питање граница међу саставним јединицама у држави, али су ипак, пошто је Константиновић на томе настојао, прихватили његов став. Друго размимоилажење међу експертима односило се на форму у којој ће Мачеку бити саопштени одговори српске стране. Недоумица се, наиме, састојала у томе да ли да се одговор српских стручњака на противпредлоге хрватске стране овој саопшти у облику писма које ће Цветковић упутити Мачеку или као писмо које експерти упућују самој Цветковићу. На крају је недоумицу разрешио Цветковић, одлучивши да он лично, усмено, саопшти Мачеку одговор српских експерата као сопствени став (Константиновић 1998, 33–34).

Извештај професора Илића, Тасића и Константиновића од 6. августа, упућен премијеру Цветковићу, био је обиман и садржао је седам делова (Константиновић 1998, 556–566). Српски експерти су се осврнули на питање граница хрватске бановине, поделу надлежности, распуштање Сената и Народне скупштине, доношење политичких закона и на указе о распуштању домова законодавног тела и о доношењу поменутих политичких закона. Посебну пажњу су посветили указу о спајању бановина, преношењу надлежности с државе на хрватску бановину, овлашћењима бана и његовом правном положају. Тај део, означен као шести у низу, био је у извештају дужи од свих осталих, изузев оног посвећеног подели надлежности између државе и бановина. Сразмерно опсежни општи закључци представљали су завршни, седми део текста.

Експерти су заузели став да би, ако се прихвате Мачекови предлози, „границе Хрватске бановине морале бити много уже повучене, пошто је предлог г. Мачека много ближи конфедерацији него федерацији, коју смо ми имали у виду“ (Константиновић 1998, 558). Напоменули су и да Мачеково становиште није довољно јасно у погледу будућег уређења државе, о чему се на основу предлога може само наслућивати.

Додали су и то да, иако између Цветковићевог првобитног предлога и Мачековог противпредлога постоји велика сличност, „између њих постоје и знатне разлике“. Једна од њих се односила и на сам карактер поделе надлежности између државе и бановина. Док је та подела по Цветковићевом предлогу била коначна, по Мачековом противпредлогу била би управо провизорна. Дефинитивна подела надлежности обавила би се накнадно. Експерти су зато упозоравали председника владе на могућност да хрватска страна доцније постави нове захтеве. Коначан закључак правних стручњака о томе био је да је питање о подели надлежности између државе и хрватске бановине повезано с одређивањем граница. Због тога би, ако се напусти Цветковићево првобитно становиште о подели надлежности, питање граница међу бановинама морало бити „узето у поновно разматрање и решено на сасвим другој основи“ (Константиновић 1998, 559–560).

Из ових редова се јасно могу уочити разлике у приступу двеју страна у преговорима. Српска страна је нудила федерацију, док је хрватска тежила конфедерацији. Ни једна од страна у преговорима није истицала своја идејна упоришта нити је помињала теоријске обрасце. Преговоре су водили политичари који су пред очима имали практична питања и проблеме, покушавајући да их реше. Тек у експертској теоријској обради видело се на каквим су премисама почивале поједине замисли и предлози. Српски експерти су у извештају за председника владе, дакле изван политичке позорнице, открили полазни, федерални став српске стране у преговорима. Идеје друге стране оцењивали су као конфедералне тежње.

У погледу овлашћења бана и његовог правног положаја српски стручњаци су нарочито настојали на разликовању ситуације кад бан спроводи бановинске законе од оне када спроводи државне. Обе стране су прихватиле да се оснује Уставни суд, којем би био поверен надзор над уставношћу. Професори који су саветовали председника владе имали су, међутим, примедбе на механизам надзора и на нејасноће хрватскога гледишта о томе, како је било изражено у Мачековом предлогу (Константиновић 1998, 562–563).

Најзад, међу општим закључцима правних експерата издваја се пре свега онај који се односи на утемељење преуређења државе у чл. 116 Устава, на основу хрватско-српског споразума. Таква утемељеност давала је начелно привремени карактер споразуму, чије би се поједине одредбе, међутим, у суштини ипак сматрале трајним. За то су као пример били наведени обим територије хрватске бановине и њене надлежности. У Мачековом предлогу, према мишљењу српских експерата, нарочито је била спорна идеја да за судску контролу банских аката

надлежан буде бановински, а не државни суд. Српски стручњаци су напоменули да би морала постојати и друга врста контроле, написавши у извештају изричито „како је то у федерацијама“. Нагласили су још и то да према Мачековом предлогу „Хрватска бановина постаје сасвим независна од државе на начин како то нигде нема“, додавши узгред како су „преговарачи запојени, ма и несвесно и нехотице, духом конфедерације“ (Константиновић 1998, 564–565). Учено рашчлањавање тројице професора у складу је с Константиновићевом забелешком коју затичемо под датумом од 14. августа, у којој каже како је саветујући се с колегама настојао на томе да „се у извештају скрене пажња на дух конфедерације који бије из Мачековог пројекта“ (Константиновић 1998, 33).

4. ЗАВРШНА РАСПРАВА О ПРЕДЛОЗИМА И СТАВ КНЕЗА ПАВЛА

Одлучујућа расправа о предлозима текста споразума политичких представника Хрвата и Срба вођена је у другој половини августа 1939. године. Професор Константиновић је белешке о томе начинио тек у другој половини септембра, напоменувши како је заборавио неке датуме (Константиновић 1998, 35). Током преговора, који нису имали строго одређен протокол, разговарало се у једној врсти општег скупа који су чинили политичари заједно са стручњацима, али се дешавало и да се Цветковић и Мачек издвоје и разговарају насамо. Приликом расправе коју су правни стручњаци двеју страна водили међу собом долазило је до компликованих ситуација. У једном тренутку је Константиновић одбио да прихвати став хрватских експерата, наводећи да њихов „пројект иде конфедерацији“. Истовремено је заступао став да је неопходно јасно формулисати „начела о организацији власти и односу власти бановине и државе“. Тврдио је у излагању да је српска страна то одувек заступала, залажући се за то „да се цела држава реорганизује на основи федеративној, а не да се одређује посебан положај бановине Хрватске“. Тај став су хрватски стручњаци примили, премда не изреком. Њихово је становиште било да контролу извршења закона треба уредити онако како је предвиђено чланом 14 Вајмарског устава. Исто су тражили и за надзор над целокупним радом бановине. Посебно су захтевали да се „бан поставља краљевим указом, али уз премапотпис бана, а не председника Министарског савета“ (Константиновић 1998, 42–43). Српска страна је прихватила одредбе о именовању бана и његовом сопственом премапотпису и то је ушло у текст Уредбе о Бановини Хрватској.

Крајем августа споразум је био склопљен и текст уредбе којом је држава преуређена коначно усаглашен. Завршни разговори су вођени на Бледу, па је 26. августа поподне кнез Павле примио у аудијенцију политичаре и стручњаке који су радили на споразуму. Константиновић бележи да је кнез-намесник одржао кратак говор, од свега две-три реченице, истакавши како је споразум „један епохалан догађај у нашој историји“. Образована је влада народног споразума, па су њени министри пред кнезом положили заклетву (Константиновић 1998, 44). Велики припремни рад је тиме био завршен. Починјала је нова фаза у уставном животу краљевине која ће се огледати у поступању Цветковић–Мачекове владе народног јединства.

Средином септембра је професор Константиновић још једном био у аудијенцији код кнеза Павла. Разговор вођен том приликом кратко је регистровао у својим белешкама, и то посебно онај део у којем је било речи о сарадњи Срба и Хрвата у влади проистеклој из народног споразума. Једно од средишњих питања била је уредба о банској власти, чијој је припреми Константиновић тих дана био посвећен. Кнез му је тад казао, очигледно задовољан постигнутим политичким споразумом, „како већ пет година ради са Хрватима на овој ствари“. У ствари, конкретне преговоре с хрватским политичарима почео је сам кнез Павле на самоме крају 1938. године (Павловић 2000, 329). Растајући се, на крају аудијенције, од професора, кнез-намесник је неколико пута поновио да професор Константиновић може бити „поносан на извршеном послу“. Професор је на такав комплимент узвратио да су кнежеве речи за њега највећа награда, нагласивши како је оно што је било постигнуто „заједничко дело“ (Константиновић 1998, 48). Кнежево изражавање није било искључиво куртоазно него је указивало на суштину. Кнез Павле је заиста био у основи споразума, подстичући и охрабрујући преговараче како би се путем договора политичких вођа оснажила држава у смутним временима. Док су кнез и професор водили разговор о којем је овде реч, Пољска се бранила од напада, а Британија и Француска су објавиле рат Немачкој, штитећи пољску независност. Други светски рат био је већ у току.

5. УРЕДБА О БАНОВИНИ ХРВАТскоЈ У СВЕТЛОСТИ КОНАЧНОГ ПРЕУРЕЂЕЊА ДРЖАВЕ

Уредба краљевских намесника, донета 26. августа 1939. године на основу чл. 116 Устава имала је сразмерно кратак текст од свега 16 чланова (*Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 194-А-68/1939). Ако

се изузму Завршне одредбе, које су представљале пети део уредбе, од преостала четири дела прва два су била врло кратка. Први део је чинио само чл. 1, који је определио спајање дотадашњих бановина Савске и Приморске у једну, под именом Бановина Хрватска, додавши јој осам побројаних срезова и одредивши да јој је седиште у Загребу.

У другоме делу уредбе, чланом 2 је уређена расподела надлежности између Бановине Хрватске и државе на понешто компликован начин (Павловић 2000, 347–349). Најпре су, првим ставом тога члана, методом енумерације одређени послови поверени бановини. Други став је садржао општу претпоставку надлежности у корист државе. После тога су, међутим, у трећем ставу члана 2 побројани „послови од особитог значаја по опште интересе државе“, укупно дванаест ставки, за које је држава била надлежна. У присуству поменуте опште претпоставке надлежности у корист државе, ово друго набрајање, правно-технички посматрано, није изгледало неопходно. Већ смо, међутим, видели да преговори двеју страна о расподели надлежности нису били нимало лаки, па је редакција текста одсликавала тешкоће до којих је долазило у преговорима. Поврх свега је у завршном ставу чл. 2 остављена бреша за даље измене. Министарски савет је био овлашћен да и друге послове пренесе у делокруг Бановине Хрватске.

Највише места у уредби заузеле су одредбе о организацији власти у Бановини Хрватској. Од укупно шеснаест чланова у тексту, чак девет је томе било посвећено. Чланом 4 је било предвиђено да законодавну власт у бановини врше Краљ и Сабор заједнички, да управну власт врши Краљ преко Бана, а судску судови у Краљево име, на основу закона. За положај бана новоосноване бановине кључна је била одредба чл. 8 став 1 Уредбе, која је овако гласила: „Краљ именује и разрешава Бана указом, који премапотписује новоименовани Бан“ (Павловић 2000, 347–348). Таквом одредбом је у Хрватској бан стављен у положај друкчији од оног који су имали банови у осталим бановинама. По чл. 86 став 2 Устава, бана је постављао Краљ на предлог председника Министарског савета. На овоме месту се као једна занимљивост може навести да ће се Иван Шубашић, бан Бановине Хрватске, кад буде доспео у избеглиштво са Симовићевом владом 1941. године, у неким документима редигованим на енглеском потписивати као вицекраљ (*viceroi*). Такво поступање при превођењу ослањало се на одредбе о положају бана, какве су нашле места у уредби о којој је овде реч.

Успостављањем Бановине Хрватске уведена је асиметрија у уставни склоп југословенске краљевине. Једна бановина добила је нарочит положај, а различите групе у држави су због тога стале на гледиште да је такав статус једне бановине у опреци с њиховим интересима или бар да оправдано могу поставити питање сопственог положаја.

6. КОНАЧНО ПРЕУРЕЂЕЊЕ ДРЖАВЕ – ЈУГОСЛОВЕНСКИ ФЕДЕРАЛИЗАМ

Питање преуређења југословенске краљевине избило је после закључења хрватско-српског споразума готово истог тренутка у први план. На податке о томе наилазимо у Константиновићевим белешкама. Професор је већ 14. септембра добио обавештење како треба да се састане с Михом Креком, прваком Словеначке народне странке „због проширења уредбе о бановини Хрватској на бановину Дравску“. Састанак с Креком био је уприличен два дана доцније. Није прошло много а посетио га је и бан Дравске бановине Марко Натлачен, чије име из непознатих разлога Константиновић наводи као Натлачек. Он је професору пренео нерасположење које влада у Словенији услед тога што Словенци новим уређењем нису добили ништа. У међувремену је с премијером Цветковићем и својим професорским колегом Лазом Марковићем, тадашњим министром правде, разговарао о образовању комисије чији би задатак био да размотри уређење положаја Словеније (Константиновић 1998, 49–51).

Српско-хрватским споразумом је било предвиђено да се у земљи одрже парламентарни избори из којих ће произаћи легитимна скупштина која ће моћи да потврди Уредбу од 26. августа 1939. године. Одмах по образовању владе Цветковића и Мачека питање о изборима је дошло на дневни ред. У току трајања припрема за изборе професор Константиновић се још једном састао с кнезом-намесником. Том приликом је било речи о коначном преуређењу државе. Разговор је вођен 10. новембра, пошто је кнез Павле изненада позвао Константиновића себи. Две теме су биле предмет пажње двојице саговорника. То су били парламентарни избори и преуређење државе. У погледу прве теме Константиновић је приметио како је неопходно да се најпре организују парламентарни избори на нивоу целе државе, а тек потом за хрватски Сабор. Творци споразума су, наиме, стали на гледиште које је у једном чланку формулисао професор Тасић, да је „немогуће политички да нова влада народног споразума ради са Скупштином и Сенатом, који су избрани под ранијим политичким режимом, скроз супротним народном

споразуму“ (Павловић 2000, 348). Константиновићево излагање пред кнезом ишло је по тој црти. О кнежевој реакцији белешка не јавља ништа, али се из општег тока разговора стиче утисак да је кнез-намесник био сагласан с професоровим мишљењем.

Друго питање, оно о преуређењу државе, Константиновић је довео у непосредну везу с организовањем избора, за које је чак у једном тренутку казао како би их „можда требало мало одложити“. Разлог за одлагање избора Константиновић је видео у неопходности да се изведу „велике реформе помоћу овлашћења која имамо“. Белешка на овоме месту не јавља ништа о томе на која је овлашћења мислио професор, али је из читавог склопа разговора јасно да је имао у виду чл. 116 Устава на основу којег је донета Уредба о Бановини Хрватској. Кључни елемент за разумевање Константиновићевог става проналази се, међутим, у његовим забележеним речима: „потребно је образовати и остале две бановине пре избора Скупштине“. Професор је додао како ће после „то бити тешко, ако не и немогуће“. Он је наиме, испољио бојазан да ће ревизија Устава, кад дође на дневни ред, бити компликована. О томе ће се расправљати у народном представништву, дакле, како се изразио, „у једном великом телу, којим ће владати и страсти“.

Једини навод о кнежевом мишљењу у белешци о којој је овде реч био је следећи: „Кнез је био врло расположен и очигледно му је било пријатно што имам идеје које има и он“ (Константиновић 1998, 68–69). Сразмерно кратка белешка о аудијенцији код кнеза Павла открива нам неколико ствари. У њој се, с једне стране, дочарава атмосфера у којој је постигнут српско-хрватски споразум, а опет, с друге стране, и коначни циљеви и замисли архитектата реконструкције краљевине. Већ смо видели како је Цветковићев први кабинет образован зато што је круна хтела да подстакне постизање споразума две најбројније етничке групе у држави (Павловић 2000, 321). Споразумом је створена заједничка влада у којој су се нашли најутицајнији хрватски политичари, осим оних српских који су били присталице споразума. Та влада је образована истовремено с уређењем положаја Хрватске у држави, чије су особености довеле до успостављања асиметричног уређења. На томе се међутим, није хтело стати. Предстојало је начелно преуређење југословенске краљевине, којим би се успоставиле три јединице, како је Константиновић навео у белешци. Читав посао преуређења државе требало је да обави елита, односно једна влада образована иницијативом намесника, која је пре свега уживала поверење двора. У јавности и међу правним стручњацима то је оправдано критиковано, али се, с друге стране, ипак мора признати да је бојазан од хетерогеног народног представништва у извођењу уставне реформе била оправдана.

Константиновић је био у праву кад је поменуо политичке страсти. Он се у суштини поводио за кнежевим племенитим намерама да оснажи државу, па је кнез-намесник његове речи по свему судећи примио као одјек сопственог мишљења.

Један део југословенске елите и ширих друштвених кругова видео је у слози етничких група од којих је састављена држава путоказ напретка и јачања краљевине, па се залагао за федерално уређење. Такав став, међутим, није експлицитно истицан у политичком животу из више разлога. Најпре, стручна правничка јавност је била подељена поводом српско-хрватскога споразума и постигнутог преуређења државе. Јавили су се многи гласови, који су оспоравали правни основ Уредбе о Бановини Хрватској какав је пружао чл. 116 Устава. Учени правници су о томе заподенули расправу. На критичкој страни су се нашли, међ осталим, Слободан Јовановић, Лазо Костић и у оно време млади Радомир Лукић, док су Иво Крбек, Ђорђе Тасић и Милан Владисављевић заступали опречне ставове (Павловић 2000, 333–337). Истакнути загребачки професор Јурај Андраши сматрао је, међутим, да је доношењем уредбе од 26. августа 1939. године успостављена федерација (Марковић 2020, 127). У нашој најновијој књижевности о овоме питању Танасије Маринковић је отишао тако далеко да тврди како је с правничког становишта доношење Уредбе о Бановини Хрватској представљало државни удар (Marinković 2019, 59). Такав став није утемељен на историјској стварности, а нарочито противречи Константиновићевом легитимизму (Поповић 2008, 134, 146).

Осим теоријске расправе, опстајала је недоумица у којој мери су масе Срба и Хрвата биле расположене да прихвате федерацију као државни облик. Ставови политичких странака о новоме уређењу државе били су различити. На пример, радикали окупљени око Милана Стојадиновића у фебруару 1940. године у Српску радикалну странку још увек су настојали на југословенству као државној идеологији. Најутицајнији политички чинилац који је остао изван владе Цветковић–Мачек, Демократска странка, мењала је став прилагођавајући се приликама. Странка се није противила идеји споразума Срба и Хрвата, него начину на који је склопљен. У погледу преуређења државе демократе су стале на гледиште да још пре избора треба установити српску јединицу (Павловић, 2000, 343–345). На тај начин су се приближили ставовима владиних кругова, које је умногоме инспирисао професор Константиновић.

Обликовање новог државног уређења било је у фази предлога заокружено у другој половини децембра 1939. године. Константиновић бележи да је 16. децембра поподне предао кнезу Павлу нацрт уредбе о трећој

јединици, за коју је било предвиђено име Српске Земље (Константиновић 1998, 83). Запис под поменути датумом је лапидаран: „16, аудијенција у 18.30. Предајем свој пројекат Бановине српских земаља.“ Рекло би се да такво изражавање несумњиво сведочи о Константиновићевом ауторству пројекта, тим пре што се у професоровим списима налази и опсежније образложење текста нацрта уредбе о Бановини српских земаља, из којег се види да је Уредба о Бановини Хрватској од 26. августа 1939. послужила као извор надахнућа за конструисање треће јединице у држави (Константиновић 1998, 578–579).

Бановина Српске Земље требало је, према сачуваноме спису, да настане спајањем Врбаске, Дринске, Зетске, Дунавске и Вардарске бановине, као и подручја града Београда. Овде се мора напоменути да је у набрајању омашком изостављена Моравска бановина, чија би територија такође била укључена у трећу, односно српску јединицу. Седиште бановине било би у Београду, а органи власти у бановини би се по имену разликовали од оних у Хрватској. Предвиђени су Земаљски сабор и председник Земаљског савета, уместо сабора и бана у Хрватској. Земаљски савет би састављали земаљски подсекретари, који би били на челу појединих грана управе. Председник Земаљског савета и земаљски подсекретари били би одговорни Краљу и Земаљском сабору. У том спису се не каже ништа о подели надлежности.

О политичком мишљењу и расположењу у народу поводом питања о преуређењу државе тешко је просуђивати на основу Константиновићевих мемоарских бележака јер се у овима тек понегде наилази на места која омогућавају посредне закључке. Такво место је белешка од 1. јануара 1940. године, где Константиновић преноси утиске с трочасовног разговора који је истог дана у библиотеци Правног факултета водио са Слободаном Јовановићем (Константиновић 1998, 89–90). У том разговору Константиновић је сажео у једну мисао читаву сложену уставну и политичку ситуацију у Југославији, забележивши своје речи овако: „Хрвати су пристали на посебан положај Хрватске само привремено и док се већина Срба не изјасни хоће ли федерацију или да остане тај посебан положај Хрватске, а Хрвати су хтели федерацију.“ Завршном делу овог исказа донекле противрече поједина места у белешкама из којих се види да се Мачек у суштини колебао између дуализма и федералног уређења (Константиновић 1998, 64, 68–69). Коначни закључак у разговору са Слободаном Јовановићем, како је забележен, изразио је заједнички, а истовремено сасвим практичан став двојице професора. Они су били мишљења да је „неодложно створити српску јединицу“.

Свега два дана после разговора са Слободаном Јовановићем Константиновић је опет био у аудијенцији код кнеза Павла, током које су водили разговор „о преуређењу земље“ (Константиновић 1998, 91). Белешка о разговору је кратка и не обухвата више од једног пасуса. Из ње дознајемо да је професор настојао на брзини, тражећи од кнеза-намесника да се преуређење земље „сврши што пре“. Посебно је обавестио кнеза о разговору са Слободаном Јовановићем, али и својим другим професорским колегом Божом Марковићем, који је био један од првака Демократске странке. О ономе што је кнезу пренео Константиновић је забележио како је кнез био пријатно изненађен. Томе је Константиновић додао сопствени закључак да је земљу требало организовати „по једном обрасцу“. Зато се стиче утисак да је почетком 1940. године, замисао којој је прародитељ био кнез Павле полако стицала подршку, упркос расправама, оспоравањима и многим недоумицама. Тежило се федеративном уређењу државе у чијем би саставу биле три јединице – словеначка, хрватска и српска. Своје мишљење у прилог тријализма изразио је и намесник Перовић, код кога је професор Константиновић био у аудијенцији 22. јануара (Константиновић 1998, 93). У интервјуу који је у другој половини априла 1940. године дао једном француском новинару Константиновић је поменуо федерално уређење државе као основу њене снаге (Константиновић 1998, 116).

У завршном погледу на описани низ догађаја могло би се казати како је током 1940. године југословенски федерализам био у припреми. Зграда таквог уређења није, међутим, била подигнута, услед многобројних и преплетених компликација којима се овде не можемо бавити. Већ у марту 1941. године земља је била у грозници, а у априлу је претрпела крах.

7. САРАДЊА СА ШУБАШИЋЕМ И ФЕДЕРАЛНО УРЕЂЕЊЕ

После капитулације краљевске југословенске војске професор Константиновић је избегао из земље. Доспео је у Египат, а доцније у Палестину и Турску. Влада у избеглиштву га је ангажовала да прикупља материјал о ратним злочинима на тлу Југославије и да се бави питањем одговорности за те злочине. Објављене Константиновићеве белешке с краја рата почињу с 1. јулом 1944. године. У јуну 1944. био је позван у Лондон, како би сарађивао са Шубашићем, који је на Черчилов подстицај пристао да образује краљевску владу у избеглиштву, с циљем да постигне споразум с Титом о стварању јединствене југословенске владе. Тиме је требало постићи спајање легитимне владе у егзилу и

революционарне власти народноослободилачког покрета у земљи. У краљевску владу коју је образовао Шубашић укључени су партизански представници из земље и избегли политичари. Константиновићев став о Шубашићевој политичкој акцији 1944. године укратко би се могао описати као уздржана подршка. Он је пратио Шубашића на путу у Казерту, где се није догодио планирани састанак с Титом. Није прихватио да буде министар у Шубашићевој влади, али је пристао да буде именован за амбасадора у Вашингтону (Константиновић 1998, 364, 388). До таквог именовања, међутим, није дошло.

У описаним приликама Константиновићева сарадња са Шубашићем одвијала се на једној врсти дистанце. Како је Константиновић пружао донекле резервисану подршку Шубашићевој политичкој акцији и влади, председник владе се само повремено консултовао с професором. У једном тренутку Шубашић је затражио од Константиновића да сачини нацрт послератног уређења Југославије. То затичемо у белешци од 21. септембра 1944. године која одсликава Шубашићеву растројеност, услед презаузетости. Забележивши Шубашићев захтев, Константиновић је о његовим идејама о уређењу земље овако записао: „Он је за три јединице, евентуално четири (Босна). Иначе може се ићи и даље. И Далмација може бити засебна јединица. – Унутар великих јединица може се правити административна аутономија још мањих јединица.“ Уз то је опрезни Константиновић додао своју, рекло би се, суштинску опаску: „Али Шубашић неће да ми одговори на питање да ли партизани пристају да се о овоме свему говори“ (Константиновић 1998, 438). С једне стране, у објављеним белешкама нема довољно јасних навода о томе у којој мери се професор упустио у израду нацрта државног уређења Југославије, премда изгледа да је сачинио неке записе. С друге стране, Шубашићеве речи јасно сведоче да се послератно устројство Југославије замишљало као федеративно.

Шубашићева оптерећеност многим пословима, у тешкој ситуацији у којој је са свих страна био политички притиснут, није му допустила да се подробно бави послератним уставним поретком Југославије. Штавише, Константиновић је неколико недеља после захтева који му је Шубашић упутио да скицира будуће уставно уређење забележио да је председник краљевске владе на тај захтев заборавио. Кад су кратко разговарали 13. октобра 1944. године Константиновић наводи како је „своје белешке (изузев о разграничењу и компетенцији) имао при себи“, али их није дао Шубашићу. До тога је дошло из простог разлога што се председник владе није сетио да му их тражи. Због тога Константиновић бележи: „Хвала Богу, заборавио је да ми је тражио мишљење писмено о уређењу државе“ (Константиновић 1998, 453).

Необична је била ова Шубашићева заборавност, ако се има у виду да су он и Константиновић само два дана раније разменили мисли о послератном поретку у земљи. Управо у белешци о томе разговору затичемо у језгровитом облику Константиновићев начелни став о државном уређењу Југославије: „Рекао сам му да су моје мисли о томе рашчишћене“, бележи Константиновић 11. октобра 1944. године, „и изнео му их: три јединице, које се деле на више аутономних јединица са широким компетенцијама и потпуном самоуправом села“ (Константиновић 1998, 451). Сажимајући свој став за саговорника, професор је истовремено постигао јасноћу у изражавању и висок степен апстракције. Био је присталица федералног уређења државе, коју би чиниле три јединице у оквиру којих би постојале аутономије. Помињање у овако сажетом облику и самоуправе села додало је читавој замисли демократску основу, која је проистицала из српске политичке традиције, а у исти мах уважавала социјалну структуру сељачке земље, каква је била Југославија. Није безначајно поменути чињеницу да је најутицајнија хрватска политичка странка била утемељена на сељачкој социјалној подлози. Мисао о уставном уређењу какву је у коначном облику саопштио Михаило Константиновић била је по своме духу етнички и социјално оријентисана.

*

* *

Михаило Константиновић се почетком 1945. године вратио у земљу на своје место професора Правног факултета у Београду. Био је два пута декан факултета. Није се бавио политиком, али је имао важног удела у писању неких од најзначајнијих југословенских закона. Уз остало, а то је за ову приповест најважније, учествовао је у редиговању текста Устава ФНРЈ од 1946. године. Тај устав је предвидео федерацију са шест јединица. Сасвим је јасно да професор није могао утицати на политичку одлуку о броју федералних јединица. О томе је већ било одлучено кад је Константиновић у октобру 1944. године саопштио свој став о уставном уређењу земље. Данас би се могло казати да број чланица федерације није погађао суштину професоровога става, као усталом ни проблем облика владавине. У октобру 1944. године Константиновић је вероватно имао у виду монархију пре него републику. Зато се као сама суштина његовог погледа на уставно питање у Југославији показује управо федеративни облик државног уређења. Михаило Константиновић је био доследни федералист.

8. ЗАКЉУЧЦИ

Пошто смо утврдили Константиновићево федералистичко уверење, ваљало би поставити питање о исходишту и пореклу таквог става. Одговор на то питање није тешко дати. Читава делатност професорова на пољу уставног права руководила се мишљу о слози и сарадњи Срба и Хрвата. Федеративно уређена Југославија требало је да послужи остварењу таквих племенитих замисли и циљева. Професор Константиновић се у питања уставног уређења није упустио као теоретичар. Напротив, руководио се практичним разлозима, како би, саветујући заједно са својим колегама двор и владу, помогао српско-хрватско споразумевање.

Александар Павковић је, анализирајући ставове Слободана Јовановића о односима Срба и Хрвата, закључио како је Јовановић био мишљења да би у коначном исходу сарадња та два народа у Југославији требало да се заснива на „несентименталном интересу“ (Павковић 2008, 360). Неће се много погрешити ако се овакав закључак усвоји и за Михаила Константиновића. Он је био присталица договора и сарадње два најбројнија југословенска народа у јединственој држави. При томе је одбацивао замисли попут конфедерације и дуализма, сматрајући да је управо федерација најпогоднији облик за уставно уређење Југославије на добробит оба народа, и Срба и Хрвата.

У оваквом закључку јавља се недоумица. Пошто је Југославија нестала пре тридесет година, данас се можемо запитати јесу ли професорове тежње биле реалистичне и оправдане. На то питање није могуће дати сасвим поуздан одговор. Морамо се ипак подсетити да југословенска држава није пропала зато што је по облику била федерација него због бројних конструктивних мана, од којих су само неке у вези с федералним уређењем (Роровић 2003, 47–50). То је предмет једне шире и свакако замршене приповести.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Балфур, Нил, Сали Макеј. 2021. *Кнез Павле Карађорђевић – Једна закасна беографија*, превод Ђ. Крстић. Београд: Службени гласник.
- [2] Јевтић, Драгош, Драгољуб Поповић. 2012. *Народна правна историја*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

- [3] Јовановић, Слободан. 1995. *Уставно право Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца*. Београд: Службени лист СРЈ.
- [4] Константиновић, Михаило. 1998. *Политика споразума, дневничке белешке 1939–1941, лондонске белешке 1944–1945*. Нови Сад: Агенција Мир.
- [5] Kühne, Jörg-Detlef. 2020. *Die Weimarer Reichsverfassung im Spiegel zeitgenössischer Betrachtung*. Baden-Baden: Nomos.
- [6] Марковић, Ратко. 2020. *Уставно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [7] Marinković, Tanasije. 2019. *Serbia*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer.
- [8] Мирковић, Зоран С. 2017. *Српска правна историја*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [9] Павковић, Александар. 2008. *Слободан Јовановић – један несентименталан приступ политици*. Београд: Правни факултет у Београду – Службени гласник.
- [10] Павловић, Марко. 2000. *Југословенска држава и право 1914–1941*. Крагујевац: изд. Надежда Павловић.
- [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] Поповић, Драгољуб. 2008. *Скице правничких портрета*. Библиотека Политика и друштво. Београд: Правни факултет у Београду – Службени гласник.
- [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 Rechtsverfassung*. 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.

УДК 34.08:929 Константиновић М. ; 342.24(497.1)"1918/1941"

CERIF: H 250, H 300, S148

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK05A

Др Танасије МАРИНКОВИЋ*

УЛОГА МИХАИЛА КОНСТАНТИНОВИЋА У ДРЖАВНОМ ПРЕУРЕЂЕЊУ КРАЉЕВИНЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ

Михаило Константиновић је познат правничкој и широј српској и југословенској јавности као један од највећих цивилиста свог времена. Зна се и да је обављао високе јавне функције непосредно пре и после Другог светског рата. Најпре, од 1939. до 1941. године као министар у влади Цветковић–Мачек, потом, као председник Комисије за израду нацрта Устава од 1946. године. Упућенијима је познато и да је пре Другог светског рата био учитељ правних наука престолонаследника Петра Другог Карађорђевића. Међутим, не само шира већ и ужа, правничка јавност није свесна тога да је Константиновић био политичар у најбољем смислу те речи, истински државник, конкретно, главни архитекта Споразума Цветковић–Мачек од 1939. године, који је представљао покушај да се спречи распад Краљевине Југославије у изузетно тешким међународним околностима. Овај чланак има циљ да осветли улогу Константиновића у државном преуређењу Краљевине Југославије и да укаже на сву сложеност његове личности која се исказала на том задатку.

Кључне речи: *Михаило Константиновић. – Краљевина Југославија. – Споразум Цветковић–Мачек. – Влада Цветковић–Мачек.*

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

1. УВОД

Михаило Константиновић је познат правничкој и широј српској и југословенској јавности као један од највећих цивилиста свог времена. Он се на том пољу остварио и теоријски, као универзитетски професор, и практично, као писац многобројних законских нацрта, укључујући и Скицу за законик о облигацијама и уговорима (Лукић 1982, 5–7). Његовом појавом „развој грађанског права на Правном факултету у Београду достигао је свој највиши домет“ (Орлић 2006, 50). Зна се, али и делимично прећуткује, да је обављао високе јавне функције непосредно пре и после Другог светског рата. Најпре, од 1939. до 1941. године као министар без портфеља и министар правде у влади Цветковић–Мачек, потом као председник Комисије за израду нацрта Устава од 1946. године (Enciklopedija leksikografskog zavoda 1967, том 3, 578; Мала енциклопедија Просвета 1986, том 2, 341). Упућенијима је познато и да је пре Другог светског рата био учитељ правних наука престолонаследника Петра Другог Карађорђевића.

Међутим, не само шира већ и ужа, правничка јавност није свесна тога да је Михаило Константиновић био политичар у најбољем смислу те речи, истински државник (Поповић 2008, 133), конкретно, главни архитекта Споразума Цветковић–Мачек (Перовић 2015, 659), који је представљао покушај да се спречи распад Краљевине Југославије у изузетно тешким међународним околностима. Тим споразумом је измењен уставни идентитет југословенске државе. Од концепта интегралног југословенства, на којем је она утемељена, прешло се на концепт споразумске Југославије (Јовић 2003, 106–154). Споразум су закључили, 26. августа 1939. године, водећи српски и хрватски политичари тог времена – Драгиша Цветковић, председник Министарског савета Краљевине Југославије, и Влатко Мачек, вођа Хрватске сељачке странке. Њиме се излазило у сусрет захтевима Хрвата за федерализацију Југославије признавањем хрватске посебности у оквиру ње. За узврат, хрватски политички прваци ушли су у Министарски савет Краљевине Југославије и тиме легитимисали читаву државу.

Овај чланак има циљ да осветли улогу Михаила Константиновића у државном преуређењу Краљевине Југославије и да укаже на сву сложеност његове личности која се исказала на том задатку. У ту сврху најпре се излаже политичкоисторијска позадина Споразума Цветковић–Мачек (2), затим рад Михаила Константиновића на састављању Споразума (3), а онда и Константиновићев рад на одбрани Споразума (4), после чега долази завршни поглед на његову личност (5).

2. ПОЛИТИЧКОИСТОРИЈСКА ПОЗАДИНА СПОРАЗУМА

У Кнежевини и Краљевини Србији основно уставно питање током XIX века било је како ограничити владаоца. У Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца, потом Краљевини Југославији главна борба је вођена поводом тога какво ће бити државно уређење – унитарно или федерално. То је био сукоб, пре свега, између српских и хрватских странака (вид. Маринковић 2020, 95–121). Био је последица различитости карактера два народа, историјски условљеног. У току Првог светског рата Срби су по цену великих људских и материјалних жртава створили Југославију, утопивши своју државу у њу и доживљавајући је као заједницу свих Јужних Словена. У оптимистичком расположењу после окончаног рата они су били не само изненађени већ дубоко разочарани када су потреси настали већ на самом почетку заједничког живота, поводом договора о типу државног уређења: „Отпор Хрвата у питању државног уређења био је за Србе тако неочекиван да му они нису ни хтели ни умели наћи разлога. Тумачили су га просто и једноставно злом вољом Хрвата“ (Јовановић 1991, 558). Плаховити, Срби су пред тим тешкоћама брзо губили нерве и хтели да их напречац решавају. Историја хрватског народа била је другачија. Живећи много дуже од Срба у туђој држави, Хрвати „су навикли да у држави виде једну непријатељску силу од које им ваља бранити своју националну слободу. Због тога и у Југославији они су се устезали да се интегрирају у државну целину. Они су пристајали да остану у Југославији, али под условом да буду организовани као *corpus separatum*“ (Јовановић 1991, 561–562).

Пуцњи посланика Народне радикалне странке Пунише Рачића у Народној скупштини 20. јуна 1928. године којима су убијени прваци Хрватске сељачке странке Павле Радић и Ђуро Басаричек, а смртно рањен сâм вођа те странке Стјепан Радић, били су кулминација националистичких нетрпељивости у Краљевини. Суочен са најозбиљнијом кризом политичког система од њеног настанка, краљ Александар Карађорђевић је привремено решење нашао у суспензији Видовданског устава и завођењу диктатуре 6. јануара 1929. године (Марковић 2015, 119). Шестојануарски режим имао је циљ да оснажи интегрално југословенство, намећући га одозго. Званични дискурс је за политичку нестабилност кривио парламентаризам и политичке страсти, а не сукобљене националистичке пројекте (Djokić 2003, 146–147).

Након окончања диктатуре и поновног успостављања уставности 1931. године, доношењем Септембарског устава, монархистички режим је покушао да изведе својеврстан друштвени инжењеринг стварајући сопствену „југословенску“ политичку странку. То је била Југословенска

радикална заједница, на челу с Миланом Стојадиновићем, сачињена од неких бивших чланова Радикалне и Демократске странке, као и Словеначке људске странке, Антона Корошца, и Југословенске муслиманске организације, Мехмеда Спахе (Јанковић, Мирковић 1997, 364).

Изван те страначке организације остале су Хрватска сељачка странка, Самостална демократска странка (хрватских Срба) и удружена српска опозиција (Демократска странка, Главни одбор Народне радикалне странке и Земљорадничка странка). Те три групације су 1937. године закључиле Блок народног споразума. Премда су српске странке, окупљене у том блоку, веровале да се разрешење уставне кризе налази у демократизацији државе, оне су такође у извесном степену прихватале потребу за њеном федерализацијом. У том смислу, Српско-хрватски споразум од 1937. године био је претеча Споразума Цветковић–Мачек који је настао две године касније (Djokić 2003, 154–155).

Блок народног споразума пружио је тесну трку владајућој Југословенској радикалној заједници на децембарским изборима 1938. године. Успех српско-хрватске опозиције и могуће комадање Југославије у новом светском рату који се са страхом очекивао подстакли су кнеза Павла – који је био на челу трочланог намесништва, за време малолетства Петра Другог Карађорђевића, а након убиства краља Александра у Марсеју 1934. године – да пожури са тражењем решења за хрватско питање. За то му је било неопходно да се прво ослободи Милана Стојадиновића, председника Министарског савета, јер је његовим вођењем земље већ дуже време био незадовољан. Прилика за то се указала почетком фебруара 1939. године када је избила криза владе. Она се догодила због жестоког антихрватског говора у Скупштини на који Стојадиновић није одговорио. На наговор кнеза Павла, Антон Корошец, потпредседник Министарског савета, и још петорица министара поднели су оставке „образлажући их владиним ставом у хрватском питању“ (Балфур, Мекеј 1990, 105). Милан Стојадиновић 4. фебруара 1939. године подноси оставку на место председника Министарског савета, не могавши да добије сагласност кнеза за образовање новог кабинета.

Кнез Павле је већ 5. фебруара 1939. године именовао Драгишу Цветковића, дотадашњег министра социјалне политике и народног здравља, за новог председника Министарског савета. Кнез је одабрао Цветковића за ту највишу политичку функцију сматрајући га најспособнијим међу министрима да реши хрватско питање (Балфур, Мекеј 1990, 106). Кнез је био, више него икада, убеђен да је неопходно да се то питање реши, страхујући да ће Хитлер да искористи хрватско незадовољство, као што је то чинио са немачком мањином у Судетима. Цветковић, који је већ био у контакту с Влатком Мачеком, обавестио је

Скупштину, одмах по образовању Министарског савета, да ће хрватско питање имати приоритет за његову владу, након чега су отпочели сложени преговори о садржини споразума (Балфур, Мекеј 1990, 106).

3. РАД МИХАИЛА КОНСТАНТИНОВИЋА НА САСТАВЉАЊУ СПОРАЗУМА

3.1. Комисија за састављање Споразума

На састављању и правничком уобличавању Споразума, с Цветковићеве стране, радила је комисија коју су чинили професори Правног факултета у Београду: Михаило Константиновић, Михаило Илић и Ђорђе Тасић. Први радни састанак Цветковића с професорима одржан је 26. марта 1939. године. Цветковић се након тога још неколико пута, до почетка јула 1939. године, састао са њима у Београду обавештавајући их о току његових преговора с Мачеком и тражећи од њих стручна мишљења. На најзначајнијем од тих састанака, који се одиграо 27. априла 1939. године, Цветковић је изнео своје и Мачекове прве верзије споразума. Од 6. јула до 26. августа 1939. године, Константиновић, Илић и Тасић се периодично састају са својим хрватским колегама, „Мачековим делегатима“, адвокатом и народним послаником Јурајем Шутејем, професором Правног факултета у Загребу Ивом Крбеком и др Љ. Филипанчићем, углавном на Бледу и у Загребу. Наиме, Цветковић и Мачек су се били договорили „да стручњаци прецизирају Споразум“ (Константиновић 1998, 24).

Показаће се да та карактеризација природе задатка стручне комисије није одговарала суштини ствари. Почетне верзије Споразума биле су кратке, недоречене и двосмислене те је рад комисије био много више од његовог техничког прецизирања. У раду комисије кристалисала су се чворишна уставна питања која је требало политички разрешити, а на њеним члановима је било да понуде, било Цветковићу, било Мачеку, одговарајуће предлоге. Мачек је, у Цветковићево и своје име, изричито признао ту политичку улогу стручњака: „Од Споразума не би било ништа да није било струковњака“ (Константиновић 1998, 44).

Није до краја јасно како је био распоређен посао међу београдским професорима права, али се слободно може рећи да су идеје и аргументи садржани у предлозима за спорна питања највећим делом били Константиновићеви (Константиновић 1998, 26). Као саветник председника владе Драгише Цветковића, Михаило Константиновић је био

у сталном контакту с њим све време трајања преговора и састављао је стручна мишљења трочлане комисије. Извесно је да је Константиновић највише био посвећен питањима граница Бановине Хрватске и поделе надлежности између ње и државе, што је, иначе, срж Споразума, Илић питањима распуштања Сената и Народне скупштине и питањима унутрашњег уређења Бановине Хрватске, а Тасић оправдањем ревизије Устава применом члана 116 Септембарског устава (упор. Константиновић 1998, 15, 21–24, 30, 33, 507–553, 556–566).

3.2. Константиновићев општи поглед на хрватско питање

Константиновићев рад на државном преуређењу Краљевине Југославије био је обележен пре свега његовим врло развијеним осећајем за друштвену правду. То се, између осталог, види и из круга питања којима се бавио у својим цивилистичким чланцима у међуратном периоду: забрана злоупотребе права и социјализација права (1925), од својине индивидуалног права ка својини социјалне функције (1925), право, сила и правичност (1931), колективни уговори о раду (1936), идеје Валтазара Богишића о народном и законском праву (1938) и др. Осим тога, цивилистичка питања су за њега била и уставноидентитетска питања. Када 1933. године разматра да ли југословенски грађански законик треба да се изгради на основама Аустријског грађанског законика или Општег имовинског законика за Црну Гору, Константиновић истиче: „Усвајање аустријског грађанског права представља национално-политички једну погрешку. Југославија треба да има југословенски законик, створен према потребама Југословена. Он треба да је једно средство за стварање Југословенства“ (Константиновић 1982, 388).

Када је реч о државном преуређењу Краљевине Југославије, Константиновићево поимање друштвене правде је долазило до изражаја у његовом схватању да су потребне дубоке промене у држави тако да Хрвати више не буду ван ње већ да и они буду носиоци државне власти (Константиновић 1998, 548). То је недвосмислено значило излагање у сусрет њиховим захтевима за федерализацију Југославије. Но, Константиновић је био свестан и тога да би се код Срба створио осећај поражености ако би се промене свеле на то да се од Хрватске направи *corpus separatum* у оквиру Југославије. Отуда он читавим током преговора инсистира на томе да „приликом преуређења државе [...] треба решити сва питања одједном и то за целу земљу, а не само за Хрватску бановину“ (Константиновић 1998, 32). Истински Југословен, „злодух Југославије“ како су га две године касније означили љотићевци

(Константиновић 1998, 612), Константиновић је радио на Споразуму, а потом и на његовој одбрани, забринут за будућност Југославије.¹ Отуда се у преамбули Споразума коју је он саставио наглашава да је „Југославија најбољи јемац независности и напретка Срба, Хрвата и Словенаца“ и да се Споразум закључује прилазећи решавању хрватског питања „у циљу што поузданијег и потпунијег очувања јавних интереса“ (Константиновић 1998, 25).

3.3. Подела надлежности

Природу свог рада на Споразуму Константиновић описује на следећи начин: „Наш задатак, који смо узели као стручњаци, састоји се у томе да утврдимо шта се конкретно жели, у битним тачкама, што се тиче поделе надлежности између државе и Хрватске бановине, и шта се од стране владе могло од тога примити. Дискусија се води на основу идеје федеративног уређења и питање се не поставља да ли ће се увести федерација, већ каква треба да буде та федерација“ (Константиновић 1998, 551). Тог задатка се Константиновић озбиљно прихватио и већ 29. марта 1939. године, свега неколико дана од иницијалног састанка Цветковића са њим, Илићем и Тасићем, припремио је за председника владе елаборат пред његов први одлазак у Загреб. У њему је детаљно изложио како је уређена подела надлежности између федерације и федералних јединица у Вајмарском уставу и уставима Аустрије, Канаде, Јужноафричке Уније и САД-а (Константиновић 1998, 509–513).

На основу тог упоредног и историјског искуства, Константиновић је предложио да се држави да општа надлежност, а да се надлежност покрајина одреди набрајањем појединих предмета, као и да се уз општу надлежност државе наведе материја која њој искључиво припада. Константиновић је истакао и потребу установљивања суда за сукоб надлежности између покрајина и државе. Како је Константиновић предложио, тако је у Споразум и унето укључујући и његову енумеративну листу надлежности Бановине Хрватске, која је претрпела мање измене: правда, вера, просвета, социјална политика и народно здравље, пољопривреда, саобраћај покрајинског значаја, унутарњи послови, финансије, трговина и индустрија и шуме (Константиновић 1998, 23,

¹ У извештају Цветковићу о састанку са хрватским члановима комисије, од 22. јула 1939. године Константиновић наводи: „Можда ће бити потребно, у интересу државе, због међународног положаја у првом реду, да се Хрватима чине максимални уступци“ (Константиновић 1998, 552).

513–514). Поређења ради, Мачеков прва верзија споразума подразумевала је свођење државних надлежности на „послове вањске политике, народне одбране и врховне државне одбране“ (Константиновић 1998, 18–19, 21). Међутим, није било једноставно доћи на Константиновићеве полазне основе. Главна разилажења су биле четири тачке: финансије, пошта, саобраћај и извршни органи. Како је он сâм приметио: „Они хоће за државу да задрже што мање функција и власти, нарочито привредно-саобраћајних и финансијских, ми што више“ (Константиновић 1998, 551).² Дакле, иако је разумео потребу да се због заоштрене међународне ситуације Хрватима чине максимални уступци, Константиновић није на њих пристајао без борбе.

3.4. Границе Бановине Хрватске

Друга Константиновићева борба, нешто мање успешна, односила се на питање граница Бановине Хрватске. У извештају Цветковићу, поводом Мачековог предлога Споразума од 4. августа 1939. године, Константиновић износи став о најзначајнијим новинама које он садржи. Међу њима Константиновић наводи да наместо Цветковићевог предлога да хрватски делови срезова Шид, Илок, Брчко, Дервента, Фојница и Травник припадну Бановини Хрватској, Мачеков предлог помиње те срезове у целини (Константиновић 1998, 33, 557). Штавише, Константиновић истиче и то да се у том Мачековом предлогу први пут наводе и срезови Градачац и Жепче, који треба да уђу у опсег Бановине Хрватске. Све те разлике имају тежину, али је за Константиновића најтежа она која се односи на срезове Градачац и Жепче (Константиновић 1998, 33, 557). Тим предлогом, како примећује Константиновић, Врбаска бановина би била скоро потпуно заокружена Бановином Хрватском. Тиме се „откривају претензије Хрвата на целу Врбаску бановину где су, као што је познато, Срби у апсолутној већини [...]. Те су претензије неосноване и не могу се правдати другчије, него аргументом ‘животног простора’, или оним што предлог г. Мачека нетачно назива ‘геополитичким потребама’ Бановине Хрватске. Али

² О таквој преговорачкој атмосфери сведоче и други: „Док су Мачекови представници настојали да што више осигурају за Бановину Хрватску, Цветковићеви представници су настојали да што више остане у надлежности централне власти. Због ових несугласица рад правних стручњака одвијао се споро“ (Бобан 1965, 188).

када се неко служи оваквим аргументима“, закључује Константиновић, „онда он не тражи споразум са другом страном већ њену капитулацију“ (Константиновић 1998, 33, 557).

У коначној верзији Споразума, срез Градачац, али не и Жепче, ушао је у састав Бановине Хрватске: „Савска и Приморска бановина, као и срезови Дубровник, Шид, Илок, Брчко, Градачац, Травник и Фојница, спојиће се у једну јединицу која ће се звати Бановина Хрватска“ (члан 2, став 1). Истовремено Споразум најављује и корекције територије Бановине узимањем у обзир њених „геополитичких потреба“: „Дефинитивни опсег Бановине Хрватске одредиће се приликом преуређења државе; при томе ће се водити рачуна о економским, географским и политичким околностима“ (члан 2, став 2). Међутим, у обзир је узета и Константиновићева напомена, заснована на Цветковићевом првобитном предлогу да само делови набројаних срезова, а не цели срезови припадну Бановини Хрватској: „Том приликом издвојиће се из горе наведених срезова, који су припојени Бановини Хрватској општине и села, која немају хрватску већину“ (члан 2, став 3).

3.5. Српска јединица

Трећа Константиновићева борба, најмање успешна, односила се на његово залагање за најпре тријалистичку, а потом квадријалистичку поделу земље, насупрот признавању посебног статуса Бановини Хрватској у оквиру Краљевине Југославије. У елаборату за Цветковића од 29. марта 1939. године, Константиновић је, водећи се начелом равноправности, предложио груписање бановина у три јединице вишег реда – покрајине. Дравска бановина чинила би једну покрајину, Савска и Приморска другу, а остала територија трећу (Константиновић 1998, 13, 508). Равноправност је подразумевала и једнак положај покрајина, укључујући и поменуто питање њихових надлежности. У елаборату за Цветковића од 30. маја 1939. године, Константиновић је изнео претпоставке за увођење четврте покрајине. Смисао такве територијалне организације покрајина био би да и Срби, осим Хрвата и Словенаца, имају једну чисто своју покрајину састављену од Србије, Црне Горе, Војводине и Срема. Четврта покрајина би у ствари била Босна и Херцеговина без оног дела Херцеговине који је додат Приморској бановини. Разлог постојања баш такве четврте покрајине налазио се у чињеници да је у Босни и Херцеговини разграничење између Срба и Хрвата немогуће потпуно извести и да су они ту измешани са муслиманима (Константиновић 1998, 22, 516). Без обзира на начело равно-

правности и друге разлоге којима се правдала тријалистичка односно квадријалистичка територијална организација, Константиновић се није мирио са идејом да Бановина Хрватска буде *corpus separatum* у оквиру Краљевине Југославије, уочавајући у том својеврсном дуализму конфедерализацију земље (Константиновић 1998, 17, 21).

Међутим, управо ће то становиште однети превагу. На састанку Цветковића с Константиновићем, Илићем и Тасићем, 13. априла 1939. године, Цветковић је изнео свој утисак да Мачек неће тражити тријализам већ да ће се задовољити „посебним положајем Хрватске“, уз процену да би се Мачек тиме задовољио до краљевог пунолетства након чега би се тражила коначна формула. Константиновић изричито бележи да се Цветковић „нада да би му то прелазно и привремено стање дозволило да се доцније врати унитаризму“ (Константиновић 1998, 16). Тројица правника му на то одговарају да им се чини да је асиметрично уређење тешко изводљиво правно, али и да није немогуће. Сложили су се да Мачеку треба дати привремену аутономију, ако изгледа да ће се накнадно вратити унитаризму, али су и нагласили да ствар може бити и опасна јер личи на конфедерацију (Константиновић 1998, 16). Сутрадан, 14. априла 1939. године, тројица професора су поновила Цветковићу да сматрају да би тријализам био боље решење. Цветковић одговара да има бојазни да ће тријализам значити удаљавање Хрвата и Срба, на шта му Константиновић скреће пажњу да се по свему судећи не уочава да посебан положај значи нешто више од федерализма и да се приближава конфедерацији (Константиновић 1998, 17).

На састанку од 29. јуна 1939. године, Цветковић је потврдио Мачекову и своју одлуку о асиметричном државном уређењу у којем би Хрватска имала посебан положај.³ У Константиновићевом писаном мишљењу о томе стоји да је тај предлог, с правне тачке гледишта, противан начелу равноправности јер „српски део нашег народа, као и словеначки, може са исто толико права захтевати да се и њему да онај положај који имају Хрвати“ (Константиновић, 23, 524). Константиновић додаје да би та формула у примени изазвала трења и сукобе с обзиром на то да би се могло „догодити да као ресорни министри Владе у Београду или као чланови Народног представништва Хрвати учине да се неко питање које би на хрватској територији било у искључивој надлежности хрватских органа, реши противно жељи већине Срба“ (Константиновић 1998, 23, 524). Константиновић одбацује тај предлог износећи и пример Устава Шпаније од 1931. године који је допустио да се у унитарној

³ Како је Мачек накнадно објаснио: „Није се имало времена да се све среди одмах“ (Константиновић 1998, 71).

држави организује политичко-административна покрајина са засебним статусом, што је Каталонија и искористила (Константиновић 1998, 23, 525). Такав начин није дао добре резултате, примећује Константиновић, алудирајући очигледно на шпански грађански рат. Нису само стручни разлози определили Константиновића да буде против посебног положаја Хрватске у Краљевини Југославији. Тај предлог се, према његовом мишљењу, не може примити ни са политичке тачке гледишта јер би његовим усвајањем неки унутрашњи односи остали нерашчишћени и могли би бити повод за нова пребацивања: „На хрватској територији разликоваће се опште од посебног, државно од покрајинског, али то неће бити случај на српском делу државе“ (Константиновић 1998, 23, 525). Коначно, Константиновић уочава и разлике у народном карактеру које се могу из тога изродити: „Посебан положај једне покрајине може временом постати препрека приближавању и изједначавању наших крајева и нашег народа“ (Константиновић 1998, 23, 525).

4. РАД МИХАИЛА КОНСТАНТИНОВИЋА НА ОДБРАНИ СПОРАЗУМА

4.1. Сложеност Константиновићевог рада на одбрани Споразума

Државништво Михаила Константиновића није се окончао закључењем Споразума Цветковић–Мачек. Он је своју борбу за споразумску Југославију наставио у Цветковићевој влади најпре као министар без портфеља, а потом, врло кратко, и као министар правде. Ступио је у владу Споразума 26. августа 1939. године, а из ње је изашао 21. марта 1941. године, подношењем оставке због приступања Југославије Тројном пакту.

Константиновићево министровање се најједноставније може описати као рад на одбрани Споразума. То је значило, пре свега, припрему и доношење аката које је примена Споразума налагала. Међутим, одбрана Споразума је подразумевала много више од тога: најпре, давање подршке целокупном раду владе, поготово оном који се односио на најважније законодавне акте тог периода; затим и ширу политичко-педагошку активност с циљем да се у интелектуалним и другим друштвеним слојевима разуме значај Споразума. Михаило

Константиновић, професор грађанског права, наизглед само кабинетски човек, пуним срцем и свим својим знањем и умећем дао се у те различите видове политичког ангажовања.

4.2. Рад на примени Споразума

Примена Споразума је заиста изискивала постојање засебног министарства. Требало је „извршити образовање бановине Хрватске, на њу са државе пренети одговарајуће надлежности и донети политичке законе“ (Споразум, члан 1). Однос између Краљевине и Бановине био је постављен тако да је држава вршила одређени надзор над њом: „Законодавну власт у стварима из надлежности Бановине Хрватске врше Краљ и Сабор заједнички“ (Споразум, члан 5, став 1). Тиме се нарушавала федералистичка природа уређења договореног Споразумом и успостављала обавеза за владу да преко надлежног министарства прати законодавни рад Бановине. Коначно, циљ Споразума је био и да демократизује Југославију. Мачек је оштро осуђивао изборе 1938. године изјављујући, средином августа 1939. године, да „основни разлог садашње тешке ситуације лежи у томе што се не можемо споразумети да радимо са једним парламентом и једним сенатом који су [...] изабрани путем насиља и фалсификата“ (Бобан 1965, 189). Отуда је Споразумом било предвиђено да ће влада „донети нове прописе о штампи, о удружењима, зборовима и договорима, о избору народних посланика, као и о другим стварима, у колико је то потребно за спровођење народног споразума“ (члан 7).

У раду на спровођењу Споразума, у готово свакодневним контактима с хрватским члановима владе, брзо се развио однос поверења између Константиновића, с једне стране, и Мачека, потпредседника Министарског савета, и Шутеја, министра финансија, с друге стране. Када је Константиновић најавио оставку због напада којима је био изложен у појединим друштвеним, али и државним круговима, они му то нису дали (Константиновић 1998, 163), а и он се томе опирао забринут за судбину Споразума: „Уморан сам и једва чекам крај овим напорима. Размишљам да дам оставку. Смем ли сада? Ко ће радити послове са Мачеком? [...] Зебем за продужење акције Споразума. Ко ће водити? Хоће ли јој се, у њеним техничким детаљима, неко предати као ја?“ (Константиновић 1998, 156–157). Толики је био углед Константиновићев међу члановима владе (са изузетком групе око Корошца, министра просвете), да када је средином 1940. године почело планирање реконструкције владе, Мачек и Шутеј, као и други хрватски

и српски министри, предложили су Константиновића за новог министра унутрашњих дела (Константиновић 1998, 149, 151, 215–216, 220). Иако се Константиновић у једном тренутку колебао поводом тог предлога, он се свакако није могао остварити јер је од самог кнеза Павла долазило да ће његово именовање на ту функцију „Немци сматрати за *casus belli*“ (Константиновић 1998, 216, 220).

Поверење хрватских чланова владе које је Константиновић уживао није значило да је он био попустљив према њима.⁴ Константиновићева доследност можда се најбоље види на примеру његовог залагања за образовање бановине српских земаља и за одговарајући редослед потеза у том погледу. Споразум Цветковић–Мачек се за Константиновића није сводио само на посебан положај Бановине Хрватске. Он је под Споразумом подразумевао државно преуређење целе Краљевине Југославије. То су биле полазне основе комисије окупљене око Цветковића, то је стајало и у Споразуму, мада не сасвим јасно: „Влада [...] ће, у сагласности са меродавним факторима [намесницима, Т. М.], припремити све што је потребно за преуређење државне заједнице“ (члан 1, *in fine*). Отуда је Константиновић већ од почетка новембра 1939. године упорно понављао да је потребно неодложно преуређење државе у смислу стварања српске и словеначке бановине и наглашавао да се државно преуређење мора обавити пре одржавања избора за Сенат и Скупштину (Константиновић 1998, 61, 64, 92 и др.). Такође, инсистирао је и на томе да се избори за оба дома Народног представништва одрже пре избора за бановински Сабор: „Незгодно је да Сабор дође пре Скупштине. Већ правно то не иде, а политички би то била грешка: рећи ће се у српском делу да о држави не води бригу нико“ (Константиновић 1998, 67). Све је то било супротно политици хрватског вођства.

⁴ Таквим Константиновића портретише и Мачек у својим мемоарима (*In the Struggle for Freedom*, New York, 1957), пренетим у часопису *НИН* (1971): „Упркос свих препрека, Бановина Хрватска се развијала у духу споразума. За многе проблеме који су разматрани на седницама Кабинета, народне масе нису уопште знале. Тада сам три или четири дана недељно радио са Константиновићем на нацртима разних одредби и прописа за преношење власти са централне владе. За време тог периода концентрисаног рада испразнили смо многе шољице кафе и пушили ланчано наше цигаре. Док је Константиновић настојао да задржи све што је могао у компетенцији централне владе, ја сам своје напоре усмерио супротног циљу. Показао се као жилав, али фер противник. Кад год смо се били споразумели око поједине одредбе, могао сам се поуздати у Константиновића да ће нацрт бити сачињен коректно, без икаквих лукавих интерпретација које су неки политичари тежили да прошверцују у својим документима“.

Крајем новембра 1939. године одржан је састанак Цветковића, Константиновића и Илића на којем је донета одлука да Константиновић и Илић припреме акт о српској области. Њима се на том задатку касније придружио и Тасић (Константиновић 1998, 76, 94). Та комисија је највероватније израдила „Нацрт уредбе којом је влада Споразума имала да изврши организацију Српске земље“ (објављен у: Бобан 1965, 412–418). Нацрт је предвиђао да се бановине Врбаска, Дринска, Дунавска, Моравска, Зетска и Вардарска спајају у једно под заједничким именом Српске земље, са седиштем у Скопљу. Такође је вероватно да тај нацрт није израђен уз знање Хрватске сељачке странке. Наиме, крајем јануара 1940. године, најпре Демократска странка, а потом и Југословенска радикална заједница, као реакција на демократе, излазе са ставом да је пре одржавања избора неопходно довршити преуређење и организацију свих делова државе на начелима једнакоправности. На условљавање организовања избора било за Сабор било за Скупштину претходним образовањем српске и словеначке јединице оштро су одговарали загребачка штампа, а онда и сâм Мачек. За њега је Споразум био јасан, али у смислу обрнутог редоследа потеза. Иступи у јавности претили су да изазову кризу владе. Та ситуација је превазиђена помирљивом изјавом Цветковића из које се могло закључити да он ипак не стоји тако чврсто на ставовима Југословенске радикалне заједнице да је неопходно хитно наставити државно преуређење Југославије (Бобан 1965, 303–314).

4.3. Утицај на рад владе

Михаило Константиновић није имао утицаја само на питања примене Споразума. Он је непосредно и снажно деловао на целокупну акцију владе. То је било последица његове личности – визије, знања и умећа – и других објективних и субјективних околности, наиме чињенице да је након распуштања Сената и Скупштине Министарски савет постао не само квазизаконодавно већ и квазиуставотворно тело, чији је рад изискивао пре свега стручно правно знање, али и да је Константиновић био близак пријатељ председника Министарског савета Драгише Цветковића.

Позивајући се на члан 116 Септембарског устава, а заправо спроводећи одредбе Споразума, намесници су, већ 26. августа 1939. године, донели два указа, један о распуштању Сената, други о распуштању

Скупштине.⁵ У оба указа се наводи да ће се дан одржавања избора новог сазива два дома Народног представништва накнадно одредити. Тим увођењем у ванредно стање, технички говорећи, започето је доба егzekутивне (непредставничке) власти наше међуратне уставности. Оно је трајало све до капитулације Краљевине Југославије 18. априла 1941. године (Марковић 2015, 128). Током њега, формално, намесници су у име малолетног краља вршили законодавну власт. Привидни основ је нађен у члану 116 Устава којим је било прописано да „када су до те мере у опште угрожени јавни интереси, Краљ може, у том изузетном случају, указом наредити да се привремено предузму све изванредне, неопходно потребне мере у целој Краљевини или у једном њеном делу независно од уставних и законских прописа“ (став 1) и да „све изузетно предузете мере поднеће се накнадно Народном представништву на сагласност“ (став 2).⁶ Суштински, Министарски савет је доносио неопходне уредбе које су намесници потписивали, углавном без икаквих интервенција.

С обзиром на његово широко правничко знање, Константиновићево учешће у владиној законодавној, а на тренутке и уставотворној радњи било је драгоцено. Кроз његове руке пролазили су сви најзначајнији акти тог времена, као кроз какав секретаријат за законодавство. Нису то били само политички прописи који су проиштили из Споразума (о устројству банске власти, изборима за Сенат, Скупштину и Хрватски сабор и др.) већ и привредни (о државним монополима, Народној банци, Привредној аграрној банци, пшеници и кукурузу, извозу коња, вуни и др.) и културни и социјални (о Универзитету, Високој комерцијалној школи, Музичкој школи, помоћи породицама мобилисаних и др.).

⁵ Распуштање Сената и Скупштине првобитно није било део Споразума. То питање се појавило у разговорима о Споразуму тек 8. августа 1939. године, на састанку комисије. Њега је изнео Шутеј инсистирајући на моралној немогућности Хрвата да уђу у владу уколико Скупштина и Сенат не буду распуштени. Београдски професори права су образлагали да је то у супротности са Уставом јер је неопходно да се изузетне мере, које се предузимају на основу члана 116 Устава, поднесу Народном представништву на потврду. Пошто хрватски део комисије није од тога одустајао, Константиновић је, изнервиран прво тиме што се нова питања покрећу на сваком састанку, а затим и самим предлогом, изјавио да ће се растати „па ма шта било“ и поручио, уз очигледну алузију на анексију Судета: „Срби ће бранити све границе ове земље као пашчад. Ми нисмо Чеси“ (Константиновић 1998, 35).

⁶ О ваљаности позивања на ту одредбу Устава са циљем примене Споразума развила се богата расправа у нашој тадашњој стручној литератури (видети Бобан 1965, 193–208; Марковић 2015, 126–127).

Константиновић је заузимао истакнуто место у влади због своје високе стручности, али и блиског пријатељства с Драгишом Цветковићем. Њихово познанство вероватно датира из прве половине тридесетих година, када је Цветковић касно завршавао Правни факултет у Суботици, а Константиновић био професор на том факултету. Током заједничког рада на састављању Споразума и у влади личне везе међу њима су се продубиле до те мере да је Константиновић био Цветковићев кум на венчању крајем новембра 1940. године (Константиновић 1998, 236). Константиновићев утицај на Цветковића био је толико велики да се по београдској чаршији причало да је Константиновић „главни стуб целе радње владине“, да „Цветковић не мисли својом главом“ већ да „ради што му каже Константиновић“, да је „Цветковић његов духовни роб и да је он – Константиновић стварни председник владе“ (Константиновић 1998, 167, 235, 590).

Те приче су долазиле од профашистичких кругова у земљи и ван ње, којима је сметао Константиновић, као несумњиво интелектуални стуб владе. Те снаге су се окупљале око Југословенског народног покрета „Збор“ Димитрија Љотића и тадашњих часописа *Сигнал* и *Време*, а било је и оних у влади којима је Константиновић био мета, попут клерикалца Антона Корощца и његових следбеника (Константиновић 1998, 162–163, 168, 172, 612). Од страних фактора, Константиновић је био на удару, пре свега, немачког посланства на челу са Виктором фон Хереном и италијанске штампе (Константиновић 1998, 162–163, 180, 216, 220).

Константиновић је сâм забележио шта су му ти кругови стављали на терет. У „обавештењу“ министра Двора Антића кнезу Павлу, које је он доставио Цветковићу а овај Константиновићу стоји: „У Лијону је био члан комунистичке странке [...]. Био је члан масонске ложе и да му није претила опасност од протеривања остао би тамо и примио универзитетску катедру. Познат је због свога фаворизовања левичара на Универзитету, а контролише исто тако и избор доцената Универзитета, те су благодарећи томе многи националистички елементи пропали на конкурсима за доцента“ (Константиновић 1998, 590–591). Пребацивали су му и да је најодговорнији за гоњење покрета „Збор“ (Константиновић 1998, 627).

4.4. Шира акција на одбрани Споразума

Константиновићева борба за државно преуређење Југославије није се свела само на министровање. Он је био свестан тога да одбрана Споразума Цветковић–Мачек захтева шире ангажовање, политичко, у најплеменитијем смислу те речи – уверавање других у значај Споразума. Из тог разлога он води разговоре са утицајним интелектуалним личностима и противницима Споразума професором Слободаном Јовановићем и владиком Николајем Велимировићем.

Јовановић је називао Споразум „монструмом“ и говорио је да „не личи ни на шта“ (Константиновић 1998, 177). Сматрао је да су се у Споразуму занемаривали српски интереси. Њиме је Хрватима дата засебна јединица, али не и Србима: „Срби се нису могли мешати у чисто хрватске ствари, докле су се Хрвати могли мешати у чисто српске ствари, јер су ове остале у надлежности централне владе у којој су заседавали и хрватски министри“ (Јовановић 1991, 563). Осим те осуде Споразума, Јовановић је износио и ширу критику политичког карактера Срба. Замерао је Србима то што су између два рата „извршили (су) националну демобилизацију“, за разлику од Хрвата, који су „били прегли да ојачају своју националну организацију“. Тако је Мачек, приликом састављања Споразума „могао своје захтеве поставити у име једне организације која је обухватала највећи део хрватског народа“, док је српске интересе имала „да заступа једна група случајних министара који [...] нису имали онакву подршку код Срба какву он код Хрвата“ (Јовановић 1991, 563–564). Кривца за такав споразум налазио је и у кнезу Павлу, који „није пожurio са стварима, него чекао до последњег тренутка“, чиме се пропустило са формирањем српске јединице (Константиновић 1998, 177).

Без обзира на тако оштре Јовановићеве ставове о Споразуму, његови и Константиновићеви погледи нису били сасвим супротстављени. Јовановић није одбацивао потребу федерализације Југославије већ асиметрично уређење које је Споразумом успостављено: „Хрватско питање било је на тај начин скинуто са дневног реда, али се одмах поставило Српско питање, јер сада Срби траже исто толико самосталности колико су Хрвати добили. Као што су се Хрвати осећали после Видовданског устава запостављени, тако се Срби после Споразума осећају запостављеним“ (Јовановић 1991, 630). У више својих разговора с Јовановићем, поготово оним од јануара и септембра 1940. године, Константиновић се сагласио са неопходношћу формирања српске јединице (Константиновић 1998, 89–90, 177). Штавише, Константиновић се активно борио за њу приликом састављања Споразума и његовог спровођења и то са готово истоветним аргументима као и

Јовановић.⁷ Иако је Константиновић добро знао Јовановићеве негативне ставове о Споразуму, чини се да је био разочаран када је видео анти-споразумашки манифест који је Јовановић саставио у новембру 1940. године (Константиновић 1998, 230, 614).

Константиновић је имао и више сусрета с Велимировићем, нарочито у октобру 1940. године. Неизбежно, разговори су вођени и о Споразуму Цветковић–Мачек. Велимировић указује Константиновићу на то да Хрватска полако постаје засебна држава и жали се што је Хрватима дат Мостар. Константиновић му одговара да је Југославија тиме заправо постала јединственија и јача и поставља реторичко питање: „Где би били да није створена Хрватска Споразумом?“ Велимировић му даје за право, потврђује да је то било нужно да би се спасила држава, али инсистира да „се не сме ићи даље ни правити какве нове бановине. Решено је њихово питање па сада нек остане остало како је“ (Константиновић 1998, 197).

Константиновић није настојао да увери у оправданост Споразума само политичаре и интелектуалце који су мислили другачије. Схватајући значај политичке педагогије, он је покушавао да допре и до

⁷ Занимљиво је и подударање између Константиновићевог искуства у преговорима с Хрватима и Јовановићевог научног увида у политички карактер Хрвата и Срба. Десетак дана пред закључење Споразума Хрвати су покушали да се врате на оно што је већ било решено, тачније напуштено. Уз претходну праксу изненадног отварања нових питања, српски део комисије је био на ивици беса. Константиновић је своје излагање завршио опоменом: „Овај пројекат иде конфедерацији. Ми нисмо овлашћени да о томе говоримо. Могу рећи у своје име да ни од тога не бих бегao. Али ако се хоће то, онда ће се о томе имати да говори са другима, са Генералштабом, а не са мном.“ Док је Константиновић износио замерке, Шутеј је све време говорио Крбеку: „Пиши, пиши!“ Константиновићу није било јасно да ли Хрвати спремају одговор или документ о разлогу прекида. Међутим, Шутеј „је почео са изјавом да су нас пажљиво саслушали. У многоме нам дају за право и наше су замерке ‘умјесне’. Он се извињава неспоразумом“ (Константиновић 1998, 42). Јовановић је такав преговарачку тактику Хрвата називао политиком двоструког програма: максималног и минималног. У својим истраживањима он је учио да су се Хрвати у Хабзбуршкој монархији навикли да имају два програма, један је садржао највише захтеве, у које ни они нису нарочито веровали, други је више или мање одговарао реалности. Аустријски и мађарски политичари се нису много оптерећивали максималним програмима, чак и када је у њима било сепаратизма. Међутим, српски политичари нису имали то искуство, те су узимали њихов максимални програм сасвим озбиљно: „И зато када је Радић стао говорити о независној Хрватској сељачкој републици, Срби су то схватили, не као политичку здравицу, већ као почетак хрватског отцепљења. [...] Због оскудице психолошке проницљивости Срби су на претеране хрватске захтеве одговарали претерано строгим мерама државне власти, и тиме једну и иначе тешку ситуацију чинили још тежом“ (Јовановић 1991, 559).

најширих друштвених маса. У том смислу, скреће пажњу члановима владе да нема довољно пропаганде када је реч о њеној политици: „Треба народу рећи шта се ради. Бојати се да се народ сасвим не охлади према политици владе Споразума“ (Константиновић 1998, 175).

Баш као што није био само кабинетски професор, Константиновић није био ни само кабинетски политичар. У својој акцији приближавања политике владе народу, он одлази међу грађане. Тако, средином септембра 1940. године одлази у Пријеполје и Бијело Поље, где води разговоре са сељацима, омладином и локалним властима (Константиновић 1998, 180).

Конечно, Константиновић осећа и да ја најбољи ослонац за рад владе и дугорочно очување Споразума образовање једне српско-хрватске странке. О томе води интензивне разговоре с кнезом Павлом и српским и хрватским политичарима у влади – Цветковићем, Мачеком, Шутејем – и чак се помиње као њен могући вођа (Константиновић 1998, 192, 203, 207, 214, 217).

5. ЗАВРШНИ ПОГЛЕД

Каква слика се стиче о Михаилу Константиновићу на основу две пуне године различитих видова његовог рада на државном преуређењу Краљевине Југославије?

Најпре, Константиновић је човек велике стваралачке енергије и посвећености, као и врло развијене свети о друштвеној одговорности. Његове дневничке белешке од 26. марта 1939. до 26. марта 1941. године испуњене су готово свакодневним густим распоредом јавних обавеза, различите природе. Стицај животних и историјских прилика довео га је у ситуацију да у веома кратком периоду буде и уставотворац, радећи на Споразуму Цветковић–Мачек, и законодавац, као члан Министарског савета у ванредном стању, и највиши државни чиновник, као министар без портфеља и министар правде, али и политичар модерног кова који размишља стратешки – није довољно да влада добро ради, та радња треба да буде и видљива. Свим тим улогама Константиновић се несебично предао, обављао их је и срцем и умом, најсавесније што је знао и умео.

При свему томе, живео је у времену које га није штедело, стављајући га пред највеће животне изазове, као јавног посленика. Константиновић од њих није бежао већ им је смело ишао у сусрет. Није срљао, али се није ни хамлетовски колебао. Свестан времена у којем је живео и бивајући

каткад испред њега, он је настојао да решава друштвене проблеме уместо да чека да се они још више заплету и постану неразрешиви. Био је спреман да преузме одговорност и у том смислу није презао од непопуларних мера, али је и уважавао оне који мисле другачије и тражио је равнотежу. Отуда је храбро приступио решавању хрватског питања које је оптерећивало југословенску уставност и политику све време њеног дотадашњег живота, пуних двадесет година.

Снагу за ту храброст налазио је у свом великом стручном знању. Познат као професор грађанског права, епизоде из рада на Споразуму сведоче о Константиновићу не само као познаваоцу јавног права који је добро обавештен о релевантном страном праву и то оном најактуелнијем, већ и као конституционалисти који осећа да асиметрично, квазидуалистичко уређење у којем нема „трећег“ да арбитрира у политичким споровима између Краљевине и Бановине, води ка конфедерализацији Југославије.

Међутим, стручност није била довољна за храброст која се тражила да се у тако опасном времену решавају тако осетљива питања. Константиновић је ту додатну, подједнако велику снагу црпео из непоколебљивог осећаја мисије који је у себи носио, а који је био усмерен на земљу којој је припадао. Морал му је налагао да се за ту земљу бори да се најпре сачува, а затим и да се изгради на вредностима индивидуалних слобода и друштвене правде. Дијалог, компромис и споразум били су његови начини да се ти племенити циљеви остваре.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Балфур, Нил, Сели Мекеј. 1990. *Кнез Павле Карађорђевић – једна закаснела биографија*, превод Ђурица Крстић. Београд: Литера – Књижевно-издавачка задруга.
- [2] Бобан, Љубо. 1965. *Споразум Цветковић–Мачек*. Београд: Институт друштвених наука.
- [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] Јанковић, Драгослав, Мирко Мирковић. 1997. *Државноправна историја Југославије*. Београд: Издавачка кућа „Драганић“.

- [6] Јовановић, Слободан. 1991. *Из историје и књижевности II* (Сабрана дела Слободана Јовановића, том XII, прир. Радован Самарџић, Живорад Стојковић). Београд: Београдски издавачко-графички завод, Југославијапублик, Српска књижевна задруга.
- [7] Јовић, Дејан. 2003. *Југославија – држава која је одумрла*. Загреб, Београд: Прометеј – Самиздат Б92.
- [8] Константиновић, Михаило. 3–4/1982. Југословенски грађански законик – Аустријски или Црногорски законик? *Анали Правног факултета у Београду* 30: 384–396.
- [9] Константиновић, Михаило. 1998. *Политика споразума – Дневничке белешке 1939–1941, Лондонске белешке 1944–1945*. Нови Сад: Агенција „Мир“.
- [10] Лукић, Радомир. 1–2/1982. *In memoriam* професору др Михаилу Константиновићу. *Анали Правног факултета у Београду* 30: 5–7.
- [11] Мала енциклопедија Просвета – Општа енциклопедија. 1986. *Михаило Константиновић*. Београд: Просвета.
- [12] Маринковић, Танасије. 2020. Уставни идентитет видовданске Југославије. 95–121. *Сто година од уједињења – формирање државе и права*, ур. Борис Беговић, Зоран С. Мирковић. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [13] Марковић, Ратко. 2015. *Уставно право*. 20. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Досије студио.
- [14] *НИН*. 1971. Споразум Цветковић-Мачек у мемоарима актера (4). 29. август.
- [15] Орлић, Миодраг В. 2006. Скица за портрет тројице професора Грађанског права. 47–52. *Сто шездесет пет година Правног факултета Универзитета у Београду*, ур. Јовица Тркуља. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [16] Перовић, Латинка. 2015. *Доминантна и нежељена елита – белешке о интелектуалној и политичкој елити у Србији (XX–XXI век)*. Београд: Дан-граф Београд, Нови Сад: Јавна медијска установа Радио-телевизија Војводине.
- [17] Поповић, Драгољуб. 2008. *Скице правничких портрета*. Београд: Правни факултета Универзитета у Београду – Службени гласник.

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.

УДК 34.08:929 Константиновић М. ; 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

Др Дејан ПОПОВИЋ*

**ИЗМЕЂУ КЕТМАНА И ОДБРАНЕ УНИВЕРЗИТЕТСКЕ
ПРОФЕСИЈЕ: МИХАИЛО КОНСТАНТИНОВИЋ
У АКАДЕМСКИМ ЧИСТКАМА ЧЕТРДЕСЕТИХ ГОДИНА
20. ВЕКА**

Кад наиђу тешка, мутна времена и учестају сукоби и узбуне међу људима,
отвори се одједном Библија на њеним најтамнијим страницама...

Иво Андрић, *Знакови поред пута*

По успостављању власти Комунистичке партије Југославије, универзитетски професори су били суочени с избором: подићи глас против диктатуре уз плаћање високе цене, приступити КПЈ или прихватити образац кетмана. Михаило Константиновић је био међу малобројнима који су покушавали да пронађу четврти пут: задржати службу, не прећи на црвену страну, а не остати заробљен у кетманству. Такве поступке треба ценити као гестове храбрости, а не опортунизма. Константиновић није присуствовао седници Савета Факултета 1946. године када је удаљен Драгољуб Јовановић. Студенти-комунисти су 1947. године захтевали уклањање професора Владисављевића и Мирковића. Константиновић је био један од професора који су их сатима бранили и

* Професор емеритус, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија,
dejan.popovic@ius.bg.ac.rs.

био изложен критикама колега комуниста. Савет је на крају препустио одлуку вишим властима и Владисављевић и Мирковић су отпуштени. Идуће године репресији је изложен доцент Миливоје Марковић, кога је, због притиска чланова КПЈ, бранио мањи број колега. Константиновић није говорио, али није гласао за искључење. Најважније му је било да сачува Факултет.

Кључне речи: *Михаило Константиновић. – Правни факултет Универзитета у Београду. – Академска чистка. – Кетман. – Комунистичка партија Југославије.*

1. УВОД

У периоду од ослобођења Београда у октобру 1944. до краја четрдесетих година прошлог века Правни факултет Универзитета у Београду суочио се са изазовима какве у својој дотадашњој историји није имао. Десеткован у кадровском погледу током 1.287 дана под нацистичком окупацијом, нашао се у условима у којима су ослободиоци почели да изграђују ново друштво, као контрапункт оном грађанском, које га је створило и однеговало. Један део предратних професора одмах је одстрањен, што због наводне или – ређе – стварне колаборације с окупатором и Недићевим режимом, што због контаката, током окупације, са покретом Драже Михаиловића. Други су преузети од нових власти и стављени под строгу присмотру Комунистичке партије Југославије (КПЈ) јер је Правни факултет добио важну улогу у образовању младих кадрова, који би требало да служе новој држави и примењују ново право.

Како је време одмицало, расла је спремност Комунистичке партије да обелодани праву природу „народне демократије“, фасаде иза које се та природа – диктатура (авангарде) пролетаријата – скривала 1945. и делом 1946. године.¹ Сапутници комуниста из редова интелигенције, антифашистичке и демократске оријентације, убрзо су се суочили с избором: изаћи уз плаћање високе цене (губитак посла, понекад и затвор), прихватити владајућу линију по цену напуштања деценијама негованих вредности или прихватити образац кетмана.² Речима Чеслава Милоша, „контрадикције званично нису постојале у главама грађана

¹ Упор. Петрановић 1994.

² Чеслав Милош је реч „кетман“ преузео од персијских шиита, посредством француског дипломате Гобиноа, који је у 19. веку службовао у том делу света. Куран каже да ће Алах ценити сваког по томе шта му је у срцу, а не шта му је

у народним демократијама. Нико се не усуђује да их јавно открије. А опет, у реалном животу се постављало питање како се носити са контрадикцијама. Припадници интелектуалне елите били су више не други свесни тог проблема. Решавали су га постајући глумцима. ... Уместо на позоришној позорници, глумило се на улици, у фабрици, сали за састанке, чак и у соби у којој се живи. Таква глума је веома развијена вештина у којој је нагласак на менталну будност. Пре него што сиђе са усана, свака се реч мора проценити с аспекта њених последица. Осмех који се појави у погрешном тренутку, поглед који није потпуно онакав какав би требало да буде, може да изазове опасне сумње и оптужбе. Чак и нечији гестови, тон гласа или избор одређених типова кравате се тумаче као знакови нечијих политичких склоности.“³

Малобројни међу интелектуалцима су покушавали да изнађу четврти пут, да задрже службу, да не пређу на црвену страну а да не остану заробљени у кетманству. Изазов је био посебно јак, а трагање за таквим путем веома комплексно када су прогоњене колеге са којима се делио универзитетски живот и пре рата и по ослобођењу. Један од таквих интелектуалаца био је професор Михаило Константиновић.

2. МИХАИЛО КОНСТАНТИНОВИЋ У ОБНОВИ РАДА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА 1945. ГОДИНЕ

Михаило Константиновић се после пораза војске Краљевине Југославије у Априлском рату 1941. године, као ранији министар (оставку је дао због неслагања са приступањем Тројном пакту), повукао са владом у Египат и остао у егзилу. Углавном се задржао на Блиском истоку – у Египту, Палестини и Турској, бавећи се, како наводи, „проучавањем питања одговорности за ратне злочине“.⁴ Новопостављени председник Краљевске владе Иван Шубашић позвао га је у Лондон у јуну 1944. године, одакле је, заједно са њиме, следећег месеца отпутовао у Италију ради преговора са представницима Националног комитета ослобођења Југославије. У ослобођени Београд вратио се у фебруару 1945. године.

на језику, па је то учење дало верски легитимитет схватању да муслиман има право да користи мимикрију и скрива своје веровање у ситуацијама када се осећа угроженим због свог веровања (Milosz 1955, 54).

³ *Ibid.*, 51.

⁴ Службенички досије Михаила Константиновића. Општи упитник, Биографија, 4. децембар 1946. године.

Посматрано из угла Народноослободилачког одбора Србије, тела посредством којег је Комунистичка партија вршила власт у провизоријуму који је настао после ослобођења Београда у октобру 1944. године, да би Универзитет у Београду и факултети у његовом саставу могли да започну са радом, морала су се претходно решити логистичка, организациона и кадровска питања. Задатак је поверен Комисији за обнову Универзитета, формираној већ 1. новембра 1944. године.⁵ Народноослободилачки одбор Србије је суспендовао са дужности све затечене чланове универзитетских власти које је именовао Недићев режим – ректора (др Николу Поповића, професора Филозофског факултета), административног директора, декане и чланове других универзитетских тела.⁶ Комисија за обнову Универзитета је, на првој седници одржаној 3. новембра 1944. године, пошто је за председника изабрала др Јеврема Недељковића, одредила да председник врши послове који спадају у надлежност ректора⁷ и делегирала поједине своје чланове да воде послове декана на факултетима у саставу Универзитета у Београду. Др Јован Ђорђевић је тако тога датума одређен да врши дужност декана Правног факултета⁸, уместо након ослобођења затеченог др Реље Поповића.

Формалном одлуком збора свих наставника Универзитета, који је одржан 15. децембра 1944. године, образован је Суд части, „коме је дато овлашћење да донесе одлуке о појединим наставницима који су изгубили морално право да буду наставници јер су се огрешили о наставничку част и штетили угледу Универзитета, пружајући своју помоћ, интелектуалну и моралну потпору окупатору и домаћим издајницима“.⁹ Са Правног факултета Суд части је удаљио двојицу наставника (Рељу Поповића и Адама Лазаревића¹⁰), а Комисија за обнову Универзитета је својим непосредним деловањем одлучила да – од оних наставника

⁵ ДаС, Г 205, ф. XVIII, службено 45, 685–44. Акт су потписали Благоје Нешковић (председник) и Петар Стамболић (секретар) Народноослободилачког одбора Србије.

⁶ *Ibid.* Својим потписом на маргини дотадашњи декан Правног факултета Реља Поповић потврдио је да му је одлука саопштена 3. новембра 1944. године.

⁷ О чему су факултети обавештени 7. новембра 1944. године. ДаС, Г 205, ф. XVIII, службено 45, 688–44.

⁸ ДаС, Г 205, ф. XVIII, службено 45, 686–44. Јован Ђорђевић је још неко време био и секретар Комисије за обнову Универзитета.

⁹ Саопштење Комисије за обнову Универзитета од 19. маја 1945. године, 3.

¹⁰ Удаљио је и хонорарне професоре Николу Крајинског и Сергија Трегубова зато „што су побегли у Немачку“.

који су се пријавили на службу – не преузме петорицу предратних наставника београдског Правног факултета: Тому Живановића, Милана Тодоровића, Александра Соловјева, Божидара С. Марковића и Тихомира Васиљевића.¹¹ Са предратног суботичког Правног факултета, кога су мађарски окупатори укинули, па су му наставници 19. јуна 1941. године припојени колегијуму београдског Правног факултета, нису преузети Алекса Ивић и Сергије Троицки. Нису преузети ни од Недићевих власти новопостављени доцент Радивој Ђисаловић и новопостављени асистент Здравко Здравковић.

Комисија за обнову Универзитета је затим предложила Министарству просвете, а оно је 26. јуна 1945. године одлучило да се на Правном факултету Универзитета у Београду преузму следећи наставници¹² и асистенти¹³:

- *редовни професори*: др Миодраг Аћимовић, др Велизар Митровић, др Михаило Константиновић, др Милан Жујовић, др Јован Ловчевић и др Милан Бартош;
- *ванредни професори*: др Јован Савић, др Милан Владисављевић, др Мехмед Беговић, др Ђорђе Мирковић, др Борислав Благојевић, др Никола Стјепановић, др Јован Ђорђевић, др Милош Радојковић (накнадно) и др Душан Пантелић (накнадно);
- *доценти*: др Душан Јевтић, др Миливоје Марковић, др Бранислав Недељковић, др Љубомир Дуканац, др Радомир Лукић, др Душан Дохчевић, др Радивоје Увалић и др Радомир Живковић (накнадно);
- *хонорарни професори*: др Драгољуб Јовановић и др Никола Алексејев;

¹¹ Треба имати у виду да су Илију Пржића ослободиоци ухапсили 23. октобра 1944. године и наредних дана га стрељали. Саопштење Војног суда Првог Корпуса НОВЈ о суђењу ратним злочинцима у Београду, *Политика*, 27. 11. 1944. <http://www.otvorenaknjiga.komisija1944.mpravde.gov.rs/cr/okrug/00/70246/16318.htm>. Ђорђа Тасића и Михаила Илића стрељали су окупатори, а Константин Смирнов је преминуо током окупације. Девет предратних наставника (од којих су четворица на дан 6. априла 1941. године били хонорарни) и један постављен први пут за време окупације од Недићевих власти нису се по ослобођењу пријавили на службу.

¹² ДаС, 1637–45, Министарство просвете (Персонално одељење), V бр. 7597, од 26. јуна 1945. године.

¹³ ДаС, 1631–45, Министарство просвете (Персонално одељење), V бр. 7600, од 26. јуна 1945. године.

- *хонорарни наставник*: Сретен Вукосављевић;
- *асистенти*: Светислав Божовић Ђаба, Милорад Симић, др Јанко Таховић, Драгаш Денковић, Драгош Спасојевић, Драгомир Стојчевић, Драгослав Јанковић и Радош Стаменковић (накладно).

Комисија за обнову Универзитета је непреузимањем поменутих наставника спровела прву послератну чистку на Правном факултету и пре него што је његов рад обновљен. Због чега су, од предратних београдских наставника, уклоњени баш та петорица (Т. Живановић, М. Тодоровић, А. Соловјев, Б. С. Марковић и Т. Васиљевић, уз Р. Поповића и А. Лазаревића), а не неко од оних преузетих, захтева посебно истраживање, које излази из оквира овога рада. Правда ослободилаца није била правична, уз ослобођење је ишло и увођење новог друштвеног уређења, па су многи професори одстрањени а да стварних разлога (попут колаборације) у већини случајева није ни било.¹⁴

Михаило Константиновић је радо дочекан од нових власти и одмах укључен у поступак израде нацрта различитих прописа, укључујући нови устав.¹⁵ „Користио је унеколико на овим дужностима с обзиром да је рутинирани правни стручњак и добар познавалац правне технике“ – написали су му у карактеристици млађе колеге, чланови КПЈ.¹⁶ Оставка на положај министра правде у Цветковићевој влади због неслагања с одлуком да Краљевина Југославија приступи Тројном пакту, његово држање дистанце у односу на југословенске владе у Лондону, рани долазак у ослобођени Београд и напади којима је био излаган током окупације у београдској штампи створили су му релативно чврсту позицију, иако су, као и према осталим предратним професорима, комунисти према њему гајили неповерење. „Врло интелигентан, лукав и рафиниран. Образован је и као човек широке културе у стању је да врши и врши штетан утицај на неке наставнике на факултету. ... Као добар правник и добар педагог користан је на факултету, али нема изгледа да се развије у марксисту.“¹⁷ У карактеристици датој нешто касније (1950. године), у чијем су формулисању учествовали Андрија Гамс и Михаило

¹⁴ О томе детаљније у пројекту *Историја Правног факултета Универзитета у Београду 1945–1971*, на којем раде Дејан Поповић и Зоран Мирковић.

¹⁵ „По доласку у земљу био је претседник Комисије за израду Устава, али није дао све од себе на овоме послу и био је у извесној мери кочница у раду ове комисије“ – стоји у Константиновићевој карактеристици од 19. марта 1949. године. ДаС, Фонд МзНиК, Г 187, кутија 16.

¹⁶ Карактеристика Михаила Константиновића из 1949. године. АЈ, 317–67–92.

¹⁷ *Ibid.*

Ступар, изостављене су оцене о лукавости и штетним утицајима на колеге, а речено је да је „у личном животу и односима... поштен, коректан, врло углађен и затворен. Воли да се држи на отстојању од људи“. Наглашени су Константиновићеви квалитети као врсног педагога (уз замерку да је врло благ на испитима, што студенти често злоупотребљавају) и одличног познаваоца грађанског и римског права. „Марксизам жели да прихвати, међутим не успева да схвати његову суштину и да га стваралачки примени. ... За прихватање марксизма-лењинизма смета му што је већ изграђен буржоаски теоретичар.“¹⁸

Будући да га је Недићева власт оценила као „тројанског коња комуниста“ у предратном периоду јер је „штитио све што је било левичарско и што је било у вези са марксизмом, са Јеврејима и са масонима“¹⁹, Михаило Константиновић је, склонивши се на Блиски исток, избегао судбину двојице својих блиских колега – Михаила Илића и Ђорђа Тасића, који су стрељани после дужег заточења у логору на Бањици. Чланови његове породице, супруга Радојка, шеснаестогодишња кћи Пава и тринаестогодишњи син Радомир, доживели су, међутим, шиканирање првих недеља окупације Београда, и то од професора Томе Живановића, чија је кућа била срушена у бомбардовању. Живановић је, наиме, затражио од немачких окупационих власти и добио решење да може да се усели у стан у згради Српске краљевске академије, који је у закупу држао Михаило Константиновић. Живановић је затим (пре 5. маја 1941. године) ушао у Константиновићев стан, док су супруга и деца још били у Ивањици, привремено избегли због бомбардовања, иселио њихове ствари, уселио своје, променио браву и уселио се. Када су се госпођа Радојка, кћи Пава и син Радомир вратили у Београд, затекли су закључана врата, па су „привремени“ смештај морали да потраже у једном стану у Добрачиној 29, где су боравили до краја рата

¹⁸ Карактеристика Михаила Константиновића од 12. октобра 1950. године. ДаС, Фонд МзНИК, Г 187, кутија 16.

¹⁹ „Тројански коњ, или: Михајло Константиновић и његови пријатељи“, *Обнова*, 3. септембар 1941. године. Текст се налази у службеничком досијеу Михаила Константиновића. Константиновић је био и један од протагониста памфлета *Самоубиство Југославије*, у којем је оцењен да је као масон, инициран у париском Великом Оријенту (Грегорић 1942, 69), „играо судбоносну улогу у целој овој ситуацији (око избегавања Југославије да се придружи Тројном пакту после капитулације Француске у јуну 1940. године – Д. П.), као што ће и касније, све до слома земље, бити и остати један од највећих криваца за трагичну судбину Југославије“ (*ibid.*, 104).

(и касније).^{20, 21} Осим тог раног контакта са немачком командом и потписивања антикомунистичког Апела српском народу (на који је у августу 1941. године потпис ставило још десет активних наставника Правног факултета, од којих су петорица преузети 1945. године на предлог Комисије за обнову Универзитета), Тома Живановић у даљем току рата није имао других поступака који би се могли квалификовати као спорни у било којем погледу; штавише, није изабран на конкурс за професорска звања који су 1942. године расписале Недићеве власти, те је у децембру 1942. године преурањено пензионисан. Међутим, врло је вероватно да је Живановићев поступак према Константиновићевој породици, који се никако не може оценити као частан, допринео да не буде преузет 1945. године; своју научну активност он је наредних година наставио под окриљем Српске академије наука и уметности.

Остаје да се размотри реакција професора Михаила Константиновића на иницијативу за Живановићеву „рехабилитацију“, која је покренута у расправи на седници Савета Правног факултета²², одржаној у мирнија времена, 27. априла 1951. године. Тада је професор Јован Ђорђевић, рекло би се изненада, предложио да се на Факултет врате бивши наставници Тома Живановић, Божидар С. Марковић и Тихомир Васиљевић. Предлог је подржао Радомир Лукић и допунио га именима Милана Владисављевића, Душана Пантелића и др. Михаило Константиновић је, међутим, ставио приговор на предлог за враћање Томе Живановића „због његовог понашања за време рата“. Андрија Гамс му се придружио, изјављујући да се не слаже са предлогом професора Ђорђевића и да се од њега ограђује. Целу ствар, према његовом мишљењу, требало је доставити на претходно испитивање и подробно проучавање Наставној комисији. На предлог декана професора Борислава Благојевића, одлучено је да питање враћања претходно проуче декан, продекани и шефови катедара и да изнесу питање на неку од идућих седница Савета.²³ Међутим, оно се више никада није појавило на седницама надлежног органа Правног факултета.

²⁰ Јанковић 2016, 386–387.

²¹ Живановићево огрешење према колегиној породици навела је, с ослонцем на усмену традицију, Љубица Кандић, не помињући име тог колеге, али оцењујући да је тај гест могао утицати на одлуку Комисије за обнову Универзитета о непреузимању Живановића (Кандић 2005, 278).

²² У то време Факултетски савет је био стручни орган, слично данашњем Наставно-научном већу.

²³ АПФ, Записник са седнице Савета Правног факултета од 27. априла 1951. године.

У факултетској академској хијерархији Константиновић је, у моменту обнове рада Правног факултета, крајем августа 1945. године, био трећи по сениорату. Испред њега су били само Миодраг Аћимовић и Велизар Митровић, при чему овај други због болести није долазио на посао те је почетком 1946. године пензионисан. Приликом избора првог послератног декана, 30. августа 1945. године, дотадашњи в. д. декана Јован Ђорђевић (који као ванредни професор није могао бити биран за декана) истакао је да би кандидати могли бити једино професори Константиновић или Бартош јер је професор Аћимовић већ имао 70 година, а „садашње околности“ захтевају млађе кандидате. Михаило Константиновић је одмах замолио да му се дозволи да не прихвати кандидатуру због преоптерећености „важним општенародним пословима“ (израда Грађанског законика итд.), па је као кандидат остао само професор Бартош, који је на крају и изабран за декана.²⁴ Пошто је следеће школске године Комунистичка партија ипак одлучила да се деканска функција повери најстаријем редовном професору, Миодрагу Аћимовићу, у трећој школској години по обнови рада Факултета (1947/48) дошао је ред на Михаила Константиновића да буде изабран за декана.²⁵

3. АКАДЕМСКЕ ЧИСТКЕ 1946. ГОДИНЕ

Током 1945. и делом 1946. године Комунистичка партија је прибегавала својеврсној мимикрији, скривајући своју апсолутну власт иза фасаде тзв. народне демократије.²⁶ У Јединственом народном фронту, чија је листа једина ушла у Конституанту на изборима у јесен 1945. године, налазиле су се, осим комуниста, и поједине грађанске партије, спремне на сарадњу са њима, међу којима се издвајала Народна сељачка странка др Драгољуба Јовановића, постављеног у јуну 1945. године за хонорарног професора Правног факултета, са којег је удаљен 1932. године пресудом Државног суда за заштиту државе којом је осуђен на годину дана затвора и губитак државне службе. Као народни посланик, Драгољуб Јовановић је често нарушавао владајућу хармонију, износећи критичке ставове у расправама о Уставу и касније о неким од најважнијих

²⁴ АПф, Записник са седнице Савета Правног факултета од 30. августа 1945. године.

²⁵ АПф, Записник са седнице Савета Правног факултета од 25. октобра 1947. године.

²⁶ Петрановић 1994, 18.

закона (о аграрној реформи, о задругама и др.). Јовановић је на Правном факултету предавао Економску политику и, према речима Драгише Ивановића на седници Универзитетског комитета Комунистичке партије Србије (КПС) од 17. јуна 1946. године, говорио студентима „да ми извозимо драгоцене метале, а увозимо крпе“ и да је „задругарство... страх за народ“.²⁷ Са Факултета је одстрањен тако што је факултетски Савет (који су чинили редовни професори, ванредни професори и доценти) гласао да се „стави на расположење Министарству просвете Србије из разлога што није испунио програм из предмета Економна политика Ф.Н.Р.“.²⁸ Драгољуб Јовановић је удаљен с Универзитета одлуком министра просвете, по добијеној сагласности Председништва Владе НР Србије, а на предлог Универзитетског савета.²⁹ Михаило Константиновић је био одсутан са седнице Савета Правног факултета на којој је одлучено да се Јовановић „стави на расположење“ Министарству просвете. Не зна се разлог због којег се на тој седници није појавио, те се можемо само бавити претпоставкама: болест, свест да је политичка одлука о уклањању Драгољуба Јовановића већ донета и неспремност да се учествује у таквом сценарију или нешто треће.

Из наставе је 1946. године уклоњен још један наставник – Душан Пантелић, ванредни професор на предмету Грађанско право I део, због наводног лошег односа у заробљеништву према Народно-ослободилачком покрету. Међутим, његову суспензију, која је означила почетак удаљења са Правног факултета, спровео је продекан Јован Ђорђевић у априлу 1946. године, о чему је Савет Факултета само обавештен.³⁰

4. КОНСТАНТИНОВИЋЕВ ИСКОРАК 1947. ГОДИНЕ

У пролеће 1947. године, пре него што је Константиновић изабран за декана, покренут је поступак за уклањање из наставе двојице ванредних професора – Милана Владисављевића (Наука о држави) и Ђорђа Мирковића (Трговачко право) – због „ненаучности“ њихових предавања, како је у својој представи тврдило Председништво Народне студент-

²⁷ Митровић, Станковић (прир.) 1985, 70.

²⁸ АПФ, Записник са седнице Савета Правног факултета од 31. јула 1946. године.

²⁹ Одлука бр. 21011 од 17. септембра 1946. године.

³⁰ АПФ, Записник са седнице Савета Правног факултета од 6. априла 1946. године. Даље су деловали универзитетски органи.

ске омладине. У међувремену је на Правни факултет доведен значајан број хонорарних наставника, који су учествовали у раду Савета Факултета, али без права гласа. На седницама Савета одржаним 23. и 24. априла 1947. године присуствовало је шеснаест сталних наставника и осам хонорарних³¹, при чему су само два стална наставника (Јован Ђорђевић и Душан Дохчевић) подржавали студентску иницијативу (Дохчевић је био члан КПЈ³²), али су иза ње стали сви присутни хонорарни наставници, иначе чланови КПЈ (Леон Гершковић, Сергије Димитријевић, Витомир Петровић, Драгомир Стојчевић, Никола Срзентић, Обрен Благојевић и Долфе Вогелник), осим једног – ванпартијца (Никола Алексејев). Дobar део сталних наставника, преузетих из предатног наставничког колегијума, храбро је бранио Владисављевића и Мирковића, оспоравајући право студентској организацији да оцењује „научност“ професорских предавања, али су веома гласни и координисани били хонорарни наставници у садејству са двојицом сталних, указујући на то да су „студенти у праву“, да Владисављевић и Мирковић предају према предатним материјалима, занемарујући право настало у новој држави (народној демократији), односно не примењујући методу дијалектичког материјализма.

Међу шесторицом сталних наставника који су стали у одбрану Владисављевића и Мирковића био је и професор Михаило Константиновић.³³ Да би смирио атмосферу у којој су, с обе стране, изрицане оштре речи, он је почео констатацијом да има утисак да присуствује озбиљној научној дискусији, која је била на великој академској висини те је слушао често са великим задовољством. Међутим, тада би се одмах траго јер је био свестан да није стварно реч о једној таквој дискусији него о двојици наших колега. Пошто је пажљиво читао и реферат (у којем су изложени „греси“ двојице ванредних професора) и одговоре, схватио је да све што се замера Мирковићу и Владисављевићу може да се примети и свима наставницима, па и њему самом. „Ако би сваки појединац

³¹ АПФ, Записник са седнице Савета Правног факултета од 23. априла 1947. године

³² Од сталних наставника чланови КПЈ су 1947. године били само доценти Радивоје Увалић и Душан Дохчевић. Увалић је био службено одсутан у иностранству у време одржавања тих седница Савета.

³³ Захтеву да се професори Владисављевић и Мирковић уклоне са Правног факултета најупорније су се супротставили декан професор Миодраг Аћимовић, продекан професор Мехмед Беговић, доцент Миливоје Марковић и професор Михаило Константиновић, уз повремене интервенције професора Милоша Радојковића и на правним аргументима утемељену одбрану Николе Стјепановића.

узео свој раније писани чланак у критику, мењао би врло много, одрицао би се и исправљао. Отуда је бескорисно на тај начин анализирати и текстове Мирковића и Владисављевића.“ Михаило Константиновић је затим додао да често после предавања констатује да није успео да студентима да оно што је требало да им да. Питање је да ли двојица колега у својој укупности одговарају или не одговарају критеријумима, а не у детаљима. И кад се ствар тако схвати, бесплодно је улазити у детаље које студенти наводе и шта они, Мирковић и Владисављевић, одговарају. „Мени се чини“ – поентирао је Константиновић – „да наше колеге, све у свему, вреде колико и ми сви остали. Треба узети ствар у целини, а не посматрати је у њеним изабраним деловима.“ Овде је реч, сматрао је, о функцији Факултета, што је једино битно. „Ове функције се мењају током времена. Ми се можда не адаптирамо тако брзо како би требало. С тим се поставља и питање наставе уопште и питање програма и питање наставника уопште. Дакле, битно је: шта и како овај Факултет треба у будуће да ради.“³⁴

Један од предводника групе хонорарних наставника, Леон Гершковић, начелник у Министарству за Конституанту и један од правника најангажованијих у изради Устава ФНРЈ и најважнијих закона, осетио је правац којим се кретала Константиновићева одбрана, па је критиковао „тенденцу“ – намерно убачену – „да се све наставнике стрпа у један кош“, како би се заплашиле колеге које се још нису изјасниле. Онима који подржавају студентску представку импутира се да прете да „ако сви не гласате да се отклоне двојица, онда ће и остали излетети ван“. Пошто је доцент Миливоје Марковић веома оштро реаговао на такве Гершковићеве речи, у одбрану хонорарног наставника стао је доцент Дохчевић, називајући покушај да се изједначе све колеге са Мирковићем и Владисављевићем „плачним хуманизмом“.³⁵ На све то се Михаило Константиновић иронично захвалио на комплиментима попут „плачљивости“ и додао да „није имао никакву тенденцу да све стрпа у један џеп“.

³⁴ АПФ, Записник са седнице Савета Правног факултета од 23. априла 1947. године.

³⁵ Прогонитељ је за нешто више од годину дана постао прогоњени. Душан Дохчевић је ухапшен као информбировац 5. септембра 1948. године, а на Голом отоку је остао до 1954. године. Сличну судбину је имао и др Обрен Благојевић, хонорарни доцент, такође активан у прогону Владисављевића и Мирковића: као високи функционер (гувернер Народне банке и помоћник савезног министра финансија) ухапшен је приликом покушаја бекства у Албанију 27. новембра 1948. године. На Голом отоку је остао до 1956. године. Обојица су, сходно томе, изгубили службу на Факултету.

После дискусије која је потрајала дуже од шест и по сати, групи наставника који су захтевали уклањање Владисављевића и Мирковића са Правног факултета постало је јасно да је листа говорника исцрпена и да они неће имати већину у Савету за доношење одлуке за коју су морали да обезбеде да буде усвојена. Наиме, сагласно чл. 5, ст. 1 Уредбе о универзитетским властима и наставном особљу Универзитета у Београду, право гласа на факултетском савету имали су само стални редовни професори, ванредни професори и доценти, а од шеснаест сталних наставника само су двојица били за предлог студентске организације. Због тога је прво Дохчевић изнео став да се „ово не може гласањем решити. Овде су у питању два потпуно опречна мишљења, и кад је тако, онда нема уопште места гласању. ... Јер би онда то у ствари било надгласавање, а никакво решење“. Према његовом мишљењу, треба да „сви дају своје мишљење, па записник доставити вишем форуму, па нека овај одлучи“. Декан Миодраг Аћимовић и продекан Мехмед Беговић били су одлучно против таквог предлога, сматрајући да је Савет дужан да донесе одлуку – каква год била – и да се не сме одрицати надлежности која му је Уредбом о универзитетским властима и наставном особљу Универзитета у Београду поверена. Дохчевићев предлог су бранили Гершковић, други хонорарни наставници и Јован Ђорђевић, који је изашао са тезом да „ако се строго држимо легалистичког гледишта, доћи ћемо до апсурдности. ... Ми имамо право да тумачимо Уредбу према ситуацији, не по њеноме слову, него по њеноме духу. ... Није нимало противно Уредби да гласају и хонорарни наставници. Али цело питање треба изнети пред Универзитетски Савет па они нека реше“. Он је био против претераног легализма јер је Уредба донета још пре годину дана. На то је реаговао Михаило Константиновић: „Када не би било јаснога текста, могло би да буде говора о легалистичком или каквом другом тумачењу, али овде је текст Уредбе јасан и нема шта да се тумачи, пошто смо ми везани текстом.“³⁶

У насталој „општој дискусији“, у којој „једни захтевају да се поступи по Уредби и да се гласа, други су против сваког гласања, или пак да сви гласају“, Константиновић је предложио да се, пошто су сви преморени, седница прекине, у складу са правилом да *la nuit porte conseil*.³⁷ Још је било неколико покушаја да једни убеду друге како поступити, па је Константиновићев предлог прихваћен и седница је закључена у 21.30, с тим да се настави 24. априла 1947. године. Сутрадан је седница

³⁶ АПф, Записник са седнице Савета Правног факултета од 23. априла 1947. године.

³⁷ На француском: јутро је паметније од вечери. (Ноћ ће донети савет ујутро.)

потрајала још два сата и петнаест минута и у првом делу је текла у истом тону као и 23. априла. Затим је дата пауза од десет минута, после које је ванредни професор Никола Стјепановић изнео предлог у три тачке: (1) да се студентска представка одбаци као поднета од ненадлежног тела; (2) да се констатује да се у дискусији део учесника определио да постоји довољно материјала за удаљење професора Мирковића и Владисављевића са Факултета због научне неподобности, док је део учесника био мишљења да тај материјал није довољан за такву одлуку; (3) да Савет Факултета решава да се о овоме обавести Универзитетски савет, достављајући му цео материјал. После дуже расправе, једанаест чланова Савета је на јавном изјашњавању гласало за Стјепановићев предлог, три члана су била за предлог Миливоја Марковића да се изостави тачка (3) јер имплицитно указује на кривицу двојице колега, док се један члан уздржао од гласања.³⁸ Тиме је већина у Савету покушала да са својих плећа пребаци одговорност за доношење одлуке на више форуме (Универзитет и Комитет за научне установе, Универзитет и високе школе), што су хонорарни наставници, уз подршку двојице сталних, свесрдно подржали, знајући какву ће одлуку Савет Универзитета донети. То су, уосталом, знали или морали да знају сви чланови Савета Правног факултета.

Два детаља заслужују осврт. Први су разлози због којих је већина сталних наставника променила став и прихватила Стјепановићев предлог да се Савет Факултета ипак не одреди да ли је за уклањање Владисављевића и Мирковића или није. С обзиром на ток седнице од 24. априла 1947. године, може се наслутити да је на део сталних наставника извршен додатни притисак да прихвате да се одлука препустити „вишим инстанцама“, вероватно током паузе, када је и уобличен Стјепановићев предлог. Друго, у том контексту се може отклонити евентуална сумња да је тај притисак омогућен Константиновићевим предлогом да се седница од 23. априла прекине касно увече. Промена у ставу већине се догодила сутрадан тек после дате паузе, пошто је расправа у којој је већина сталних наставника тражила да се гласа о предлогу за уклањање са Факултета потрајала готово сат и по. Разумна је претпоставка да би, да је притисак извршен током ноћи, Стјепановићев предлог био изгласан без поновне расправе са јучерашњим аргументима у првој фази седнице од 24. априла.

³⁸ АПФ, Записник са седнице Савета Правног факултета од 24. априла 1947. године.

Савет Универзитета је 30. маја 1947. године донео закључак да се Ђорђе Мирковић и Милан Владисављевић ставе на располагање Комитету за научне установе, Универзитет и високе школе Владе НР Србије. Комитет за научне установе, Универзитет и високе школе је, усвајајући одлуку Универзитетског савета, закључио да именовани професори не могу даље остати у државној служби те се, у складу са чл. 7 Уредбе о универзитетским властима и наставном особљу Универзитета у Београду, обратио Председништву Народне владе Србије са молбом за сагласност да им се да отказ на државну службу.³⁹ Председништво Владе је промодно дало потребну сагласност и Мирковић и Владисављевић су уклоњени са Универзитета.

5. ТЕЖИНА НОВОГ ИЗАЗОВА КОЈИ ЈЕ ДОНЕО *ANNUS HORRIBILIS MCMXLVIII*

У времену које је уследило репресија у друштву је постајала још јача. Уз старе „класне непријатеље“, појавили су се нови, из сопствених редова – комунисти који су подржали нападе Стаљина и СССР на југословенску Партију и ФНРЈ. Против њих су већ од лета 1948. године покренуте енергичне, бруталне чистке. Међутим, у узалудној нади да ће светски комунистички покрет схватити да КПЈ није ревизионистичка већ да „истрајава на револуционарном путу“, заоштравана је и борба „против контрареволуције“, у којој је Правни факултет Универзитета у Београду морао да поднесе још једну жртву из реда наставника буржоаске оријентације.

Годину и по дана по уклањању Владисављевића и Мирковића и два месеца по истеку Константиновићевог деканског мандата, 16. децембра 1948. године на дневни ред је дошло уклањање са Правног факултета доцента Миливоја Марковића (Грађански судски поступак) због „стручне и друштвене неподобности“ – у основи из истих разлога због којих су удаљена и поменута двојица ванредних професора. У међувремену је партијски притисак на колегијум Правног факултета растао, на позиције сталних доцената доведена су двојица предратних доктора наука, чланови КПЈ (Андрија Гамс и Михаило Јездић), двојица хонорарних наставника, такође чланови Партије, постали су стални предавачи (Драгомир Стојчевић и Драгослав Јанковић), а партијска организација је интензивно радила са наставницима ванпартијцима.

³⁹ ДаС, Фонд МзНиК, Г 189, кутија 15–488 (1).

У новим, заоштреним околностима, одбрана Миливоја Марковића је била много мање упорна и убедљива од подршке пружене Мирковићу и Владисављевићу. У расправи на Савету Факултета, редовни професор Јован Ђорђевић и доценти Андрија Гамс и Михаило Јездич захтевали су Марковићево уклањање са Факултета, а подржали су их предавачи Драгослав Јанковић и Драгомир Стојчевић и хонорарни наставници Радивоје Увалић, Леон Гершковић, Витомир Петровић и Никола Срзентић. Миливоје Марковић се елоквентно бранио, уз речи подршке професора Миодрага Аћимовића, Мехмеда Беговића и Милоша Радојковића. Свестан односа снага, Михаило Константиновић се определио за ћутање; није учествовао у расправи на Савету, а као члан радне групе („одбора“) коју је образовао Савет у покушају да се пронађе неко компромисно решење није успео да обезбеди превазилажење разлика у односу на почетни предлог да се Марковић стави на располагање председнику Комитета за научне установе, Универзитет и високе школе НР Србије. Отуда се релативно брзо приступило гласању о том предлогу. За уклањање Миливоја Марковића изјаснило се једанаест чланова, против предлога је био један члан, а седморица су се уздржала.⁴⁰ У архивама нема податка о томе како је који стални наставник гласао, али је разумна претпоставка да се Константиновић није налазио међу једанаесторицом који су изгласали да се Марковић удаљи са Факултета.

6. ЗАКЉУЧАК

Ако се изузму избацивања тројице доцената информбироваца (Душана Дохчевића и Обрена Благојевића 1948. и Предрага Власинића 1949. године), којима су претходила хапшења, па је до губитка радног места долазило по сили важећег права, као и професора Милана Жујовића, осуђеног на затворску казну 1958. године због непријатељске делатности против државе (такође уз *ex lege* престанак универзитетске службе), на Правном факултету нових чистки није било све до 1973. године, када је професор Константиновић већ био у пензији. Педесете и шездесете године 20. века представљале су период консолидоване власти Комунистичке партије, односно Савеза комуниста.

Међутим, припремање и реализација уклањања с Универзитета тројице наставника Правног факултета 1947. и 1948. године сведоче о намери КПЈ да *urbi et orbi* покаже да је револуција под њеним вођством

⁴⁰ АПФ, Записник са седнице Савета Правног факултета од 16. децембра 1948. године.

победила и да више нема разлога да се пред било киме скрива права природа диктатуре пролетаријата. Они малобројни интелектуалци, попут Михаила Константиновића, који су имали искуство функционисања у смутним временима, праћено „моралним законом у себи“⁴¹ и вољом да се он поштује, настојали су да, задржавајући се на Универзитету, за себе пронађу трећи пут, мимо дихотомије „члан Партије – кетман“. Имали су разумевања за неке од захтева новог времена – да ли због стварне вере да ће оно донети напредак или, вероватније, следећи део кетманског обрасца – али су покушавали да расположивим средствима – изговореним речима и утицајем који су веровали да имају – разблаже бар неке од екстремних налога власти да се с Универзитета уклоне њихове колеге. Са сигурне удаљености од седам и по деценија није тешко замерити онима који су следили тај пут што су повремено правили компромисе са савешћу. Треба, међутим, разумети да су се тада године рата, разарања, окупације и избеглиштва преливале у године које су обећавале ново друштво, у којима су стваране нове друштвене снаге, које је карактерисало бољшевичко јакобинство, и у којима су створени услови веома различити од оних у којима су се такви интелектуалци својевремено формирали. Због тога би сваки искорак из кетманства, ма колико био ограничен, требало да буде вреднован пре као гест храбрости него опортунизма. То свакако заслужује Константиновићев говор у одбрану млађих колега Владисављевића и Мирковића, са којима је службовао још на предратном Факултету. Објашњење повратка у ћутњу годину и по дана касније изгледа слојевито. Михаило Константиновић је умео да процени докле досеже његов утицај: у априлу 1947. године четрнаест сталних наставника је или активно бранило двојицу ванредних професора или се нису придруживали оркестрираним нападима на њих, у којима су остала да учествују само двојица из тога састава; у децембру 1948. године чак једанаест сталних наставника је било спремно да гласа за Марковићево уклањање. Могло би се претпоставити да је, свестан новог односа снага (и политичких притисака који су до тога довели), Константиновић решио да не разбацује свој утицај, чувајући га за неки будући изазов. Опет, његово ћутање би заслуживало барем неко разумевање ако узмемо да није било праћено *sotto voce* деловањем против колеге који је прогањан. Не постоји ниједан доказ да је Михаило Константиновић у том погледу имао било какву дилему: ако већ није могао да утиче да се прогон заустави, није му се придруживао, ни јавно, ни иза сцене. Дубљи слој објашњења могао би се потражити у његовом дотадашњем

⁴¹ Кант 1979, 174.

и каснијем веома израженом и искреном старању о добробити Школе. Њему је било најважније да сачува институцију, да јој помогне да преживи у тим тешким, мутним временима, када се дешавају ствари о којима се говорило на најтамнијим страницама Светог писма. „Дакле, битно је: шта и како овај Факултет треба у будуће да ради“ – биле су речи Константиновићевог апела колегама на крају излагања у којем је бранио Владисављевића и Мирковића, нудећи себе као пример онога чији су „греси“ једнаки њиховима. Зато би се његово ћутање у случају Миливоја Марковића можда могло разумети и у светлу таквог настојања да се избегне још већи удар на његов Правни факултет. Јер је знао шта се налази на најтамнијим страницама Библије.

А у градовима овијех народа, које ти Господ Бог твој даје у нашедство, не остави у животу ниједне душе живе. Него их затри сасвијем, Хетеје и Амореје и Хананеје и Ферезеје и Јевеје и Јевусеје, као што ти је заповједио Господ Бог твој.

Пета књига Мојсијева, 20: 16–17.

ИЗВОРИ

- [1] АПф, Записник са седнице Савета Правног факултета од 30. августа 1945. године.
- [2] АПф, Записник са седнице Савета Правног факултета од 6. априла 1946. године.
- [3] АПф, Записник са седнице Савета Правног факултета од 31. јула 1946. године.
- [4] АПф, Записник са седнице Савета Правног факултета од 23. априла 1947. године.
- [5] АПф, Записник са седнице Савета Правног факултета од 24. априла 1947. године.
- [6] АПф, Записник са седнице Савета Правног факултета од 25. октобра 1947. године.
- [7] АПф, Записник са седнице Савета Правног факултета од 16. децембра 1948. године.
- [8] АПф, Записник са седнице Савета Правног факултета од 27. априла 1951. године.
- [9] ДаС, 1631–45, Министарство просвете (Персонално одељење), V бр. 7600, од 26. јуна 1945. године.

- [10] ДаС, 1637–45, Министарство просвете (Персонално одељење), V бр. 7597, од 26. јуна 1945. године.
- [11] ДаС, Г 205, ф. XVIII, службено 45, 685–44.
- [12] ДаС, Г 205, ф. XVIII, службено 45, 686–44.
- [13] ДаС, Г 205, ф. XVIII, службено 45, 688–44.
- [14] ДаС, Фонд МзНиК, Г 189, кутија 15 – 488 (1).
- [15] ДаС, Фонд МзНиК, Г 187, кутија 16.
- [16] *Записници и извештаји универзитетског комитета КПС 1945–1948.* 1985. Приредили Момчило Митровић и Ђорђе Станковић. Београд: БИГЗ.
- [17] Карактеристика Михаила Константиновића из 1949. године. АЈ, 317–67–92.
- [18] Карактеристика Михаила Константиновића од 12. октобра 1950. године. ДаС, Фонд МзНиК, Г 187, кутија 16.
- [19] Одлука бр. 21011 од 17. септембра 1946. године.
- [20] Саопштење Војног суда Првог Корпуса НОВЈ о суђењу ратним злочинцима у Београду. *Политика*, 27. новембар 1944. године. <http://www.otvorenaknjiga.komisija1944.mpravde.gov.rs/cr/okrug/00/70246/16318.htm>.
- [21] Саопштење Комисије за обнову Универзитета од 19. маја 1945. године.
- [22] Службенички досије Михаила Константиновића. Општи упитник, Биографија, 4. децембар 1946. године.
- [23] Тројански коњ, или: Михајло Константиновић и његови пријатељи. *Обнова*, 3. септембар 1941. године (текст се налази у службеничком досијеу Михаила Константиновића).

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Грегорић, Данило. 1942. *Самоубиство Југославије*. Београд: Југо-исток.
- [2] Јанковић, Иван. 2/2016. Тома Живановић и Михаило Константиновић: допуна. *Правни записи*.
- [3] Кандић, Љубица. 2005. *Историја Правног факултета у Београду 1941–1945, књига III*. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства.

- [4] Кант, Имануел. 1979. *Критика практичног ума*. Београд: БИГЗ.
- [5] Milosz, Czeslaw. 1955. *The Captive Mind*. New York: Vintage Books.
- [6] Петрановић, Бранко. 1994. *Југославија, велике силе и балканске земље 1945–1948 (Искусство „народне демократије“ као партијске државе)*. Подгорица: Историјски институт Црне Горе.

Dejan POPOVIĆ, PhD

Professor Emeritus, University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

BETWEEN KETMAN AND DEFENSE OF THE UNIVERSITY PROFESSION: MIHAİLO KONSTANTINOVİĆ 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 Vladislavljević 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 Vladislavljević 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.

УДК 34.08:929 Константиновић М. ; 341.63:339.5(497.1)

CERIF: H 250, H 300

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK07A

Др Марко ЈОВАНОВИЋ*

**ДОПРИНОС МИХАИЛА КОНСТАНТИНОВИЋА
МОДЕРНИЗАЦИЈИ ЈУГОСЛОВЕНСКЕ ПРИВРЕДЕ –
СТВАРАЊЕ СПОЉНОТРГОВИНСКЕ АРБИТРАЖЕ**

Спољнотрговинска арбитража у Београду представља једно од великих и трајних дела која су остала иза професора Михаила Константиновића. Он је био један од главних пропонената њеног оснивања и њен први председник. У том својству, био је у прилици да усмерава рад Спољнотрговинске арбитраже тако да она што пре добије поверење привредних субјеката и изгради ауторитет и у земљи и у иностранству. Статистике потврђују да се београдска Арбитража веома брзо сврстала међу водеће светске арбитражне институције и да је постала утицајна и на националном и на међународном плану. У раду се представљају и анализирају различити начини на које је професор Константиновић анимирао рад Спољнотрговинске арбитраже и њеним успешним руковођењем започео модерно доба развоја југословенског и српског арбитражног права.

Кључне речи: *Спољнотрговинска арбитража у Београду. – Правилник Спољнотрговинске арбитраже. – Арбитражни поступак. – Историја арбитраже. – Михаило Константиновић.*

* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, marko.jovanovic@ius.bg.ac.rs.

1. УВОД

Хваљен као „кодификатор имовинског права и писац истанчаних студија са изузетним осећајем за језик и стил“ (Перовић 1996, 9 и 32) те као „један од најугледнијих и најпоштованијих професора Правног факултета који је, вођен страшћу за савршенством, успевао да пронађе оригинална решења за најсложеније проблеме“ (Лукић 1982, 5–6), Михаило Константиновић је оставио дубок траг у многим областима приватног права.

Иако је данашњим генерацијама правника вероватно најпознатији по својој *Скици за законик о облигацијама и уговорима*, професор Константиновић је за собом оставио многа дугорочно значајна дела. Једно од њих је и прва домаћа модерна институционална арбитража, чији је задатак био да организује арбитражно решавање спорова из међународних трговинских односа. Наиме, професор Константиновић је био један од главних пропонената оснивања Спољнотрговинске арбитраже при Трговинској комори Федеративне Народне Републике Југославије. Током скоро три деценије, колико је обављао дужност њеног председника (1947–1974), и то првог у историји те институције, пресудно је утицао на развој Спољнотрговинске арбитраже и изградњу њеног угледа. Чак и након повлачења са дужности председника, професор Константиновић је у Спољнотрговинској арбитражи остао као члан председништва све до смрти (Ђуровић 1982, 9), тако да је његов утицај на обликовање те институције трајао читавих тридесет пет година.

Успешност његовог руковођења јасно потврђују статистике. Већ прве године свог рада, Спољнотрговинска арбитража је имала четири предмета, што је и за данашње критеријуме веома успешно, док је на свом врхунцу, у периоду осамдесетих година XX века, имала између 73 и 141 предмета годишње (Васиљевић 1997, 4 фн. 7).¹ Како су показала упоредна истраживања која је поводом прославе педесетогодишњице оснивања спровео њен тадашњи председник професор Мирко Васиљевић, Спољнотрговинска арбитража по овом резултату није зна-

¹ Наведене статистике обухватају само класичне спорове међународног трговинског права. Осим њих, осамдесетих година XX века Спољнотрговинска арбитража је организовала вођење и по неколико стотина тзв. сајамских поступака годишње. То су били типски спорови мале вредности настали због неплаћања закупнине на сајмовима. Сајмови су морали да подносе тужбе из књиговодствених разлога, али заправо ни они нису били заинтересовани за мериторно решење, па се зато ти спорови посебно наводе у статистичким извештајима Арбитраже (Васиљевић 1997, 4 фн. 7).

чајно заостајала за много старијим и познатијим Арбитражним судом Међународне трговинске коморе у Паризу у истом временском периоду (Васиљевић 1997, 4, фн. 7, са даљим упућивањима).

Иако су се ратови деведесетих година прошлог века и економска изолација земље одразили на рад Спољнотрговинске арбитраже тако што су утицали на драстичан пад броја предмета чије је решавање организовала, та институција је ипак одолела тешкоћама и изазовима нестабилних времена.² Успела је да „преживи“ чак четири промене државног уређења, тако да и данас, као Стална арбитража при Привредној комори Србије, опстаје на све конкурентнијем „тржишту арбитражних услуга“, трудећи се да држи корак са развојем арбитражног права и праксе.

Могло би се претпоставити да би таква издржљивост и дуговечност Сталне арбитраже тешко била могућа да јој професор Константиновић није поставио здраве и чврсте темеље. Зато ћемо у овом раду настојати да прикажемо како је професор Константиновић, оснивањем Спољнотрговинске арбитраже и вишедеценијским анимирањем њеног рада, отворио нову еру у развоју арбитражног права и праксе у Југославији, односно Србији. У том циљу најпре ћемо објаснити контекст у којем је настала Спољнотрговинска арбитража, затим ћемо представити најзначајније одредбе њеног првог правилника и, коначно, анализирати главне претпоставке за успешан рад Арбитраже.

2. КОНТЕКСТ ОСНИВАЊА СПОЉНОТРГОВИНСКЕ АРБИТРАЖЕ

Упркос тешким разарањима којима је била изложена у Другом светском рату и веома сложеној унутрашњополитичкој ситуацији, ондашња Југославија се трудила да учествује у догађајима за које ће се показати да су били кључни за развој међународних привредних односа у XX веку. Један од тих догађаја је била и Монетарна и финансијска конференција Уједињених нација, познатија као Конференција у Бретон Вудсу. Ова конференција је одржана у јулу 1944. године и била је посвећена договарању о уређењу међународног економског поретка који би био успостављен по завршетку Другог светског рата.³ Као што

² Више о томе вид. у Митровић 2003, 122–123; Stanivuković 2022, 7.

³ Да је прихватио предлог др Ивана Шубашића да у јуну 1944. године постане југословенски амбасадор у Сједињеним Америчким Државама, могло је да се деси да представник Југославије на конференцији у Бретон Вудсу буде управо професор Константиновић. Овако, југословенски делегат је био Влади-

је добро познато, на конференцији су усвојени споразуми и предлози за подстицање међународне привредне сарадње, либерализацију прекограничне трговине и напуштање до рата доминантне протекционистичке парадигме.

Нагли раст светске привредне активности који се предвиђао по завршетку Другог светског рата носио је и ризик од пораста броја спорова између привредних субјеката. Свесне тог ризика, нове југословенске власти су одмах по ослобођењу земље почеле да раде на успостављању механизма који би успешно одговорили изазовима очекиване бројности и посебности тих спорова. Напори власти су ишли у два правца.

Први правац је било успостављање мреже специјализованих правосудних органа надлежних за решавање привредних спорова без елемента иностраности. Примећено је да би било „(...) *неправилно и неоправдано да се имовински спорови између државних привредних предузећа решавају пред редовним судовима према општим правним нормама грађанског права и по релативно спором и сложенном грађанско-парничном поступку*“ (Кидрич 1946, 201). Зато је Законом о решавању имовинских спорова путем арбитраже⁴ било предвиђено да се међусобни спорови тадашњих домаћих привредних друштава износе на решавање посебном систему трочланих већа образованих при окрузима, аутономним покрајинама и републикама, а које је обједињавала Главна државна арбитража, основна при Влади ФНРЈ. Државна арбитража, названа и организована по совјетском моделу (Голдштајн 1967, 55), ипак није представљала арбитражу у смислу од државе независног, алтернативног начина решавања спорова у коме странке имају широку диспозицију. Диспозиција странака у државној арбитражи била је ограничена у погледу два битна елемента поступка. Прво, један члан арбитражног већа је био именован од државног органа при коме је дата арбитража била организована. Друго, осим иначе меродавних извора права (уговора, узанси, закона и сл.), државна арбитража је спорове требало да решава у складу привредним планом и привредном политиком Владе ФНРЈ (Кидрич 1946, 201–202). Према томе, упркос формалној одвојености од система редовних државних

мир Рибар, тадашњи саветник у Амбасади у Вашингтону.

⁴ Закон о решавању имовинских спорова путем арбитраже, *Службени лист ФНРЈ* 103/46. Овај Закон је престао да важи 2. јануара 1948. године, када је ступио на снагу Закон о Државној арбитражи, *Службени лист ФНРЈ* 107/47. Тај закон је претрпео одређене измене и допуне годину дана касније (*Службени лист ФНРЈ* 50/49).

судова и околности да је имала понека својства арбитраже какву данас знамо (на пример, једноступеност поступка), државна арбитража се пре могла квалификовати као зачетак специјализованог привредног судства него као алтернативни систем решавања привредних спорова. У теорији тог доба државна арбитража се карактерише као стручно управно тело које је током година све више попримало елементе судског органа (Илић 1975, 84). Постепени ход система државне арбитраже ка класичном специјализованом привредном судству окончан је 1954. године, када је, чланом 105 тада усвојеног Закона о привредним судовима,⁵ Главна државна арбитража претворена у Врховни привредни суд а цео систем државних арбитража „претопљен“ у привредне судове одговарајућих нивоа.⁶

Други правац прилагођавања на економске прилике настале после Другог светског рата било је подстицање класичне међународне трговинске арбитраже у данашњем смислу те речи. Тај правац прилагођавања је био много значајнији за делотворно пословање југословенских привредних субјеката на иностраним тржиштима. Треба приметити да је арбитража као алтернативни механизам решавања спорова била позната и у предратној Југославији, односно Србији. У литератури се наводи податак да се из(а)брани судови у нашем праву први пут појављују 1857. године, када је кнез Александар Карађорђевић донео Указ о установљењу Трговачког одбора у Београду, у чијем се параграфу 37 предвиђа образовање Избраног суда у оквиру тог тела (Васиљевић 1997, 3 фн. 3). Професор Голдштајн бележи да се у Краљевини Југославији велики део трговинских спорова решавао пред изабраним судовима, како сталним тако и *ad hoc* (Голдштајн 1967, 55). Како даље објашњава, стални изабрани судови су се организовали при продуктним берзама у Београду, Новом Саду, Сомбору, Загребу и Љубљани, при трговачким и трговачко-индустријским коморама у Београду, Зрењанину (тадашњем Великом Бечкереку), Бања Луци, Подгорици, Сарајеву, Загребу, Осијеку, Сплиту и Скопљу, као и при удружењима трговаца и индустријалаца у Осијеку и Сушаку (Голдштајн 1967, 55).

После Другог светског рата и промене политичког и економског поретка у земљи, оснивање нове арбитражне институције која би била способна да изађе на крај са свим изазовима спољне трговине, која

⁵ Службени лист ФНРЈ 31/54.

⁶ Чланом 1 Закона о судовима из 1954. године (Службени лист ФНРЈ 30/54) било је предвиђено да у Федеративној Народној Републици Југославији суђење врше редовни, привредни и војни судови.

се у то време одвијала у врло специфичним условима, постала је нужност (Милошевић 1959, 198; Трајковић 2000, 24; Ђорђевић 2010, FTCA-1). Професор Константиновић је то добро и благовремено уочио, па је, као резултат његових залагања, Уредбом о Трговинској комори ФНРЈ,⁷ обезбеђен правни основ за формирање две арбитражне институције у оквиру Коморе: Поморске и Спољнотрговинске арбитраже. Чланом 13 став 1 те Уредбе било је предвиђено да се пред Спољнотрговинском арбитражом решавају спорови трговачке природе који настану из спољнотрговинског промета домаћих организација, установа и предузећа са иностраним организацијама, установама и предузећима. Тиме су надлежности Спољнотрговинске арбитраже усклађене са општим циљевима Трговинске коморе прописаним чланом 2 Уредбе, а то су: а) успостављање и одржавање пословних и друштвених веза са иностраним трговачким и другим привредним организацијама; б) сарадња на организовању међународних сајмова узорака у земљи и учешћу на иностраним сајмовима; в) сарадња на пропаганди спољне трговине ФНРЈ и г) вршење осталих послова који Комори буду поверени појединим законима, уредбама и правилницима. Иако је Уредба ступила на снагу даном објављивања у „Службеном листу ФНРЈ“, 20. децембра 1946. године, Спољнотрговинска арбитража је формално основана тек наредне године, када је на снагу ступио њен Правилник.⁸ Годину дана касније заокружено је стварање нормативних аката Спољнотрговинске арбитраже усвајањем посебног Правилника о поступку за мирење.⁹

Након конституисања Спољнотрговинске арбитраже при Трговинској комори ФНРЈ, почео је талас оснивања сличних институционалних арбитража и у околним државама. Тако су, примера ради, Стални арбитражни суд при Привредној комори Мађарске и Арбитражни суд при Привредној комори Чехословачке основани 1949. године, док је Међународна трговинска арбитража при Привредној комори Румуније основана 1953. године. Тиме су те државе покушале да ухвате корак са праксом која је већ била успостављена у државама северне и западне Европе, где су арбитражне институције осниване крајем XIX и почетком XX века.¹⁰ Ипак, чини се да је Спољнотрговинска арбитража била

⁷ Службени лист ФНРЈ 103/46.

⁸ Службени лист ФНРЈ 26/47.

⁹ Службени лист ФНРЈ 102/48.

¹⁰ Примера ради, Лондонски међународни арбитражни суд је основан 1892. године, Арбитражни суд Циришке привредне коморе 1911. године, Арбитражни институт при Стокхолмској привредној комори 1917. године, а Арбитраж-

нешто успешнија од осталих, тако да је за време док је на њеном челу стајао професор Константиновић успела да се уздигне у једну од двадесетак најпознатијих арбитражних институција на свету (Ђуровић 1982, 10). Такође, за разлику од многих околних држава, Југославија није била чланица Савета за узајамну економску помоћ, што је допринело слободнијем развоју београдске Арбитраже у годинама које су уследиле.

У контексту оснивања Спољнотрговинске арбитраже, занимљиво је приметити да замах који је добила међународна арбитража није обухватио и унутрашњу арбитражу. Наиме, откако је, ступањем на снагу правосудних закона 1954. године, извршена пуна јудикализација система државне арбитраже,¹¹ нестао је правни основ за арбитражно решавање привредних спорова без елемента иностраности. Тако је, чланом 7 Закона о привредним судовима, било предвиђено да се за спорове из надлежности привредних судова не могу оснивати ни уговарати изабрани судови, осим ако законом није другачије одређено. Чланом 3 став 2 истог закона могућност оснивања и уговарања арбитража дозвољена је за спорове у којима је једна од страна инострано физичко или правно лице, али не и за спорове између домаћих субјеката.¹² Као вероватне разлоге недопуштености унутрашње арбитраже професор Познић наводи тадашње мањкавости арбитраже као начина решавања спорова (околност да су се у то време арбитри чешће понашали као заступници странака које их именују него као непристрасни одлучиоци) и опасност злоупотребе (наметање арбитраже од економски јаче стране слабијој) (Познић 1954, 306–307).

ни суд Међународне трговинске коморе у Паризу 1922. године. Детаљније о развоју међународне трговинске арбитраже у XX веку вид. у Born 2022, 7–65, а о развоју водећих европских арбитражних институција у Трајковић 2000, 72–92.

¹¹ Чланом 1 став 1 Закона о судовима (*Службени лист ФНРЈ* 30/54) било је прописано да у ФНРЈ суђење врше редовни, привредни и војни судови. Чланом 105 Закона о привредним судовима (*Службени лист ФНРЈ* 31/54) било је предвиђено да даном ступања на снагу тог Закона окружне државне арбитраже постају окружни привредни судови, републичке државне арбитраже постају виши привредни судови, Главна државна арбитража постаје Врховни привредни суд, а Савезна државна арбитража престаје са радом. Штавише, том одредбом је било предвиђено и да ће све нерешене предмете државних арбитража завршити и решити привредни судови одговарајућег ранга.

¹² Унутрашња арбитража се вратила у наш правни систем тек 1965. године, ступањем на снагу Основног закона о предузећима, чијим је чланом 206 домаћим странкама допуштена могућност да уговоре надлежност изабраног суда за своје међусобне спорове (вид. Голдштајн 1967, 56).

Остављајући по страни детаљније разматрање да ли су разлози које наводи професор Познић заиста пресудно утицали на законодавца да изопшти унутрашњу арбитражу из домаћег правног система, они несумњиво говоре о великој подозривости тадашње стручне јавности према арбитражи као алтернативном начину решавања трговинских спорова. У таквим околностима ангажман професора Константиновића у Спољнотрговинској арбитражи добија још већи значај и заслужује веће поштовање јер је у друштвеним приликама које нимало нису биле наклоњене арбитражи он успео да изгради углед и ауторитет институције чијим радом је руководио. У прилог његовој умешности и вештини може да говори и податак да је друга коморска арбитражна институција, Поморска арбитража при Трговинској комори ФНРЈ, била изузетно кратког века – распуштена је већ после шест година од оснивања, када је њен правилник стављен ван снаге чланом 112 Закона о привредним судовима из 1954. године.¹³ Насупрот њој, Спољнотрговинска арбитража је савладала (и) те изазове, тако да није имала било какав прекид у свом раду од оснивања до данашњих дана.

3. ОПШТИ ПОГЛЕД НА ПРВИ ПРАВИЛНИК СПОЉНОТРГОВИНСКЕ АРБИТРАЖЕ

Први Правилник Спољнотрговинске арбитраже био је, за данашње стандарде, релативно кратак акт. Имао је укупно 31 члан, исто колико и Правилник о Поморској арбитражи при Трговинској комори ФНРЈ, који је донет истом приликом и објављен у истом службеном гласилу.¹⁴ Не чуди зато то што су и садржаји та два акта били готово идентични.¹⁵

¹³ Изменама Правилника Спољнотрговинске арбитраже из 1958. године, тој институцији је дата могућност да организује арбитражно решавање поморских спорова домаћих привредних предузећа, установа или организација са иностраним физичким или правним лицима. Вид. чл. 1 ст. 1 т. 2 Правилника о Спољнотрговинској арбитражи при Савезној спољнотрговинској комори, *Службени лист ФНРЈ* 28/58.

¹⁴ *Службени лист ФНРЈ* 26/47.

¹⁵ Осим техничких разлика које су биле условљене различитим предметима спорова чију арбитражу организују две институције, једина значајнија разлика је била у томе што је седиште Спољнотрговинске арбитраже било у Београду, а Поморске арбитраже на Сушаку.

Правни основ за доношење Правилника Спољнотрговинске арбитраже био је члан 21 Уредбе о Трговинској комори ФНРЈ, којим је било прописано да ће ближе одредбе о устројству и поступку те Арбитраже бити уређене посебним правилником који ће донети министар спољне трговине ФНРЈ у сарадњи са министром правосуђа. Ступањем на снагу Правилника,¹⁶ именовањем дужносника (председника, потпредседника, секретара, заменика секретара, службеника секретаријата) и утврђивањем листе арбитра завршено је конституисање Спољнотрговинске арбитраже, тако да је она могла да почне са радом већ половином 1947. године.

Премда одредбе Правилника из 1947. године нису систематизоване у уже целине, чини се да је њих ипак могуће начелно груписати на начин на који би данашња номотехничка пракса то учинила. Тако би се дошло до седам група норми. Међутим, треба приметити да та подела не би требало да буде исувише оштра јер се повремено уочава да су поједине норме из различитих разлога „залутале“ међу одредбе које већим делом уређују неко друго питање.

Прву групу би чинили чланови 1–6 и то су основне одредбе о устројству Спољнотрговинске арбитраже. Њима су дефинисани појам Спољнотрговинске арбитраже, њена организациона структура и седиште. Прописано је да Спољнотрговинска арбитража има председника и потпредседника, који се бирају на годину дана међу лицима „упућеним у питања спољнотрговинског пословања“,¹⁷ као и секретаријат, чији су чланови (секретар, заменик секретара и службеници секретаријата) запослени у Комори.¹⁸ У тој групи одредаба су и оне којима се дефинишу надлежности, односно дужности сваког од ових лица.¹⁹

Другу групу одредаба чине норме којима се уређује надлежност Арбитраже. Оне су постављене врло широко, па је њима тако предвиђена могућност поступања Спољнотрговинске арбитраже у међународним

¹⁶ Према одредби члана 31, Правилник ступа на снагу 30 дана од дана објављивања у „Службеном листу“. Будући да је објављен 28. марта 1947, Правилник је ступио на снагу 28. априла 1947. године.

¹⁷ Члан 2 став 1 Правилника.

¹⁸ Члан 5 Правилника.

¹⁹ Члан 4 Правилника прописује дужности председника и потпредседника, док члан 6 уређује дужности секретара Арбитраже.

трговинским споровима, који обухватају спорове у вези са превозом робе, осигурањем и посредовањем.²⁰ У ту групу се могу сврстати и одредбе које предвиђају поступак оспоравања надлежности Арбитраже.²¹

Наредну групу одредаба чине правила о саставу арбитражног суда. Те норме нису концентрисане у једном делу Правилника већ се протежу кроз целу прву половину његовог текста. Обухват им је нешто ужи него што би се то данас очекивало, јер Правилник није предвиђао могућност да лице именовано за арбитра одбије да се прихвати дужности нити је остављао право странама у спору да изнесу приговор на именовање које учини супротна страна, арбитрари (у случају именовања председника већа) или председник Спољнотрговинске арбитраже (у случају да нека од страна пропусти да именује арбитра или два арбитра која именују стране не могу да се благовремено споразумеју о избору председника већа). Нема података да је изостанак тих одредаба икада направио неки запажен проблем у пракси, иако је реч о празнини која би у данашње време могла да направи велике тешкоће па чак и потпуно онемогући уредно одвијање арбитражног поступка. Чини се да постоје најмање два могућа објашњења зашто до проблема ипак није долазило.

Једно објашњење би било то да је председник Спољнотрговинске арбитраже својом вештином избегавао потешкоће тако што би обављао прелиминарне разговоре са потенцијалним арбитрама о њиховој временској расположивости, односно о разлозима евентуалне немогућности да поступају у конкретном спору. Нема научно релевантних података или бележака да су се такви разговори заиста и дешавали, али би, с обзиром на уобичајену динамику рада мањих арбитражних институција, било разумно претпоставити да је до њих долазило.

Друго објашњење би могло да се тражи у околности да се Спољнотрговинска арбитража на почетку свог рада строго држала тзв. система листа, који је подразумевао да се за арбитра могло именовати само оно лице чије се име налази на листи коју саставља арбитражна институција. Тиме се омогућавало институцији да направи својеврсну тријажу потенцијалних арбитра, чиме би се умањила вероватноћа да неко лице није у могућности да се прихвати дужности из предвидљивих разлога временске спречености, зависности од странака или њихових

²⁰ Члан 1 став 1 Правилника.

²¹ Члан 7 ставови 2 и 3 Правилника.

заступника, или пристрасности.²² Штавише, будући да се листа, сходно члану 2 став 2 Правилника, састављала на годину дана, очекивање „реизбора“, тј. задржавања на листи дуже од једног мандатног циклуса, вероватно је мотивисало потенцијалне арбитре да свом именовању дају предност над осталим обавезама и да дужност арбитра обављају у складу са Правилником.

Насупрот правилима о саставу арбитражног суда, одредбе којима се уређује арбитражни поступак су прилично бројне и релативно детаљне. Уређена су питања поступка подношења и обавезног садржаја тужбе (чланови 8 и 9 Правилника) и одговора на тужбу (чланови 11 и 12 Правилника), поступак предлагања и позивања сведока (члан 9 став 2 Правилника), поступак предлагања других доказних средстава и извођења доказа (члан 20 Правилника), заказивање и одржавање усмене расправе (чланови 17, 19 и 22 Правилника), заступање страна у спору (члан 18 Правилника) као и поступак за одређивање мера за обезбеђење предмета спора (члан 21 Правилника).

На правила о арбитражном поступку надовезују се правила о арбитражној одлуци. Њима се доста минуциозно дефинишу начин доношења арбитражне одлуке, њен садржај и дејства.²³ Предвиђена је могућност да члан арбитражног већа који се није сложио са одлуком приложи своје мишљење у засебном акту,²⁴ као и да арбитражно веће, односно арбитар појединац исправи накнадно уочене техничке и рачунске грешке у одлуци.²⁵ Правилник дозвољава и могућност закључења поравнања које ће бити дато на записник или служити као основ за доношење арбитражне одлуке на основу таквог поравнања.²⁶

²² Иако се питања независности и непристрасности арбитра постављају у конкретним случајевима и у односу на конкретна лица, малобројност југословенске „арбитражне заједнице“ четрдесетих и педесетих година XX века омогућавала је да ипак постоји одређена, иако не потпуна, предвидљивост тих критеријума.

²³ Доношењу и дејствима арбитражне одлуке посвећена су чак четири члана Правилника. Вид. чл. 23, 25, 26 и 29 Правилника.

²⁴ Члан 24 Правилника.

²⁵ Члан 25 став 2 Правилника.

²⁶ Члан 27 Правилника.

Прилично детаљно је уређено и питање трошкова. Док је прописивање саме тарифе стављено у надлежност Савета Трговинске коморе²⁷ па се, сходно томе, тарифа објављивала у посебном акту, Правилником се налаже тужиоцу да предујми трошкове поступка,²⁸ прописују се стопе повраћаја тог износа у случају одустанка од спора зависно од тренутка у ком до одустанка дође²⁹ и постављају општа правила о коначној расподели трошкова поступка³⁰.

Коначно, последњу групу норми чине прелазне и завршне одредбе. У тој групи се налази само једна норма, којом је било предвиђено да Правилник ступа на снагу 30 дана по објављивању у „Службеном листу ФНРЈ“.³¹ Занимљиво је приметити да у ову групу одредаба није укључена норма о надлежности за доношење измена и допуна Правилника. У одсуству такве посебне норме, могло се закључити да би се на евентуалне измене и допуне имало применити исто правило које се применило на доношење прве верзије Правилника – члан 21 Уредбе о Трговинској комори ФНРЈ. Међутим, у пракси до овакве дилеме никада није дошло. Због потребе усклађивања са друштвено-економским променама које је донео Уставни закон о основама друштвеног и политичког уређења ФНРЈ из 1953. године, крајем 1957. године усвојен је Закон о удруживању у привреди.³² Овим Законом је, између осталог, реформисан југословенски коморски систем и уместо Трговинске коморе ФНРЈ успостављена је Савезна спољнотрговинска комора.³³ У оквиру ње се оснива Спољнотрговинска арбитража,³⁴ чији правилник доноси управни одбор Савезне спољнотрговинске коморе, а одобрава Комитет за спољну трговину у споразуму са Секретаријатом за правосудне послове Савезног извршног већа.³⁵

Први Правилник Спољнотрговинске арбитраже се у свом изворном облику примењивао целу деценију, све до 1958. године када је, у складу са описаним поступком предвиђеним Законом о удруживању у при-

²⁷ Иако је прописивање тарифе трошкова било у надлежности Савета трговинске коморе, ту одлуку је морао да одобри министар спољне трговине ФНРЈ у сагласности са министром финансија (вид. члан 30 Правилника).

²⁸ Члан 10 став 1 Правилника.

²⁹ Члан 10 став 2 Правилника.

³⁰ Члан 26 Правилника.

³¹ Члан 31 Правилника.

³² *Службени лист ФНРЈ* 1/58.

³³ Вид. чл. 24 и чл. 26 ст. 1 т. 1 Закона о удруживању у привреди.

³⁴ Члан 136 Закона о удруживању у привреди.

³⁵ Члан 137 Закона о удруживању у привреди.

вреди, усвојен нови Правилник о Спољнотрговинској арбитражи при Савезној привредној комори.³⁶ Његовим ступањем на снагу престали су да важе и Правилник о Спољнотрговинској арбитражи при Трговинској комори ФНРЈ из 1947. године и Правилник о поступку за мирење пред Спољнотрговинском арбитражом при Трговинској комори ФНРЈ из 1948. године.³⁷ Правилник из 1958. године детаљније и номотехнички савршеније нормира арбитражни поступак и поступак мирења пред Спољнотрговинском арбитражом, попуњава одређене правне празнине које су биле примећене у претходној пракси, али измене које он доноси нису значајно утицале на основни садржај, суштину и дух Правилника из 1947. године (Ђорђевић 2010, FTCA-1).

4. ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА УСПЕШАН РАД АРБИТРАЖЕ

Спољнотрговинска арбитража при Трговинској комори Југославије имала је, осим мисије организовања поступка решавања спорова која је уобичајена за сваку арбитражну институцију, и пионирски задатак да изгради културу арбитражног решавања спорова у држави у којој није постојала системски устаљена навика алтернативног решавања трговинских спорова. Штавише, Југославија у доба настанка и током првих година рада Спољнотрговинске арбитраже није била везана ни међународним уговорима који су у Европи почели да се закључују у тој материји неколико деценија пре Другог светског рата. Женевски протокол о арбитражним клаузулама и Женевска конвенција о извршењу страних арбитражних одлука из 1927. године ратификовани су тек 1959,³⁸ а са закључивањем билатералних међународних уговора у овој

³⁶ *Службени лист ФНРЈ* 28/58, са исправком, *Службени лист ФНРЈ* 33/58.

³⁷ Члан 51 став 1 Правилника из 1958. године.

³⁸ Закони о ратификацији оба ова инструмента објављени су у *Службеном листу ФНРЈ – Међународни уговори* 4/59. Међународни уговори у области арбитражног права који су касније закључивани брже су ратификовани: Њујоршка конвенција о признању страних арбитражних одлука из 1958. године ратификована је 1963. (*Службени лист СФРЈ – МУ* 12/63), Европска конвенција о међународној трговинској арбитражи из 1961. године ратификована је такође 1963. (*Службени лист СФРЈ – МУ* 12/63), док је Вашингтонска конвенција о решавању инвестиционих спорова између држава и држављана других држава из 1965. године ратификована 1967. (*Службени лист СФРЈ – МУ* 7/67). Ипак, треба имати у виду да су ова три инструмента закључена деценију и више након оснивања Спољнотрговинске арбитраже.

области се приметније почело тек педесетих година.³⁹ Као што смо већ поменули, чини се да ни општа клима у југословенском друштву педесетих година XX века није била нарочито наклоњена арбитражи (вид. у том смислу Познић 1954, 306–307; Голдштајн 1967, 55–56). У таквим условима, Спољнотрговинска арбитража је морала да изгради свој ре-номе и ауторитет ослањајући се превасходно на два фактора: квалитет Правилника и умешност свог председника.

4.1. Квалитет Правилника из 1947. године

Правилник Спољнотрговинске арбитраже из 1947. године имао је најмање два главна квалитета: препознавао је неке од основних принципа арбитраже (који су уједно и јемство успешности овог начина решавања спорова) и рационално је користио узоре из упоредног права.

4.1.1. Прихваћеност основних принципа арбитраже

Што се тиче прихватања основних принципа арбитраже као алтернативног начина решавања спорова, Правилник је недвосмислено устројио Спољнотрговинску арбитражу као тело које је у свом раду независно.⁴⁰ Такође, на избор главних дужносника Спољнотрговинске арбитраже (председника, потпредседника и лица која могу обављати дужност арбитра) држава није могла директно да утиче. Та лица је, сходно члану 2 став 1 Правилника, сваке године бирао Савет Трговинске коморе. Савет је, иначе, био руководећи орган коморе који је чинило 30 чланова из реда редовних чланова Коморе и које је, са трогодишњим мандатом, бирала Скупштина Коморе.⁴¹ Независност Арбитраже, у смислу њене одвојености од државе, потврђује се и околношћу да арбитража није била предвиђена као облик вршења правосудне функције Уставом ФНРЈ из 1946. године.⁴² Иако би класификовање арбитраже међу облике вршења правосудне функције у првом реду представљало

³⁹ Преглед ових међународних уговора вид. у Јакшић 1999, 30 фн. 22.

⁴⁰ Вид. чл. 3 ст. 1 Правилника.

⁴¹ Члан 5 Уредбе о Трговинској комори ФНРЈ.

⁴² Вид. чл. 115 став 1 Устава Федеративне Народне Републике Југославије из 1946. године, који у органе правосуђа у ФНРЈ убраја Врховни суд ФНРЈ, врховне судове република и аутономних покрајина, окружне и среске судове.

одраз схватања да је њена правна природа у одређеном правном систему превасходно процесна (Јакшић 2003, 44–45) а не нужно и доказ њене зависности од државе, изопштеност међународне трговинске арбитраже из Уставом утврђене правосудне пирамиде ФНРЈ представља сасвим јасну потврду њене функционалне самосталности а тиме и немогућности државних органа да непосредно утичу на доношење арбитражних одлука. Независност Спољнотрговинске арбитраже, чак и у том првом периоду њеног развоја, констатована је и похваљена у правној књижевности (Митровић 1961, 256; Ђорђевић 2010, FTCA-2-FTCA-3).

Осим независности, Правилник је уважавао и кључну претпоставку ефикасности арбитраже – једноступеност поступка. Тако је чланом 25 Правилника било изричито предвиђено да арбитражна одлука има снагу правноснажне пресуде редовних домаћих судова и да против ње није дозвољена жалба. Будући да оновремено југословенско право још увек није познавало посебне механизме судске контроле арбитражних одлука, а ту посебно мислимо на институт поништаја домаће арбитражне одлуке,⁴³ могло би се претпоставити да су арбитражне одлуке у то време могле да се нападају само ванредним правним лековима, на исти начин и под истим условима као што би то био случај са правноснажним и коначним одлукама редовних судова.

Да би Спољнотрговинска арбитража стекла поверење привредних субјеката, недостатак могућности судске контроле арбитражних одлука морао је да буде компензован на плану стручности, односно специјализованости арбитра. У својој првој верзији, Правилник Спољнотрговинске арбитраже је доследно примењивао систем листе.⁴⁴ Овај приступ је некада био доминантан у арбитражи, а данас га примењује тек понека арбитражна институција (на пример, Арбитражни суд за спорт у Лозани).⁴⁵ Систем листе у Правилнику Спољнотрговинске арбитраже из 1947. године подразумевао је да за арбитре могу бити именована само лица чија се имена појављују

⁴³ Тужба за поништај арбитражне одлуке као посебно правно средство ће бити уведена тек деценију касније, члановима 450–452 Закона о парничном поступку из 1956. године (*Службени лист ФНРЈ* 4/57).

⁴⁴ Систем листе је остао прихваћен и у накнадним верзијама Правилника, а почеће полако да се ублажава (захтевом да само председник арбитражног већа, односно арбитар-појединац, мора да буде лице са листе) па затим и потпуно напушта тек у XXI веку.

⁴⁵ Вид. одредбу R33 Процесних правила Арбитражног суда за спорт у Лозани.

на листи коју сваке године саставља Савет Трговинске коморе.⁴⁶ При састављању листе, Савет је чланом 2 став 2 Правилника био упућен да води рачуна о томе да на листи буду заступљена лица која имају стручност у најважнијим гранама спољне трговине, укључујући транспортну, осигуравајућу и посредничку делатност. Овај услов је омогућавао да стране у спору за арбитре могу да изаберу лица чије стручне биографије уливају највеће поверење (Mitrović 1964, 150), што сведочи о стратешком опредељењу професора Константиновића да ауторитет Спољнотрговинске арбитраже гради квалитетом рада а не планским наметањем њене надлежности или неким другим путем.

Први Правилник Спољнотрговинске арбитраже је, у погледу избора арбитра, имао још једно ограничење. Члан 2 став 3 Правилника предвиђао је да арбитри пред Спољнотрговинском арбитражом могу бити само југословенски држављани. Ова одредба, са данашње тачке гледишта, делује као потпуно неспојива са диспозитивном природом арбитраже, али би се њено постојање у Правилнику из 1947. године могло објаснити потребом јачања поверења у тај још увек недовољно прихваћен и распрострањен начин решавања привредних спорова. Рекло би се да је тај задатак релативно брзо испуњен јер је већ на једном скупу о спољнотрговинској арбитражи одржаном крајем марта 1963. године изражен став да би на листу арбитра трабало укључити и стране држављане (Mitrović 1964, 150), тим пре што у Правилнику из 1958. године није задржано формално ограничење за арбитре у погледу држављанства. У научним изворима се бележи да се са праксом укључивања страних држављана на листу арбитра почело 1967. године (Đorđević 2010, FTCA-4).

Принцип ефикасности поступка био је доследно спроведен у Правилнику из 1947. године. Правилником су били предвиђени прилично кратки рокови за извођење појединих радњи у поступку. Секретаријат је био дужан да тужбу достави туженом на одговор одмах пошто је прими, док је рок за достављање одговора на тужбу износио 10 дана од дана њеног пријема у случају да се тужени налази на територији ФНРЈ, односно 30 дана у случају да се тужени налази у иностранству.⁴⁷ Десетодневни рок за достављање одговора на тужбу би се и са данашње тачке гледишта сматрао веома кратким, док је рок од 30 дана прописан и тренутно важећом верзијом Правилника.⁴⁸ Кратки рокови су били

⁴⁶ Вид. чл. 8 ст. 2, чл. 11 и чл. 15 Правилника.

⁴⁷ Вид. чл. 11 ст. 1 Правилника.

⁴⁸ Вид. чл. 27 ст. 1 Правилника о Сталној арбитражи при Привредној комори Србије из 2016. године.

предвиђени и за конституисање арбитражног већа. Секретаријат је био дужан да у року од пет дана од дана пријема одговора на тужбу обавести арбитре које су именовале странке у њиховом именовању,⁴⁹ док су тако именовани арбитри имали рок од осам дана од дана пријема обавештења о сопственом именовању да се договоре о именовању трећег арбитра – председника већа.⁵⁰ Рок у коме је председник Арбитраже морао да именује арбитра у случају да нека од странака пропусти да то благовремено учини, или да два арбитра именована од странака не могу да се договоре о именовању трећег, није био изричито одређен, али се системским тумачењем Правилника може наслутити да је председник Арбитраже био дужан да у том погледу делује без одлагања. У прилог таквом закључку иду и одредбе према којима је Секретаријат морао да „одмах“ обавести арбитра кога одређује председник Арбитраже о његовом именовању.⁵¹ За разлику од данашњих арбитражних правилника, који у одређеним околностима дозвољавају могућност доношења коначне одлуке без одржавања усмене расправе, Правилник из 1947. године је предвиђао обавезно одржавање усмене расправе, али није постављао чак ни инструктивни рок за њено одржавање. Ипак, имајући у виду околност да се сваке године састављала нова листа арбитра, било би разумно очекивати да су арбитри били мотивисани да не одуговлаче у поступању, како би својом експедитивношћу отворили пут за „реизбор“, тј. останак на листи. За разлику од заказивања расправе које, како видимо, није било омеђено роком, члан 23 став 3 Правилника је налагао да се одлука мора донети у року од 15 дана од дана закључивања усмене расправе. Према томе, када се узму у обзир сви појединачни рокови које је Правилник прописивао, може се закључити да је поступак пред Спољнотрговинском арбитражом могао да буде окончан у свеукупно веома кратком року чак и за данашње стандарде, што значи да је принцип ефикасности био доследно спроведен.

4.1.2. Однос према страним узорима

Осим прихватања и потврђивања основних принципа арбитраже као алтернативног начина решавања спорова, главне одредбе Правилника из 1947. године формулисане су по угледу на тада водеће тенденције у упоредном праву. Међутим, као што је то чинио и у другим кодификаторским подухватима у којима је учествовао, професор Константиновић

⁴⁹ Члан 13 Правилника.

⁵⁰ Члан 15 Правилника.

⁵¹ Вид. чл. 14, 15 и 16 Правилника.

се и овде придржавао свог става да се угледање на страно право не сме ограничавати на пуко преписивање правила, већ на њихово уподобљавање општем окружењу у коме се имају примењивати (вид. у том смислу Константиновић 1982, 361–362).⁵²

Врло јасан пример оваквог приступа пружа начин на који је усвојен принцип легалитета у одлучивању. Прихватање овог принципа је значило да арбитража има дужност да одлуку донесе на основу правних правила, законских или аутономних, а не арбитрерно или са ослонцем на неке ванправне смернице, попут привредних планова или интереса државне економске политике, као што је то у одређеним периодима и пред одређеним форумима знао да буде случај (Голдштајн 1967, 55–56). У том циљу је члан 3 став 1 Правилника изричито наводио да арбитража своје одлуке доноси на основу закона, уговора и трговачких обичаја. За разлику од тада важећег Правилника Арбитражног суда Међународне трговинске коморе,⁵³ Правилник Спољнотрговинске арбитраже из 1947. године чак није предвиђао могућност доношења одлуке на основу правичности.⁵⁴ Та ситна али значајна разлика би се могла објаснити на неколико начина. Најлакше тумачење би свакако било то да је једноставно дошло до превида приликом формулисања члана 3 Правилника. Међутим, тешко би било замислити да је искусан цивилиста и педантан кодификатор, какав је био професор Константиновић, напосто превидео једну важну специфичност међународне трговинске арбитраже. Зато би се вероватнијим објашњењем чинило то да је могућност одлучивања по правичности изостављена због исувише велике непредвидљивости исхода спора у таквом случају,⁵⁵ што не би било пожељно за једну арбитражну институцију која тек треба да се афирмише и задобије поверење пословне заједнице.

Насупрот томе, неки други узорци су били прихватани са мање одступања. Такав пример се види у погледу начина уређења расправног начела. Иако је арбитражи иманентна широка диспозиција странака, расправно начело ипак трпи одређена ограничења, барем у прави-

⁵² Исти став професор Константиновић је исказао и у тачкама 3–7 Претходних напомена уз *Скицу за законик о облигацијама и уговорима*.

⁵³ Вид. чл. 16 ст. 3 Правилника Арбитражног суда Међународне трговинске коморе из 1927. године.

⁵⁴ Та могућност је предвиђена тек наредном верзијом Правилника Спољнотрговинске арбитраже. Вид. чл. 39 ст. 4 Правилника из 1958. године.

⁵⁵ Више о непредвидљивости исхода код одлучивања на основу правичности вид. у Јовановић 2021, 386–389.

ма континенталне традиције.⁵⁶ Тако је чланом 20 став 1 Правилника било предвиђено овлашћење арбитра да сами затраже доказе како би утврдили основаност тврдњи страна у спору. Ово решење суштински одговара ономе што је, нешто другачијим речима, предвиђено и у члану 16 став 1 Правилника Арбитражног суда Међународне трговинске коморе из 1927. године. Сврха тако ограничено постављеног расправног начела је у томе да се арбитражи омогући да испуни дужност утврђивања истине и да у том задатку не буде спутана диспозицијом странака. У континенталном правном кругу расправно начело је и данас углавном тако постављено (Кнежевић, Павић 2009, 111).

Дакле, Правилником из 1947. године почео је да се крчи пут ка рецепцији модерног арбитражног права у Југославију. Неки од тих првих корака су по природи ствари морали да буду ситнији и опрезнији, али се зато корист таквог приступа видеља врло брзо. Захваљујући томе је већ наредна верзија Правилника у великом делу добила структурне и садржинске обресе онога што ће и данас бити правни оквир арбитраже пред Привредном комором Србије.

4.2. Умешност председника Спољнотрговинске арбитраже

Као председник Спољнотрговинске арбитраже, професор Михаило Константиновић је био у прилици да значајно усмерава рад ове институције, како директно тако и индиректно. Директна овлашћења су проистицала из Правилника, док се индиректна моћ утицаја заснивала на његовом неспорном стручном угледу и великом личном ауторитету. Обе ове моћи професор Константиновић је морао врло вешто да користи и комбинује како би успешно одговорио на изазов организационог и статусног утемељивања београдске Арбитраже, која је имала амбицију да буде прихваћена пре свега од југословенских, а затим и од иностраних привредника.

Формална надлежност председника Спољнотрговинске арбитраже у погледу усмеравања рада ове институције састојала се у његовој дужности да се стара о тачној примени Правилника.⁵⁷ На том плану про-

⁵⁶ О расправном начелу у арбитражи, са посебним освртом на разлику континенталне и англосаксонске традиције вид. у Кнежевић, Павић 2009, 111. Више о различитим начинима извођења доказа у упоредној међународној трговинској арбитражи вид. у Lew, Mistelis, Kröll 2003, 555–559.

⁵⁷ Вид. чл. 4 ст. 1 Правилника.

фесор Константиновић се доследно бринуо о томе да темељни принципи арбитражног одлучивања буду строго примењивани у пракси арбитражних већа Спољнотрговинске арбитраже. Посебно место међу тим принципима заузимају независност и непристрасност. Остале су забележене његове речи да „[а]рбитража не треба да се граби за надлежност, већ да се спор или неспоразум реши. А када настане спор не постоји више наше и стране предузеће, већ само тужилац и туженик“ (наведено према: Ђуровић 1982, 10). Управо захваљујући оваквом приступу свог председника, Спољнотрговинска арбитража је брзо стекла углед и поверење не само у земљи већ и у иностранству. Тако, професор Добросав Митровић наводи: „Иако институционална арбитража затвореног типа, јер прихвата само решавање спорова у којима је једна од странака југословенско предузеће, ова арбитража је својим непристрасним суђењем и објективношћу постала запажена и стекла углед у свету. Потврда овога је да страни пословни партнери наших предузећа све чешће пристају да за случај спора уговоре надлежност наше арбитраже и радо јој се подржавају“ (Митровић 1961, 256). Статистике које смо навели у уводном делу овог рада потврђују тачност ове оцене.

Треба уочити да се углед Спољнотрговинске арбитраже није градио само унутар граница Југославије. Само петнаестак година након оснивања ове арбитражне институције, њену надлежност су почела да уговарају и страна привредна друштва. У литератури је нарочито забележен предмет са почетка шездесетих година XX века у коме се као спорно поставило питање да ли компанија из Италије и компанија из Бугарске могу да уговоре надлежност Спољнотрговинске арбитраже у Београду за решавање њиховог уговорног спора.⁵⁸ Питање је изазвало дилему зато што је тада важећи Правилник, баш као и први Правилник из 1947. године, предвиђао да се надлежност Спољнотрговинске арбитраже може уговорити за спорове између домаћих привредних субјеката и страних физичких или правних лица.⁵⁹ Из ове одредбе је несумњиво произлазило да се, према правилима Спољнотрговинске арбитраже, не могу решавати трговински спорови два домаћа привредна субјекта, али се сматрало да у погледу дозвољености поступања у спору између два страна субјекта постоји правна празнина. Арбитражно веће је приступило циљном и системском тумачењу Правилника и закључило да је смисао изричитог навођења да се пред Арбитражу могу изнети спорови из спољнотрговинских односа домаћих и стра-

⁵⁸ Вид. Одлуку Спољнотрговинске арбитраже од 11. јуна 1963. године.

⁵⁹ Упор. чл. 1 ст. 1 Правилника из 1947. и чл. 1 ст. 1 т. 1 Правилника из 1958. године.

них субјеката у томе да се спречи могућност арбитражног решавања унутрашњих спорова. Сходно томе, циљ и сврха Правилника неће бити изиграни ако арбитражно веће прихвати надлежност у спору између два страна субјекта који су београдску арбитражу бирали као неутрални форум (вид. у том смислу Mitrović 1964, 150–151).

Из ове временске тачке и у недостатку примарних извора не можемо да оценимо колики је био лични утицај професора Константиновића на такво резонување надлежног арбитражног већа. Нема података о томе да ли су, пре него што је овај предмет поднет Арбитражи, икада вођени начелни разговори међу арбитрама о потенцијалном поступању уколико би се слична ситуација десила нити да ли су се чланови поступајућег арбитражног већа неформално консултовали са професором Константиновићем. Али, са сигурношћу се може оценити да се пракса прихватања надлежности у споровима између два страна субјекта не би наставила да је професор Константиновић, вршећи своју дужност надзора над ваљаном применом одредаба Правилника, сматрао да је таква одлука у супротности са словом и духом Правилника. Истини за вољу, било би врло тешко замислити да човек толико отвореног ума и духа, као што је био професор Константиновић, усмерава рад Спољнотрговинске арбитраже тако да је сведе на пароксијално парасудско тело. Зато је сасвим разумљива била тежња да се Спољнотрговинска арбитража позиционира и на међународном плану, што се, како арбитражна одлука из 1963. године потврђује, остварило завидно брзо.

Утицај професора Константиновића на успешан развој Спољнотрговинске арбитраже се није исцрпео само у његовом узорном и смисленом обављању дужности надзора над радом ове институције и усмеравању њеног деловања како би на најбољи начин испунила своју примарну мисију – организовање арбитражног решавања спорова из међународних трговинских односа. Професор Константиновић је био свестан да сваки правозаштитни поступак, био он судски или арбитражни, изискује време и новац, као и да се често врло негативно одражава на међусобне односе странака, па је изузетно велику пажњу посвећивао спречавању настанка спорова. С тим на уму, он је значајан део активности Спољнотрговинске арбитраже усмеравао ка превентивном делању.⁶⁰ То је чинио тако што се старао да Спољнотрговинска арбитража даје савете и мишљења домаћим привредним субјектима

⁶⁰ Занимљиво је приметити да је изналажење што делотворнијих начина превенције спорова и данас један од важних задатака међународне трговинске и инвестиционе арбитраже.

како би им помогла да међународне пословне неспоразуме реше уз што мање последица, да у што ранијој фази избегну спорове са својим партнерима и да не дођу у ситуацију да морају да воде поступке пред страним судовима, арбитражама или другим телима. Како наводи професор Ђуровић, „(...) *ретко прође дан а да се две-три организације удруженог рада не обрате Спољнотрговинској арбитражи у вези са одређеним сложеним питањима из области спољнотрговинског пословања и могућим правним решењима настале ситуације*“ (Ђуровић 1982, 10). Премда давање правних савета не спада у круг редовних делатности једне арбитражне институције, одлука професора Константиновића да Спољнотрговинска арбитража пружа саветодавну подршку домаћим привредницима несумњиво је допринела јачању поверења у стручност београдске Арбитраже, па је тако била и у функцији обављања њене примарне мисије.

Имајући све ово на уму, сасвим је очекивано то што су Спољнотрговинска арбитража и професор Константиновић као њен председник уживали велико поштовање не само на унутрашњем већ и на међународном плану. Арбитража је била представљена на свим водећим међународним стручним скуповима, а излагања професора Константиновића су била високо стручно оцењивана од учесника из различитих политичких и економских поднебља (Ђуровић 1982, 10). Као што је стручним саветима помагала домаћим привредницима, Арбитража је помагала и у оснивању арбитражних институција у региону. Остало је забележено да су Спољнотрговинска арбитража и професор Константиновић дали велики допринос оснивању институционалне арбитраже у Грчкој седамдесетих година XX века тако што су, између осталог, грчким колегама омогућили увид у релевантне нормативне акте и арбитражну праксу, пренели сопствена искуства и дали бројне практичне савете (Ђуровић 1982, 11).

5. ЗАКЉУЧАК

Спољнотрговинска арбитража при Трговинској комори ФНРЈ основана је у доба великих политичких, економских и правних изазова. Њена улога се зато није сводила на то да буде тек „једна од“ светских арбитражних институција већ је морала да створи и учврсти културу арбитражног решавања привредних спорова у друштву које се још опорављало од разорних последица Другог светског рата и, упоредо са тим, доживљавало бројне промене. У раду на успостављању Спољнотрговинске арбитраже професор Михаило Константиновић је

ангажовао своје највеће квалитете и способности: широко образовање, истанчано разумевање сврхе права, далековидост, свест о потреби прилагођавања права условима друштва у коме ће се примењивати и, надасве, таленат да ствара дела која одолевају времену. Резултат његовог посвећеног рада био је сасвим очекиван: Правилник из 1947. године био је довољно сажет да својом детаљношћу не одврати привредне субјекте од уговарања арбитраже, а опет довољно прецизан у нормирању основних правила арбитражног поступка. Њиме је тако постављен темељ за систем који ће се у наредним деценијама, па све до данашњих дана, развијати и усавршавати.

Међутим, за успех Спољнотрговинске арбитраже није био довољан само ваљано састављен правилник. Било је потребно и одговарајуће усмеравање рада ове институције, нарочито у првим годинама њеног постојања. И на том пољу професор Константиновић је показао изузетну способност и уложио велики труд да Арбитража што брже задобије поверење привредних субјеката, најпре у земљи па онда и у иностранству. Тај циљ је, с једне стране, постигнут инсистирањем на високим стандардима стручности, независности и непристрасности у одлучивању, а с друге стране, саветодавном делатношћу управљеном ка избегавању спорова и ка јачању повезаности између Арбитраже и привреде.

Сталан раст броја предмета решаваних према Правилнику Спољнотрговинске арбитраже, њена све већа интернационализација и јачање утицаја у свету међународне арбитраже недвосмислено потврђују да су добар Правилник и вешто руковођење Арбитражом били два кључа којима је професор Михаило Константиновић отворио врата новог, модерног доба у развоју југословенске и српске арбитраже. Успешан почетак рада Спољнотрговинске арбитраже несумњиво је утицао на промену односа југословенског друштва према том начину решавања спорова, што потврђује чињеница да је само десетак година након оснивања ове институције Југославија почела убрзано да приступа међународним уговорима којима се уређују различити аспекти арбитражног поступка. Ратне, политичке и економске невоље деведесетих година прошлог века прекинуле су раст Спољнотрговинске арбитраже, али она, за разлику од многих других установа из југословенске ере, ипак није нестала. Зато се треба надати да ће тај вредан део заоставштине професора Константиновића наставити да одолева савременим изазовима и барем у регионалним оквирима чувати некадашњи сјај.

ЛИТЕРАТУРА

- [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] Буровић, Радомир. 1–2/1982. In memoriam професору др Михаилу Константиновићу. *Анали Правног факултета у Београду* 30: 7–11.
- [4] Голдштајн, Александар. 1967. *Привредно уговорно право*. Загреб: Информатор.
- [5] Илић, Радивоје. 1975. Тридесет година правосуђа СФР Југославије. *Зборник Правног факултета Универзитета у Нишу* 15: 79–101.
- [6] Јакшић, Александар. 2003. *Међународна трговинска арбитража*. Београд: Марго-арт.
- [7] Јовановић, Марко. 2021. Одлучивање по правичности у новијој пракси Спољнотрговинске / Сталне арбитраже при Привредној комори Србије. 383–400. *Liber amicorum професор Мирко Васиљевић*, ур. Душан Поповић. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [8] Кидрич, Борис. 1946. Принципи Закона о решавању имовинских спорова путем Државне арбитраже. *Архив за правне и друштвене науке* 61: 201–203.
- [9] Кнежевић, Гашо, Владимир Павић. 2009. *Арбитража и АДР*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [10] Константиновић, Михаило. 3–4/1982. Право, сила и правичност. *Анали Правног факултета у Београду* 30: 361–363.
- [11] Lew, Julian, Loukas Mistelis, Stefan Kröll. 2003. *Comparative International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International.
- [12] Лукић, Радомир. 1–2/1982. In memoriam професору др Михаилу Константиновићу. *Анали Правног факултета у Београду* 30: 5–7.
- [13] Милошевић, Љубиша. 2/1959. Решавање трговинских спорова са елементом иностраности од стране Спољнотрговинске арбитраже при Савезној спољнотрговинској комори у Београду. *Анали Правног факултета у Београду* 7: 198–202.

- [14] Митровић, Добросав. 2–3/1961. Два случаја егзекватуре одлука Спољнотрговинске арбитраже пред француским судом. *Анали Правног факултета у Београду* 9: 256–260.
- [15] Mitrović, Dobrosav. 1/1964. L'arbitrage du commerce extérieur en Yougoslavie. *Југословенска ревија за међународно право* 11: 148–159.
- [16] Митровић, Добросав. 2003. Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Србије. *Арбитража* 3: 122–129.
- [17] Перовић, Слободан. 1996. Скица за један портрет. 7–32. Михаило Константиновић. *Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима*. Београд: Службени лист СРЈ.
- [18] Познић, Боровоје. 3/1954. Избрани судови и наши правосудни закони. *Анали Правног факултета у Београду* 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] Трајковић, Миодраг. 2000. *Међународна трговинска арбитража*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Удружење правника Југославије.
- [21] Васиљевић, Мирко. 1997. Педесет година Спољнотрговинске арбитраже при Привредној комори Југославије у Београду. 3–13. *Зборник реферата: Међународна привредна арбитража – стање и перспективе*. Београд: Спољнотрговинска арбитража при Привредној комори Југославије.

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 ЗНАЧАЈ ПРАВНЕ МИСЛИ
МИХАИЛА КОНСТАНТИНОВИЋА
ЗА САВРЕМЕНО ПРАВО*

/

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

1. ОПШТИ ПРАВНИ ИНСТИТУТИ

/

1. GENERAL LEGAL INSTITUTES

Др др. h.c. Владимир В. ВОДИНЕЛИЋ*

МИХАИЛО КОНСТАНТИНОВИЋ О ПРАВУ ОДГОВОРА И ЗЛОУПОТРЕБИ ПРАВА ОДГОВОРА

А КАО БОНУС: МОЈЕ РАЗУМЕВАЊЕ ИНСТИТУТА ОДГОВОРА

Михаило Константиновић је аутор прве монографије о праву одговора у региону (1926). Заговара француски модел одговора док домаћа литература, судови и југословенски Закон о штампи 1925 прихватају немачко решење. Француско уређење сматра строжим за штампу а блажим за тражиоца одговара. Заступа релативни карактер права одговора који се може контролисати доктрином злоупотребе права.

Аутор написа обрађује: колико одговарају réponse и инострани називи; које врсте одговарају минимум-појму одговора; која су права блиска праву одговора а која различита; функција и природа права одговора; изузеци од права одговора и злоупотреба права као супсидијерни изузетак; посебно место права одговора међу субјективним правима; право одговора не уклапа се у правнички бинарни код и представља спој права и правне индиферентности; поређење посесорне заштите и заштите личности путем одговора.

Кључне речи: *Михаило Константиновић (1897–1982). – Монографија о праву одговора (1926–1927). – Упоредно право. – Злоупотреба права одговора. – Бинарни код правника. – Систематизацијско место права одговора.*

* Редовни професор (у пензији), Србија, vodinelicv@gmail.com.

1. ЈЕДНА ОБЈАВЉЕНА А ГОТОВО НЕПОЗНАТА МОНОГРАФИЈА МИХАИЛА КОНСТАНТИНОВИЋА

Професор Константиновић (1897–1982) аутор је око стотину библиографских јединица – монографских публикација, нацрта закона, прилога у периодици, прилога у зборницима радова, реферата на скуповима, коментара судске праксе и др.¹ А није ни мало његових радова који су добро познати, често читани и цитирани. Али међу такве свакако не спада његов чланак са насловом „Право одговора и слобода штампе“ и поднасловом „Чл. 26–29 Закона о штампи од 6 августа 1925“. Написао га је и објавио 1926–1927. године у правном часопису *Полиција* (Београд). Поводом тог његовог рада написао сам овај запис.

Реч је о монографији, научној монографији, у виду монографског чланка. У правној књижевности Србије и свих Југославија то је прва научна монографија о институту права одговора, дакле, заокружена и систематска обрада правног института права одговора.² Обухвата бројне за тај институт правно релевантне теме, а што се тиче упоредног права, усредсређена је на упоређивање домаћег и француског права. Разни ставови грађени су на основу тог поређења. Реч је о раду који је и сам аутор назвао студијом.³ Објављена је у шест наставака⁴, а запрема 55 штампаних страница. По томе представља најобимнији објављени чланак професора Константиновића.

Упркос свему томе студија је готово потпуно непозната. Њена непознатост стоји у великом нескладу са чињеницом да је објављена у једном угледном правном часопису, са њеним немалим обимом, са – иначе – читаношћу њеног аутора, са њеним значајем и статусом пионирског рада међу монографијама на ту тему, а и у нескладу је са

¹ За најпотпуније знање о радовима професора Константиновића захваљујемо се госпођи Ивани Пајић, вишој библиотекарки Библиотеке Правног факултета Универзитета у Београду, која је саставила библиографију Константиновићевих радова (Пајић 2015, 271–319).

² Тај институт чине не само чл. 26 до 30, него и чл. 68, ст. 2 Закона о штампи 1925, који се не види из подналова студије, али је и њега обрадио у студији (Константиновић 1926d, 1098–1101).

³ „[...] ова студија [...]“ (Константиновић 1926a, 780); „[...] у првом делу ове студије [...]“ (1927b, 204).

⁴ Константиновић 17–18/1926, 19–20/1926, 21–22/1926, 23–24/1926, 1–2/1927, 5–6/1927. Право одговора и слобода штампе: Чл. 26–29 Закона о штампи од 6 августа 1925. *Полиција* 13: 777–784; 13: 885–892; 13: 992–998; 13: 1091–1102; 14: 126–133; 14: 203–213.

њеном неуоченошћу као релевантне ставке за историју и у историји правне науке тог института у региону. Будући да је један део студије посвећен злоупотреби права уопште и злоупотреби права одговора посебно (Константиновић 1927b, 204–213), важна је и као допуна погледима професора Константиновића на институт злоупотребе права о коме је написао посебан чланак кратко пре ове студије о праву одговора (Константиновић 1925, 169–189). Што се тиче њене не/познатости у нашој бранши, а и њене не/реципираности у правној литератури региона, студија током њених деведесет и шест година, од када постоји па до данас, само је – изгледа – три пута цитирана. Први који су је цитирали били су Владимир Белајчић (1934, 7) и Видан О. Благојевић (1934, 1, 10, 13, 14, 15) у рефератима за VI конгрес правника Краљевине Југославије одржан 1934. године. Други сам био ја, 1975. године, у једном чланку објављеном у часопису *Страни правни живот* (Vodinelić 1975a, 21, 24, 25, 31, 32), и 1977, у једном чланку објављеном у часопису *Наша законитост* (Vodinelić 1977a, 94; Vodinelić 1977b, 81). И изгледа да је то све што се тиче трагова студије у правној књижевности Србије, рачунајући и југословенску и ексјугословенску.⁵ Необично је нарочито што правници-истовременици нису посветили пажњу појави ове студије, мада је баш у то време у Краљевини Југославији више писано о праву штампе и о институту одговора него икада касније.⁶

Пошто је прошло малтене пуних сто година од када је професор Константиновић написао ту прву заокружену студију о праву одговора, а већ је и педесет година од настанка моје монографије о праву одговора, која је друга а и још увек последња таква расправа у региону⁷, право је време да се у овој земљи напише једна трећа заокружена студија о праву одговора, по могућству у виду докторске дисертације.

⁵ Када је реч о броју цитирања, морам ставити резерву због стања банака података о литератури у делу региона, а рачунам на натпросечан увид у стање писања о праву одговора у свим Србијама и у свим Југославијама.

⁶ Домаћи обимнији радови о праву одговора: Stepančić 1893a, 102–108; 1893b, 131–137; 1893c, 164–168; 1893d, 197–200; 1893f, 235–241; Миловановић 1901, 28, 191–197; Hönigsberg 1926, 60–67; Хенигсберг 1932, 79–84; Мућа 1926, 17–23; Dolenc 1926, 9–10; Frank 1927, 84–92; Bělajčić 1934, 1–14; Благојевић 1934, 1–16; Весел 1934, 1–18; Čulinović 1934, 157–178; Dolenc 1934, 179–191; Илић 1937, 24–28, 33–34; Kalodera 1941, 338–340, 349, 397. Други талас објављених радова о праву исправки повезан је са низом републичких и покрајинских закона о јавном информисању седамдесетих година 20. века.

⁷ Пет мојих чланака чине целину поводом права одговора у домаћим законима из седамдесетих година 20. века: Vodinelić 1977a, 63–106; 1977b, 73–96; Vodinelić 1975a, 17–43; Vodinelić 1975b, 3–24; Vodinelić 1974b, 37–52; Vodinelić 1978, 283–300.

Том евентуалном будућем аутору покушао бих – овим записом а уз помоћ студије професора Константиновића – да покажем да је право одговора као тема у стању да аутору узврати личним задовољством у истраживању и друштвеним користима резултата научне обраде. Може му се и јемчити да се неће досађивати истражујући – штавише, има се много читати, размишљати и писати, а да и после његове студије остане још увек много спорова, тајни, дилема и интригантних питања о институту одговора будућим правничким покољењима. Право одговора је доиста један такав изазован правни институт. Поменути намерник могао би своју студију посветити сећању на професора Константиновића као писца прве заокружене научне студије о праву одговора у Србији и тадашњим и потоњим Југославијама.

2. СТРУКТУРА СТУДИЈЕ МИХАИЛА КОНСТАНТИНОВИЋА

Константиновићева студија о праву одговора састоји се из два дела. У првом⁸ је испитивао како је у тадашњем Закону о штампи Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца (даље: југословенски) из 1925. године уређено право исправке (које је Константиновић, за разлику од Закона и свих других писаца, аргументовано звао правом одговора).⁹ Истраживао је у том првом делу студије девет питања о праву одговора за која сматра да су битна не само за решења тог закона већ за било којег законодавца који уређује право одговора.¹⁰ У другом делу студије¹¹ бавио се тиме шта је основ права на одговор, потом каква је његова правна природа (или његов карактер, како је то сам тако назвао), затим, колики је домен његове примене¹², а коначно и тиме да ли је право одговора такво да на њега не може да се примени забрана злоупотребе права

⁸ Тај први део студије се састоји из четири наставака 17–18/1926, 13: 777–784; 19–20/1926, 13: 885–892; 21–22/1926, 13: 992–998, 23–24/1926, 13: 1091–1102 (= Константиновић 1926a; 1926b; 1926c; 1926d).

⁹ О питању назива института (исправка или одговор), детаљно у делу 9.

¹⁰ „Исправка или право одговора даје места у сваком законодавству (курзив В. В. В.) следећим правним питањима: 1 Ко има право на одговор? 2 У ком року одговор треба да буде послат уреднику? 3 Колико може бити дугачак одговор? 4 У ком року га уредник мора уврстити? 5 Где и како мора бити ошtamпан одговор? 6 Може ли уредник одбити да га ошtamпа и из којих разлога? 7 Каква је санкција уредникове обавезе да одговор ошtamпа у одређеном року? 8 Кад се има штампати одговор чије је штампање наређено судском пресудом? 9 Каква је санкција непоштовања ове судске наредбе?“ (1926a, 781).

(мада ову последњу тему не спомиње на овом месту где најављује чиме ће се све бавити у другом делу студије [1926а, 780–781]). Дакле, девет наведених питања из првог дела уз још та четири из другог дела чине укупну структуру студије.

Позадину оба дела студије чини заједничко питање да ли решења југословенског Закона о штампи из 1925. године о праву одговора ограничавају слободу штампе у већој мери, дакле више него француски Закон о слободи штампе из 1881. године (Константиновић 1926а, 781), који је иначе важио за најлибералнији.¹³ У анализи Константиновићевој, југословенски Закон о штампи из 1925. године у погледу девет питања из првог и четири из дела другог, француско уређење права одговора показало се строже за штампу а блаже за тражиоца одговара, док је у југословенском уређењу одговора штампа боље прошла а тражиоци одговора лошије (Константиновић 1926а, 780–781; 1926d, 1101–1102).

Константиновићу је конкретан повод за испитивање тог поређења била тадашња жива и врло распрострањена радикална критика овог југословенског закона, како током припреме закона, тако и после озакоњења, укључујући и обимну критику која није заобишла решења о праву одговора. У првом плану највидљивија је била таква критика професора Косте Куманудија (1874–1962), познатог професора Правног факултета Универзитета у Београду и угледног политичара, више-струког министра, градоначелника Београда.¹⁴ Али Константиновић није намерио да се у тој студији бави критиком читавога закона, а уопште ни политичким аспектима те критике, него искључиво правом одговора самим (Константиновић 1926а, 780). И једног и другог доиста

¹¹ Други део студије састоји се из два наставка 1–2/1927, 14: 126–133; 5–6/1927, 14: 203–213 (= Константиновић 1927а; 1927b).

¹² „То испитивање натераће нас да проширимо мало круг наших инвестиција и потражимо, шта је основ права на исправку, или како се боље каже, право одговора, какав је његов карактер и следствено колики је домен његове примене“, 1926а, 780. „У другом делу биће покушано, да се на основу резултата из првог дела на чему се оснива право одговора и какав је његов карактер, да се представи његова конструкција“, 1926а, 781.

¹³ За ту тврдњу Константиновић се могао позвати, рецимо, на Esmein 1914, 1148 или на Naugle 1916, 534.

¹⁴ Критика је детаљно репродукована на стр. 1926а, 778–779.

се доследно држао у студији, а своје незадовољство које се тицало Закона у целини свео на реченицу-две¹⁵, а исто тако и Куманудијеве замерке.¹⁶

3. СТУДИЈА КОЈА НИЈЕ ДОБИЛА НАСТАВАК У БИЛО КОМ ВИДУ

Као што се правници-истовременици нису интересовали за Константиновићеву студију о институту одговора, тако се ни Константиновић – колико знам – никада није вратио теми института одговора. Ни у виду нове монографије, ни новог чланка. Ни за трајања Краљевине Југославије, а ни после Другог светског рата, па до краја живота. Укратко – никада поново. А да се наставио његов активни интерес за тај институт, за то би било довољно разних повода. Неки од тих су ови. Рецимо, убрзо после објављивања студије, 1929. године, уследио је, у склопу инструмената шестојануарске диктатуре, Закон о изменама и допунама Закона о штампи од 1925. године, који је донео важне промене институту одговора.¹⁷ Закони о штампи Демократске Федеративне Југославије (ДФЈ) од 24. августа 1945.¹⁸ и Федеративне Народне Републике Југославије (ФНРЈ) од 12. јула 1946.¹⁹ уредили су право одговора другачије него претходни старојугословенски закон, а изазов би могло бити то како се према институту одговора односила једна другачија ауторитарна власт. Закон о штампи и другим видовима информација ФНРЈ од 9. новембра 1960. године²⁰, опет, представљао је разним аспектима знатан напредак за тај институт. На стази разбијене савезне јединствене законодавне надлежности Социјалистичке Федеративне

¹⁵ „Велики део мерака учињених закону о штампи сасвим је оправдан. Одмах се примећује да је рађен без довољно пажње“ (Константиновић 1926а, 780).

¹⁶ „Споредно је да ли ове рефлексије представљају дубоко уверење и мишљење ауторово, или су само формулисане из специјалних политичких разлога. Учињене јавно, у једном угледном часопису, од озбиљне и компетентне личности, оне носе свој пун смисао у себи, независно од ичега другог, а тај је смисао јасан: право исправке са својом функцијом, како га је организовао наш закон, експлицитно је и опасно по слободу штампе“ (Константиновић 1926а, 779–780).

¹⁷ Чл. 9 Закона о изменама и допунама из 1929. Закона о штампа из 1925.

¹⁸ *Службени лист ФНРЈ* 2/1945, чл. 10. У Хрватској је објављен 20. септембра 1945. у *Народним новинама* 23/1945.

¹⁹ Закон о потврди и изменама Закона о штампи, *Службени лист ФНРЈ* 56/1946, чл. 10.

²⁰ *Службени лист ФНРЈ* 45/1960, чл. 34–51.

Републике Југославије (СФРЈ) за право медија, седамдесетих година донети су републички и покрајински режими института исправке²¹ и сви су они резултати тада југословенске нове правничке креативности у виду тзв. јавног одговора.²² Константиновић је могао бити, како се то каже, сведок развоја тог института у дугом периоду. Учествовао је у припреми разних прописа – и устава и закона, али не знам да ли је на било који начин био од помоћи у изради закона о штампи и других медијских закона, а могао је то бар као неко ко је спадао међу ретке домаће правнике који су познавали институт одговора. Његове дневничке белешке потичу из доба Другог светског рата, дакле покривају време у коме се у праву медија, а и са институтом одговора, није ништа дешавало, а и за времена активне законодавне делатности у тој материји не постоје (колико знам) никакви његови дневнички записи. Не знам, дакле, баш никакав извор који би од њега потекао. Укратко, његова монографија из 1926–1927. тако је представљала један успешан почетак, коме – изгледа – није следио наставак у било ком виду. Па ни у виду законских одредаба о праву одговора.

Ипак, претпостављам да је Константиновић размишљао о праву одговора, односно праву исправке бар онда када је писао и објавио „Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима“ 1969. године (Константиновић 1969). Мора бити да је он тада размишљао о том институту који се звао час одговор час исправка током постојања у Србији и Југославијама већ од 1870. године. Морао је размишљати и о троуглу: одговор – исправка – опозив (повлачење) изјаве, јер једна одредба Скице (и потом Закона о облигационим односима – 300 из 1978) садржи два од та три угла грађанскоправних средстава заштите, а једном је он дао име „исправка“, у Скици²³, као што

²¹ *Службени гласник СРС* 29/1973, чл. 104–123 и у свим другим републикама и покрајинама.

²² *Службени гласник СРС* 29/1973, чл. 103. и у другим јединицама. О институту јавног одговора видети део 11.5.

²³ Скица за законик о облигацијама и уговорима: Одсек V. Накнада неимовинске (моралне) штете, „Објављивање пресуде или исправке и сатисфакција“, чл. 161, ст. 1: „У случају повреде права личности суд може наредити објављивање пресуде на трошак штетника, или објављивање исправке, или да штетник повуче изјаву којом је повреда учињена, или што друго чиме се може постићи сврха накнаде“. – 300, V Накнада нематеријалне штете, „Објављивање пресуде или исправке“, чл. 199: „У случају повреде права личности суд може наредити, на трошак штетника, објављивање пресуде, односно исправке, или наредити да штетник повуче изјаву којом је повреда учињена, или што друго чиме се може остварити сврха која се постиже накнадом.“

је „исправци“ од Закона о штампи из 1925. хтео дати име „одговор“.²⁴ Такође вреди се питати да ли је „исправка“ из Скице у ствари „одговор“, и обрнуто, а и какав је однос „исправке“ из Скице (одн. 300) и „исправке“ из закона о медијима²⁵ итд. Ову засад само започету реченицу искористићу као најаву за само једну од више тема о институту одговора којима ћу се бавити готово до краја овога написа.

4. ИЗАБРАНЕ ТЕМЕ О ПРАВУ ОДГОВОРА ПО ЗАМИШЉЕНОМ ЗАЈЕДНИЧКОМ ИЗБОРУ МИХАИЛА КОНСТАНТИНОВИЋА И МОМЕ

Готово сви даљи делови овог записа, са изузетком последњег, 16. дела – („Шта нам (данас) значи студија Михаила Константиновића“) – садрже (неке) изабране теме, а нипошто (све) сабране теме института одговора. За предочавање сабраних тема о институту одговора потребна је књига.²⁶ Избор изабраних тема тог института за ову прилику чине, с једне стране, неке од тема које смо Константиновић и ја имали у виду у својим радовима, с друге стране, оне неке теме о којима ни он а ни ја нисмо писали, а с треће стране, оно шта бисмо Михаило Константиновић и ја сада могли да кажемо поводом одређених тема наших монографија.

5. ФРАНЦУСКИ ПРОНАЛАЗАК ПРАВА ОДГОВОРА

Институту одговора зна се и место и време настанка: члан 11 француског Закона о сузбијању деликата штампе од 25. марта 1822. године.²⁷ Баш ове године тачно је управо 200 година од његовог рођења и постојања. Ништа слично праву одговора није до тада постојало, а ни до

²⁴ „[...] права на исправку, или како се боље каже, право одговора [...]“, Константиновић (1926а, 780). „Зато је и боље право [...] назвати правом одговора него правом исправке“ [...]“, (1927b, 203).

²⁵ О питању најбољег назива института, видети у делу 11, а и о томе колико се разликују грађанскоправна исправка и исправка права медија, видети у делу 11.3.

²⁶ Избор монографија 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; Haase-Becher 1970, 226; Blin, Chavanne, Drago 1969, VIII, 671; Köbl 1966, 165; Biolley 1963, 182.

данас није настало ништа довољно слично њему.²⁸ Када би постојали патенти за правне институте, а ако би се применила логика патената, ствари не би биле баш тако једноставне. Настанак тог института, рекао бих, да се сажети као резултат покушаја двојице француских посланика (који су деловали независно један од другог и у разним временима) и једног стицаја околности. Већина писаца, истина, наводи Жака Антоана Дилора (Jacques-Antoine Dulaure, 1755–1835) као творца права одговора, мада ни без Жака Местадијеа (Jacques Mestadier, 1771–1856) не би било овог права, као што ни резултата њихових напора не би било без једног стицаја околности на који нису имали одлучујући утицај, али ни без друштвених околности као посредних услова за појаву института одговора. Па онда од тога да кренемо.²⁹

Захваљујући Француској буржоаској револуцији 1789. године, Француска први пут добија слободу штампе. Повељом о људским и грађанским слободама од 26. августа 1789. (чланом IX), цензура је укинута и олакшано је оснивање листова. У ситуацији политичке нестабилности после Француске револуције, у штампи, која се снажно разгранала, а нарочито у Паризу, годинама владају свакодневни груби напади, поготово на част и углед појединаца, пре свега политичких противника. Са тим повредама части и угледа нису могли да изађу на крај неефикасни инструменти кривичноправне и грађанскоправне одговорности. После државног удара 1797. године, Наполеон разним мерама дисциплинује штампу, пре свега затварањем и депортовањем уредника, власника и штампара и фактичким (али не и формалним) укидањем слободе штампе, не мењајући и не дирајући у законе о слободи штампе, тако да је цензура поново уведена тек 1810. године. Нацрти закона чији је циљ побољшање стања заштите добара личности од повреда у штампи остали су без озакоњења, међу њима и предлози да се уведе право одговора Дилора 1799. године, а и Местадијеов предлог

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, чл. 11: „Власници или издавачи било ког часописа или периодичног списка дужни су да објаве, у року од три дана од пријема, или у следећем броју, ако није објављен пре истека три дана, одговор било ког лица именованог или назначеног у новинама или часопису, под претњом новчане казне од 50 до 500 франака, не доводећи у питање друге казне и одштете, до којих може доћи због кривичног дела. Ово објављивање ће бити бесплатно, а одговор може бити двоструко дужи од чланка када буде састављен.“

²⁸ О својерсностима тог права, видети делове 10, 11, 15.

²⁹ О историјату, нацртима, предлозима и озакоњењу чл. 11 Закона о сузбијању деликата штампе, видети Maze 1900, 2–16; Doré 1902, 11–16; Dolenc 1934, 179–191; Mahlke 2005, 5–6, 8–11.

за заштиту приватног живота у штампи 1822. Године 1811. кривичним законом се кажњавају увреда и клевета. Године 1815. (у време Луја XVIII) поново је уведена слобода штампе. Законом о штампи, донетим 17. маја 1819. године, уређује се само тзв. службена исправка као обавеза штампе да објави сваку исправку информације коју пошаље власт а која се тиче носилаца јавне власти. Док је таква званична исправка власти средство туторства државе над штампом, дотле закон не познаје не само приватно право одговора оног грађанина на кога се односи радња државе о којој је писала штампа, него ни право одговора ниједног грађана како год и како да се њиме штампа бави.

У расправи о једном законском нацрту из 1799. године, Дилор у Савету пет стотина предлаже да се законом уведе обавеза уредника и власника штампе и периодичних списа да: 1. у року од пет дана по пријему одговора појединца чији су част и углед повређени информацијом бесплатно одштампа његов одговор, а 2. да се у супротное новчано казни због нештампања одговора и да се принуди да одговор одштампа након што суд утврди акт дифamacије. Дилор је предлог за увођење права одговора вишеструко образложио³⁰: потребом заштите угледа и части појединаца, заштите публике од једностраних приказа, једнакости оружја штампе и појединца и недовољношћу кривичне казне. Упркос свему и предлог и његово образложење остали су безуспешни. Готово четврт века доцније Местадије је 1822. године, након што у скупштини није могао проћи његов предлог да се штампи генерално законом забрани да задире у кућни мир и приватни живот (Halpérin 2013, 145–163), данас бисмо рекли: одредба о забрани продора у приватност, он истом приликом понавља Дилоров донекле измењен предлог да се законом уреди право одговора у штампи. Од радикалног предлога Местадијеа за генералну законску забрану штампи да објављује информације из домена приватног живота, посланицима је било прихватљивије увођење права одговора. И тако је 1822. и настало право одговора као промашај жељене а погодак супсидијарне мете.

Можда је парадоксално то што се институт одговора обрео у том закону о сузбијању деликата путем штампе. Јер, да би лице на које се односи информација у штампи имало право одговора и да би захтевало да се објави његов одговор поводом информације штампе, за то по том закону није био потребан баш никакав деликт штампе у вези са објављеном информацијом, нити било каква недопуштена радња штампе или неког другог, нити да објављена информација у штампи

³⁰ Дилорово образложење предлога репродуковано је у Kraehling 1917, 7.

повреди право или интерес лица на које се информација односи, нити да оно или ко други ишта од тога докаже, нити, коначно, да ишта од тога утврди суд. Штампаникоме, па ни лицу на које се односи одштампана информација, није ништа нажао учинила, а опет, упркос томе, то лице има право да захтева да штампа одштампа његов одговор, а штампа има обавезу да тај одговор одштампа. Ваља нагласити да се таква конструкција не уклапа генерално у бинарни код по коме правни поредак и правничко размишљање редовно функционишу.³¹ Та „тајна“ института права одговора је својство сваког института одговора, почевши од француског права одговора па до данас.

Тај институт је француски, не само по своме називу: *réponse*, односно *droit de réponse*. Име му законодавац никада није мењао, а никада измењеног назива га је непрестано користила судска пракса и литература. Реч јесте латинског порекла: *responsio*, *-onis*, f., али би погрешно било помислити да институт има било какву везу са римским правом или рецепцијом, а камоли да је било он било неки његов претходник већ тада настао. Институт „право одговора“, ни под тим именом ни под било којим другим, није постојао у римском праву или рецепцији.

6. КОНСТАНТИНОВИЋЕВО УНАПРЕЂИВАЊЕ ЈУГОСЛОВЕНСКОГ ИНСТИТУТА ОДГОВОРА ФРАНЦУСКИМ МОДЕЛОМ

1. Уређивање института права одговора за сваког законодавца представља балансирање интереса двају страна: медија од којег се тражи да објави захтевани одговор на његову медијску примарну информацију и тражилаца који као субјект примарне информације захтева од медија да објави његов одговор. Све законе било где на свету којима се уређује право одговора прате са склоностима или несклоностима бар новинари (медијски посленици), политичари и правници. И Константиновић је учествовао у таквом вагању, с тим што није мерио добре и лоше стране једног закона, него је на тас ставио два закона – француски и југословенски. Његова анализа упоређивања француског и домаћег решења права одговора окончала се оваквим исходом: што се тиче права

³¹ О томе у делу 15.2.

одговора, француско право је најстроже за штампу а најлибералније за тражиоце одговора, а југословенско право је најлибералније за штампу а најстроже за тражиоце одговора.³²

2. Француско право одговора у штампи никада се није мењало, ни у основној конструкцијској идеји, а ни иоле знатнијим изменама.³³ Сви су француски закони о штампи репризирали исту битну садржину

³² Константиновић (1926а, 780): „Одмах ћу рећи, да је на тако ограниченом терену моја намера такође да критикујем закон о штампи. Само, за разлику од досадашњих критика, моја ће критика тежити да докаже, како наш закон о штампи, у погледу исправке, не само није реакционаран и претерано строг према штампи, већ није [781:] уопште строг према њој; у том погледу он је ставио штампу у далеко бољи положај према публици, него што је то случај у многим другим земљама, међу које долази и Француска, у којој штампа ужива сву потребну слободу. Другим речима и прилагођавајући овом предмету једну стару формулу, у погледу права одговора слобода штампе развијена је нашим новим законом на штету просте слободе.“

Константиновић (1926d, 1101): „На крају овог кратког прегледа диспозиције нашег закона о штампи, о праву одговора и њиховог поређења са одговарајућим диспозицијама француског закона, намеће се закључак, да је француски закон, тај најлибералнији закон о штампи, много строжи за штампу од нашег закона. По њему, право одговора ужива много шири круг лица него код нас; исправљачу је увек загарантован један минимум дужине исправке, што код нас није случај; уредник мора понекад уврстити одговор у најкраће могућем року, што се код нас никад не дешава; исправка власти мора бити уврштена на челу листа, а исправка приватног лица на истом месту, на коме је био и напис на који се одговара, док се код нас исправке [1102:] штампа само у истом делу новина у коме је изашао и напис који се исправља; уредник мора увек штампати исправку, док је код нас може одбити због ‘нељудности’; судска одлука извршује се, у погледу уврштења исправке, и пре него што постане пуноважна, док наш закон захтева пуноважну судску одлуку. Једино што француски закон не предвиђа обуставу листа због нештампања исправке, чије је штампање наређено судском пресудом, као што то чини наш закон; али то наређење нашег закона сасвим је на свом месту и не садржи ничега што би било противно слободи штампе. Само треба се споразумети о томе шта значе речи: ‘слобода штампе’, и у каквом су односу слобода штампе и право одговора. Та нас питања доводе пред проблем основе права одговора и питање његовог карактера што је предмет другог дела ове студије. Ту ћемо видети, да је француски закон бољи зато што је строжи, и да су строгост француског закона према штампи у погледу исправке, и пропис нашег закона о обустави листа због нештампања исправке, чије је штампање наредио суд, у складу са природом ствари које нас интересују, и да ни мало не вређају слободу штампе.“

³³ Чл. 11 измењен је 1835. године: обим одговора је укинут; одговор се морао објавити без обзира колики је дугачак али је ималац права одговора плаћао објављивање ако је надилазио две дужине изворног чланка; прецизирано је да одговор мора бити објављен у новинама односно у периодичном списку где и изворна информација, и на исти начин. Чл. 13 измењен је 1990. и 1991.

изворног издања о праву одговора из 1822. године.³⁴ Француски модел права одговора није се мењао ни у време када се њиме бавио Константиновић, нити је он у својој студији имао ишта кључно да му замери, ни да се ишта кључно измени, нити да се ишта кључно допуни. Насупрот томе, критички је био настројен према југословенском одговору по Закону о штампи из 1925. године (а тако и према сва четири претходна закона о штампи Србије 1870, 1881, 1901. и 1904). Сматрао је да је југословенски одговор недовољно широк да би остварио све што би се желело од једног оптималног, дакле, француског модела.

3. Ево само понечега што професору Константиновићу није било по вољи у југословенском уређењу у односу на француски одговор: нижи ниво занатске израђености, неодговарајући назив института, преузак домен примене, сужена функција, мања могућност судској пракси за практиковање забране злоупотребе права одговора.

Назив института: Југословенски закон је институт назвао „исправком“ (Глава V, „Исправка“, и у свим члановима 26–29 и 68, ст. 2), док га је француски закон именовао „одговором“ (чл. 13).³⁵ – Круг ималаца права одговора: Док у Француској право одговора у штампи има свако „именовано и свако означено лице“ (чл. 13, ст. 1), у Југославији је то право само оног „приватног или правног лица чије је име [...] споменуто“ (чл. 26, ст. 1)³⁶, и то само оног лица „чије је име у вези са његовим радом или животом споменуто“ (чл. 26, ст. 1).³⁷ – Домен примене права одговора: Врста информација на које се може одговарати, док у Југославији титулари имају само право да одговором „оштампане чињенице означају за неистините“ (чл. 26, ст. 1, реч. 2) или да одговором „наводе чињенице, којима се оповргавају оштампане чињенице“ (чл. 26, ст. 1, реч. 2), у Француској се одговор може односити на сваку врсту информације, била то чињенична тврдња било вредносна. – Функције права одговора: Док у Југославији титулари имају само право да одговором „оштампане чињенице означају за неистините“ (чл. 26, ст. 1, реч.

године тиме што су титулари права одговора постала удружења за одбрану од ксенофобије и антисемитизма и удружења за гајење сећања на чланове отпора, за ветеране и жртве рата и за информације у вези са њиховим делатностима.

³⁴ Закон о штампи чл. 11 закона од 25. марта 1822; чл. 9 закона од 9. септембра 1835; чл. 13 закона од 27. јула 1849; чл. 19 указа од 17. фебруара 1852; чл. 13 закона о слободи штампи од 29. јула 1881; 27. августа 1944; 5. јануара 1993; 1. марта 1994; 16. јуна 2000; 1. јануара 2002.

³⁵ Константиновић 1926а, 780; 1927b, 203.

³⁶ Константиновић 1926а, 782–784; 1927b, 203.

³⁷ Константиновић 1926b, 885–886.

2) или да одговором „наводе чињенице, којима се *оповргавају* оштампане чињенице“ (чл. 26, ст. 1, реч. 2), у Француској законодавац ни на који начин није одредио ради које намене (сврхе, функције, циља) титулар одговора на одштампани текст.³⁸ – Дужина исправке односно одговора: По југословенском закону о штампи исправка сме да буде највише два пута дужа од одштампаног текста (чл. 28, т. 2), док по француском закону титулар има право на одговор од најмање 50 редова а не и на више од 200 редова, с тим што ће се у случају прекорачења штампати цео одговор, а вишак титулар плаћа по тарифи која важи за огласе (чл. 13).³⁹ – Изузеци од права одговора: Француска судска пракса, то јест *Cour de cassation* подржан литературом, одређује три негативна услова за вршење права одговора: да одговор не сме да буде противан закону или добрим обичајима, да не сме да повређује правне интересе трећих лица и да не повређује углед и част новинара. У југословенском закону одређено је пет разлога због којих штампа није дужна да објави захтевани одговор (чл. 28). За један од њих – да је одговор неуљудно написан, професор Константиновић држи да претерано ограничава слободу изражавања.⁴⁰ – Злоупотреба права одговора: У Француској се судови и литература баве тиме да ли вршење права одговора подлеже провери са становишта злоупотребе права, јер се у Француској начелно сматра да се свако субјективно право има и може да се врши, али уз резерву да се не злоупотребљава (Biolley 1963, 73; Koch 1995, 45). Та би тема требало да и у Југославији заслужије пажњу (Константиновић 1927b, 204–211).⁴¹

³⁸ Константиновић 1926b, 888–889; 1927b, 203.

³⁹ Константиновић 1926c, 992–995; 1927b, 203–204.

⁴⁰ Константиновић 1926d, 1093–1097; 1927b, 204.

⁴¹ „Са начином формулисања правних правила, који је данас у употреби, закон не може организовати неко право тако да онемогући његову злоупотребу. То је лако објашњиво. Права су социална по својој природи, а међутим у закону са чисто индивидуалистичке тачке гледишта, формулисана су као субјективна права. У дефиницији неког субјективног права немогуће је да законодавац обухвата све могуће реакције друштвене средине на права и дужности сваког човека (G. Cornil *Le droit Privé*, Paris, 1924, р. 91). Па и кад се претпостави да је успео да их обухвати све, његова дефиниција тачна је само у моменту кад је створена. Друштвена средина је у сталном мењању. Што је јуче било тачно то више није данас. И зато је потребно признати отворено, суду томе главном регулатору друштвеног живота, да подешава примену закона према друштвеним потребама. Зато се суду мора признати право [213:] да контролише вршење свију права, па и права исправке. Са признавањем контроле суда оно неће ништа изгубити; постићи ће се да се оно социалније врши и да се смањи број шикана. А то није мали резултат“ (1927b, 212–213).

7. УСУД КОНСТАНТИНОВИЋЕВОГ УНАПРЕЂИВАЊА ЈУГОСЛОВЕНСКОГ ИНСТИТУТА ОДГОВОРА ФРАНЦУСКИМ ОДГОВОРОМ

1. Колико је Константиновић био доследно опредељен за кључне елементе француског модела одговора, толико је био несклон кључним елементима југословенског закона. Да је закон мењан од 1925. до 1945. и да је био онако промењен како би било по Константиновићу, ништа кључно не би остало из одредаба института одговора онаквог какав је уређен југословенским законом из 1925. До престанка важења тог закона из 1925. 1945. године, Константиновићеви ставови из студије (да се „преименује“ исправка у одговор, да право одговора има свако означено лице, да се може одговорити на сваку врсту примарне информације, да неуљудни одговор није препрека објављивању и др.) нису имали успеха. Ни у књижевности, ни код судова, ни код законодавца. Године 1929. Законом о изменама и допуна Закона о штампи из 1925. није се ни могло очекивати да се у време шестојануарске диктатуре спроведу икакве веће измене одредаба о одговору. Укратко, правници нису реаговали на његову студију, ни позитивно, ни негативно, са једним изузетком (на који сам већ указао) који се свео на указивање на студију и на три Константиновићева предлога (Благојевић 1934, 10, 14–15, 16). Укратко, ставове које је професор Константиновић у студији заступао у корист француског модела права одговора нико други код нас није заговарао, било у вези са том студијом, било независно од ње, знајући је или је не знајући.

2. Прво сам помишљао да тадашњи правници нису знали за текст. То ипак није вероватно јер ни они домаћи писци који су се специјално бавили тим институтом нису студију регистровали у својим радовима, нису је ни информативно укључили у списак литературе, за разлику од радова осталих аутора, што важи и за писце који су пратили исте часописе као он и у њима објављивали. Могло се помислити да је то тако због тога што је Константиновић био цивилиста, што се као једини цивилиста обрео међу самим кривичарима који су писали о институту одговора. Наиме, у иностранству и код нас, институт одговора је започео каријеру као кривичноправна установа, која је дуго уређивана материјалним и процесним казним прописима закона о штампи (због кажњавања уредника који су одбијали да штампају одговор и тако казнено процесуирани), а и у време писања Константиновићеве студије још није било дошло доба за потпуну пресистематизацију одговора из јавнога права у приватно право и цивилно право и цивилни поступак. Можда, опет, неки нису налазили интерес за студију која се бавила позитивним правом али на начин правне политике и која је позитивно-

правна решења домаћег института одговора тумачила решењима из упоредног (француског) права. Један од разлога невидљивости студије могао је бити то што су правници од студије очекивали потпунији упоредноправни приступ. Јер, Константиновић у својој студији ван француског института није уопште обратио пажњу на упоредно право института одговора, што је потпуно несвојствено његовом начину рада иначе. Пошто се није бавио немачким правом одговора, тако се није бавио ни немачком теоријом која је увек с великим интересом писала о француском институту одговора, и историјски и упоредноправно⁴², а немачка литература је већ тада развила највећи број теорија о правној природи и правном добру права одговора. Можда је делић објашњења и у близости домаћих законских решења аустријским и немачким и у већој близости домаћих правника тим порецима. Помишљао сам и на то да је студија била игнорисана зато што је професор Константиновић својим ставовима отворио превелики број оних питања, и нудио за њих објашњења, за која нису имали слуха правници заинтересовани да проблемима позитивног права приступају егзегетски, а његова студија је била све само не сува егзегетика.

3. Има можда понечег од свега тога, али данас ми је блиско да разлог необраћања пажње, некоментарисања и нереципираности његове студије не видим првенствено у начину на који је Константиновић приступио теми него у самој теми – у самом француском моделу права одговора. Што се тиче прилаза, Константиновић је, с једне стране, био доследно опредељен у корист баш свих најважнијих састојака тог француског модела права одговора; с друге стране, није био ни за један од најважнијих састојака других модела из упоредног права; с треће стране, био је против свих најважнијих састојака тадашњег југословенског права одговора. Сваки заинтересовани читалац могао је ту наћи своје опредељење. И да је било ко други заступао француски модел права одговора, резултат је био једнак: од првог српског закона о штампи којим је уређен овај институт па до најновијег медијског, ни од прве до најновије пресуде, а такође ни од првог до најновијег написа, укључујући и онај који сада читате, француски модел института одговора није налазио промотере. Француска конструкција, па ни у презентацији професора Константиновића као оптимална, није нашла

⁴² Kitzinger 1907, 873, пишући о стању почетком 20. века, наглашавао је да је француска литература, у контрасту према немачкој, у првој половини прве деценије објавила опсежне четири дисертације о праву одговора које су богате великим аспектима, детаљно и темељно обрађене, са вредним правотеоријским и упоредноправним приступом, а то све није уобичајено за немачке дисертације.

подршку домаћих законодаваца, судске праксе и литературе. Не само у Србији и у свим Југославијама, него ни у свим државама после нестанка СРЈ и Заједници држава Србија и Црна Гора. Ни до данашњег дана. Укратко, нигде у нашем региону.

Ако узмемо да се Константиновићев поглед поистоветио са француским институтом, њихова судбина је била иста што се тиче института у региону: ни француски модел, а ни Константиновићеву студију нико није заступао у Србији и свим Југославијама. Можда је онда баш дошло време да се у домаћем праву нађе место француско-Константиновићевом моделу права одговора? На то питање бих одговорио одречно. Пет пута сам имао прилике да не будем опредељен за француски модел као главно целовито решење за институт права одговора у домаћем праву – пре пет деценија први пут (Vodinelic 1977a, 63–106; 1977b, 73–96), пре две и по деценије други пут (Vodinelic 1998a, 175–184), пре две деценије трећи пут⁴³, пре десет година четврти пут⁴⁴, а и сада пети пут, али уједно и први пут готово у целини првенствено у вези са француским моделом и Константиновићевом студијом. Није реч ни о ставу за и против, ни о ставу за све и против свега. У даљем тексту ће се видети моја образложења, а то тражи да се буде начисто са карактеристикама по којима се француски битно разликује од других модела.

8. ФРАНЦУСКО-КОНСТАНТИНОВИЋЕВ МОДЕЛ ПРАВА ОДГОВОРА – ДВЕ УПАДЉИВЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ПО КОЈИМА СЕ БИТНО РАЗЛИКУЈЕ ОД ДРУГИХ МОДЕЛА – ВРСТЕ ИСТОГ ИНСТИТУТА ОДГОВОРА – ИНСТИТУТИ РАЗЛИЧИТИ ОД ОДГОВОРА – ИНСТИТУТ ОДГОВОРА СА РАЗЛИЧИТИМ НАЗИВИМА – МЕРИЛО ЗА НАЈБОЉИ МОДЕЛ ПРАВА ОДГОВОРА

1. С обзиром на њихове заједничке битне особине, Константиновићеве ставове о праву одговора можемо интегрисати у француски модел права одговора, и обрнуто, а третирати их као један ентитет (као целину, као самопосебност). Оправдано је говорити о Константиновићевом француском моделу права одговора, или обрнуто, о француско-Константиновићевом моделу.

⁴³ Као члан радне групе која је израдила Закон о јавном информисању из 2003.

⁴⁴ Године 2013. као члан радне групе за израду Закона о јавном информисању и медијима.

На темељу француског модела одговора, Константиновић је у три пасуса изразио целу *своју филозофију института одговора*.⁴⁵ Његов *вјерују* сажећу својим речима овако: баш свако лице означено у штампаном тексту било које садржине има право да се огласи одговором у тој истој штампи без икаквих ограничавајућих услова, било да би тиме нешто исправио, било да ишта саопшти поводом тог текста. Такво право боље је да има назив „право на одговор“ јер је оно много шире од „исправке“. – Одговор мора да се одштампа са бар 50 редова, без икакве измене, у најкраћем року, бесплатно и у истом делу истог листа. – Недопуштене су икакве препреке штампања одговора, а уредник не сме да одбије одговор ни из каквог разлога.

2. Упадљиве су *две карактеристике* француског модела и Константиновићеве студије у односу на друге моделе: француско и Константиновићево право одговора је *најшире право одговора а са најмалобројнијим и најлакшим условима за стицање, имање и вршење*. Сви други модели права одговора, више или мање, заостају по томе у односу на француски у штампи.⁴⁶ С једне стране, ужи су по ономе што

⁴⁵ Константиновић 1927b, 203–204: „Из основа и циља права одговора произилазе све потребне индикације за његову организацију у закону. Они захтевају да право одговора буде признато не само лицима чије је име било споменуто, већ по старој француској формули, и лицима која су на буди који начин, макар и најзавијеније, била означена у неком напису. Само ће тако оно моћи бити ефикасно средство одбране, што је најчешћи и најпрактичнији случај његове употребе. Несме се водити рачуна о томе, да ли је лице поменуто или означено у вези са неким чињеницама из његовог рада или живота, како то тражи наш закон, нити тражити од тог лица да демантује или оповргне штампане чињенице. Право одговора мора се признати, без икаквог услова, свакоме који је ма којим поводом био поменут у неком дневном листу или повременом спису. Уредника треба обавезати да прими и штампа одговор сваког лица поменутог у његовом листу, без обзира на то шта се у том одговору налази. Зато је и боље право споменутог или означеног лица назвати правом одговора него правом исправке. – Одатле даље излази, да треба означеном лицу загарантовати један минимум дужине одговора, нпр. педесет реди као у Француској, и да се одговор има штампати, такав какав је стигао у редакцију, у што краћем року, како би имао жељено дејство, бесплатно и у истом делу листа у коме је изашао напис на који се одговара. – Напослетку, реализовању права одговора несме се ставити на пут никаква препрека; оно треба да дејствује у сваком случају несметано и брзо; то је услов његове ефикасности. У закону не треба да се налази ништа што би дозвољавало уреднику, да из буди којих услова одбије штампање одговора. Наиме, закон не треба да овласти уредника да одбије штампање одговора, ако је он ‘неуљудно’ написан, како то чини наш закон. Иначе би право одговора могло бити лако парализовано.“

⁴⁶ Колико видим, најближе му је луксембуршко право одговора, Закон о слободи изражавања у медијима, од 8. јуна 2004, чл. 36–50; Vogel 2020, 225–234.

омогућују својем титулару и, с друге стране, захтевнији су по броју и тежини услова да би титулар право стекао, имао и вршио. Не постоји други начин да се упозна и домаћи и било који инострани модел права одговора него да се анализирају са оба становишта: са становишта ширине права и са становишта броја, тежине и услова стицања, имања и вршења права. Зато ће томе бити посвећен највећи део овог записа.

3. Упркос разликама, француски и други инострани модели јесу *врсте једног те истог института* одговора и чине један заједнички појам института одговора, односно сви они су само врсте једног института а не одвојени институти.⁴⁷ Примера ради, и француско право одговора и југословенско право одговора из 1925. године и француско право одговора у штампи, француско право одговора у аудио-визуелним медијима и француско право у дигиталним медијима и слично јесу, упркос појединачним правним разликама, врсте једног те истог правног института одговора. Јесу, дакле, његове врсте а не *aliquid*.

4. Неки други институти, *упркос неким заједничким сличностима* са француским и другим иностраним моделима права одговора и његових врста, представљају сасвим *другачије институте*.⁴⁸ На пример, немачко право опозива (повлачења) изјаве (*Widerruf*) и швајцарско право исправке (*Berichtigung*), с једне стране, а с друге стране, и француско право одговора (*droit de réponse*) и швајцарско право одговора (*Gegendarstellungsrecht, droit de réponse, diritto di risposta*) сасвим су другачији правни институти.

5. Француски и сви други инострани модели права одговора имају *разне називе*, разна имена у правној историји и упоредном праву, неретко и у једној истој држави – „одговор“, „исправка“, „узвраћање“, „противан приказ“.⁴⁹ Само ради једноставности, сваки модел једног истог института одговора зваћу правом одговора без обзира на назив који носе, осим онда када је неки њихов другачији назив потребан за боље разумевање онога о чему се ради.

6. Прво следује да покажем да је по француском праву одговора то право најшире и најлакше за стицање, имање и вршење. А ако се тако и потврди, после тога следује да се испита да ли је француско право одговора *најбоље (најпримереније, најоптималније)* међу постојећим правима одговора, што подразумева аргументовање у оба правца – и добре и лоше стране. Тачке за испитивања су сви они елементи конструкције

⁴⁷ О томе у делу 10.

⁴⁸ У делу 11.

⁴⁹ Део 9.

права одговора и сваки такав елемент испитује се увек са оба аспекта: да ли одређени елемент утиче на ширину права одговора и на лакше или теже стицање, имање и вршење тог права и његовог вршења. *Ти елементи истраживања су:* назив права, садржина овлашћења права, појам права, ситуације примене права, изузеци од постојања и вршења права, шта се хоће, чему служи право, злоупотреба права као препрека стицању, имању и вршењу права одговора. По том редоследу ћу их анализирати и проверавати.

9. ПРАВО ОДГОВОРА И ДРУГИ НАЗИВИ – ВАЖНО ЈЕ ЗВАТИ СЕ ОДГОВОР – ЈЕДАН ИНСТИТУТ А РАЗНИ НАЗИВИ – ИСТИ НАЗИВ А РАЗНИ ИНСТИТУТИ

1. Институт којим се бавимо обележава се различитим називима, а нису ретке државе у којима је он мењао више различитих имена. Спадамо у групу држава, на челу са Француском, где се институт зове „одговор“ односно „право одговора“.⁵⁰ Зато, ако бисмо хтели да наше речи „одговор“ и „право одговора“ преведемо француском правнику као „réponse“ и „droit de réponse“, ни он а ни ми не бисмо имали тешкоће да у стручном комуницирању идентификујемо шта је то о чему говоримо.⁵¹ Исто важи, на пример, за италијанско „diritto di risposta“⁵², португалско „direito de resposta“⁵³ или руско „право на ответ“.⁵⁴ Право одговора (*droit de réponse*), или под неким од других имена, врло брзо се проширило огромним делом земаљске кугле.⁵⁵ Тешко да га у Европи игде нема, али од када у Европској унији нема Енглеске, можемо баш њу да наведемо као најпознатији пример државе у Европи која не зна за тај институт.

⁵⁰ Право одговора уређен је Законом о штампи и медијима у одељку XIII „Одговор на информацију и исправка информације“, *Службени гласник РС* 83/2014, чл. 83, 85–90, 92–94, 96–99, 112, 117, 123, 126, 130.

⁵¹ Чл. 13 Закона о слободи штампе из 1881. и други француски закони којима се уређује одговор.

⁵² Чл. 8 италијанског Закона бр. 47. о штампи од 8. фебруара 1948.

⁵³ Чл. 5, ст. V Устава Бразила од 5. октобра 1988. и Закон бр. 13.188 о праву одговора и исправке од 11. новембра 2015. године.

⁵⁴ Чл. 46 Закона о средствима масовних информација Руске Федерације од 27. децембра 1991.

⁵⁵ Видети прегледе у Nobre 1973, 43–171; Löffler, Golsong, Frank (Hrsg.) 1974, 1–333; Naase–Becher 1970, 24–157; Koltay 2013, 73–89.

Мада у енглеском језику постоје речи „answer“, „response“ и „reply“, у правном језику САД употребљава се само та последња реч – као *Right of reply* или *Right to reply*. Само тим изразом такође се преводе други инострани називи овог института, а и наш назив.

Али ако се српске речи „одговор“ и „право одговора“ немачком колеги преведу као „Antwort“ (одговор) и „Antwortsrecht“ (право одговора), са тиме бисмо имали успеха само под условом да је немачки колега донекле уведен у правну компаративистику тог института или пак има интуицију о чему би се ту могло радити. Ни у прописима, ни у судским одлукама, ни у правној књижевности „Antwortsrecht“ не постоји као правни термин. Јер, ни немачки „Gegendarstellung“ (противни приказ) и „Gegendarstellungsrecht“ (право на противни приказ), из текућег немачког правничког језика и немачких прописа⁵⁶, не завршавају – ни у дословном ни у врло слободном преводу – ни као „одговор“ ни као „право одговора“, него као „противни приказ“ и „право противног приказа“. А ништа од тога језички није ни слично „одговору“ и „праву одговора“.

Пре немачког израза „Gegendarstellungsrecht“ за исти правни институт стајао је у прописима и правној литератури израз „Entgegnungsrecht“ (право узвраћања) у законима и правној књижевности, али су од израза „Entgegnungsrecht“ у међувремену одустали не само у Немачкој него и у Аустрији и у Швајцарској и сви заједно у корист „Gegendarstellungsrecht“.

Пре оба поменута немачка израза домаћин том истом институту деценијама је био назив израз „Berichtigungsrecht“ (право исправке) још од првог немачког законског уређења тог института.⁵⁷ И у Словенији је „popravek“ (исправка) и „pravica do popravka“ (право исправке) већ деценијама и деценијама ознака за тај институт⁵⁸ и то још пре настанка

⁵⁶ У овом часу око 50 важећих немачких закона уређују овај институт под тим називом „Gegendarstellung“, „Gegendarstellungsrecht“, „Anspruch auf Gegendarstellung“, видети Prinz, Peters 1999, 347; Seitz 2008, 756.

⁵⁷ У баденском закону о штампи из 1831, § 10. У баденском закону спојио се назив „исправка“ (*Berichtigung*), који је представљао тзв. службену исправку (*Berichtigungszwang*) као акт власти по коме је штампа била дужна да објави достављен текст власти, са приватним правом сваког појединца да штампа објави његов захтевани текст.

⁵⁸ Тако и по сада важећем члану 26 Закон о медијих – ZMed (*Uradni list RS* 35/01 z dne 11. 5. 2001), „Pravica do popravka objavljenega obvestila“ („Право исправке објављене информације“), чл. 26–41; израз „исправка“ („popravek“) био је и у ранијим словеначким законима: Закон о јавних гласилих, *Uradni list RS* 18/1994 од 8. 4. 1994, чл. 9–23; Osnutek Zakona o javnem obveščanju од 9. 5. 1984, чл. 88–107; Закон о јавном обвештању од 14. 2. 1973, чл. 44–61. Израз „popravek“ је важио и у 19. веку у Словенији по аустријском Закону о штампи Франца Јозефа.

Краљевине СХС. Тај израз (*popravek*) за овај институт преименован је пре две деценије у закону још једним легалним паралелним алтернативним именом за исти институт: „*prikaz nasprotnih dejstev*“. Тако се овај институт под именом „*popravek*“ у закону описује, у ствари, дословним преводом немачке сложенице (*Gegendarstellung*), али разложене на две речи из којих се састоји: „Свака информација мора бити јасно означена као исправка, али може имати и ознаку ‘приказ противних чињеница’“.⁵⁹

2. Тај словеначки није усамљен случај да један те *исти институт у исто време носи у истом закону два различита назива*. Црногорски Закон о јавном информисању из 1998. одређује да „свако физичко и правно лице има право на одговор *или* исправку у случају када је, путем објављене информације, повријеђено његово право или интерес“ (чл. 48, ст. 1), и „под одговором *или* исправком се подразумевају информације којима се допуњују чињенице и подаци из објављене информације, у погледу истинитости и потпуности“ (чл. 49, ст. 1). И за одговор и за исправку важе потпуно истоветни услови, исти изузеци, исти поступак и све у свему од првог па до последњег слова истоветни правни режим (чл. 48–51). Исти је случај и, на пример, са португалским Законом и декретима о одговору или службеној исправци⁶⁰, бразилским законом⁶¹, а и у законима неких немачких држава из 19. века, пре него што је донет царски закон о штампи 1874. године који је унификовао израз исправка, звао се исправка „или“ узвраћање, рецимо у пруском пропису од 30. јуна 1843.⁶² У једном закону за исти институт се користе два имена која повезује „или“, иако се правно ни по чему другом не разликују.

Такође, бива и у некој сложеној држави да је један исти институт у исто доба у *једној јединици сложене државе једног имена, а у другој другога имена*. На пример, у већини југословенских република институт се

⁵⁹ Члан 27, ст. 3, реч. 1: „Vsaka objava mora biti jasno označena kot popravek, lahko pa tudi z oznako ‘prikaz nasprotnih dejstev’“. – Последњи словеначки закон који је говорио о исправки без његовог парњака у виду назива „приказ противних чињеница“, био је Закон о јавних гласилих од 1994, а и тај, као ниједан од закона који су раније важили у Словенији није познавао израз „противни приказ“.

⁶⁰ Чл. 2 Закона и декрета Португалије од 14. марта 1936, 29. јуна 1933, 11. априла 1933, 27. јуна 1927, 29. јула 1926, 5. јула 1926.

⁶¹ Чл. 29 бразилског закона бр. 5.250 од фебруара 1967.

⁶² Видети приказ стања у партикуларним немачким прописима из 19. века у Kreuzer 1974, 69–71.

звао исправка, а у неким одговор; исто тако се, пре доношења немачког царског закона о штампи 1874. године, у неким немачким државама звао узвраћање, а у неким исправка.⁶³

Супротно је томе када два различита института истовремено носе у истом закону исти *виши заједнички назив*. Није ретко да су у истом закону, у истом одељку, некада и у истом члану закона, под истим заједничким именом уређени службена исправка и приватни одговор. На пример, у француском закону о слободи штампе (*rectifications*),⁶⁴ у шпанском закону и декретима о праву на одговор и о праву на исправку,⁶⁵ у бројним српским и старојугословенским законима о штампи.⁶⁶

3. Наш регион предњачи бројем назива тог института (четири – исправка, одговор, допуна, приказ противних чињеница), чиме је надмашио три немачка назива (исправка, узвраћање, противни приказ). Од када је службена исправка (*rectification*) готово правно изједначена са одговором (*réponse*), Француска је готово два века била верна једном једином називу – одговору.⁶⁷

Што се тиче закона Србије (почев од 1870. до данас) и Југославије и Заједнице држава Србија и Црна Гора (почев од 1925. до 2006) институт се звао „исправка“ много дуже и у већини закона⁶⁸, јер се тај исти институт ређе звао „одговор“ а и у мањем броју закона.⁶⁹

⁶³ Видети претходну фн.

⁶⁴ Закон о слободи штампе из 1881, Поглавље II: „О периодичној штампи“ („Chapitre II: De la presse periodique“), и II. Параграф 2 („II. Paragraphe 2“) садржи заједнички назив „Исправке“ („Rectifications“) а састоји се из два члана 12 и 13. Ниједан од то два члана нема свој наслов, али кључна реч у тексту члана 12 је исправка (*rectification*), а у тексту члана 13 – одговор (*réponse*).

⁶⁵ Закон од 18. марта 1966. и декрети бр. 746 од 31. марта 1966, који регулише право на одговор, и бр. 745. од 31. марта 1966. који регулише прво на исправку, чл. 58, 62.

⁶⁶ Закони о штампи Србије 1870, 1881, 1901, 1904, СХС 1925, Краљевине Југославије 1929.

⁶⁷ Видети о француској званичној исправци и односу са одговором део 11.3.

⁶⁸ Назив *исправка*: закони о штампи Кнежевине Србије 1881, чл. 11, Краљевине Србије 1901, чл. 12, Краљевине Србије 1904, чл. 14, СХС 1925, чл. 26, Краљевине Југославије 1929, чл. 26, СР Србије 1973, чл. 104, Устав СФРЈ 1974, чл. 168, ст. 3, Устав СР Србије, чл. 192, ст. 3, СР Србије 1978, чл. 115, СР Србије 1991, чл. 31, Устав Републике Србије 1990, чл. 46. ст. 5, Устав Савезне Републике Југославије 1992, чл. 37, ст. 1, Републике Србије 1998, чл. 39, САП Војводине 1971, чл. 32, САП Косова 1974, чл. 111.

⁶⁹ Назив *одговор*: закони о штампи Кнежевине Србије 1870, чл. 18, ДФЈ 1945, чл. 18, ФНРЈ 1946, чл. 18, ФНРЈ 1960, чл. 34, Устав Савезне Републике Југославије 1992, чл. 37, ст. 2, Повеља о људским и мањинским правима и грађанским

4. Законодавци и литература нашег региона нису уложили посебан труд да *образложе име* тог института. Међу изузетке спада Константиновићева студија, не само у време када је писана. Тадашњи правници, а и потоњи, листом су се држали легалног имена,⁷⁰ па га нису доводили у питање ни када су имали разне позитивноправне примедбе на бројна друга законска решења Закона о штампи из 1925. и Закона о изменама и допунама из 1929. Константиновићево опредељење за израз „одговор“ а против израза „исправка“ кратко је и јасно изречено, већ на првој страници студије: „[право] на исправку, или, како се боље каже, право одговора“ (1926a, 780), а поновљено у завршном делу студије: „боље [је] право споменутог или означеног лица назвати правом одговора него правом исправке“ (1927b, 203). Колико је то опредељење јасно и кратко, толико је кратко и јасно његово образложење опредељења његове идеје читавог института одговора, а он је у том опредељењу нашао место и за питање назива (1927b, 203–204).⁷¹

5. Питању назива института може се прићи са *разних страна*. На пример, са *лингвистичке* тачке. Ниједан споменути назив из разних језика и разних држава којим се обележава овај институт није аноним ни за један други (нису анонимски пар), дакле, један другоме не представља значењску супротност. Неки од поменутих назива су у односу синонимије (дакле, представљају речи и изразе истог или битно сличног значења); неки су према неком другом називу најближи синоним или су мање близак синоним (а сви су, свакако, синонимски пар и сви свакако припадају истој групи синонимских речи односно израза). Нећу приказивати анализу којом сам дошао до тих налаза. Тим речима и изразима не бавим се, наиме, из лингвистичких разлога него да покушам да утврдим најпримеренију реч односно израз за именовање тог института.

На основу чега одредити назив института: на основу значења речи из назива, домена примене института, његове функције, правне природе, важних услова уређења института, иностраног узора, распрострањености назива, традиције? Само на основу једног разлога, на основу више њих или помоћу свих?

слободама Заједнице држава СЦГ 2003, чл. 30, ст. 4, Устав Србије 2006, чл. 50, ст. 4, Закон Републике Србије 2003, чл. 40, Закон Републике Србије 2014, чл. 80.

⁷⁰ Одговор: Закон о печатњи (штампи) 1870; исправка: Закони о штампи 1881, 1901, 1904, 1925, 1929.

⁷¹ Види и део 8.1. у тексту изнад фн 45. и у тој фусноти.

Као и друге речи, тако се и сви познати називи овог института разликују по своме ширем или ужем значењу. Већ тим *језичким значењем* могу пружити адресатима елементарну представу о ужој или широј садржини права о коме је реч. Ако се узму у обзир сви наведени називи, као и то куда упућују њихова значења, исправка је најужи назив. У односу на исправку подједнако су шири одговор, узвраћање и противни приказ. Исправљањем се може одговорити, узвратити и противно приказивати, али исправљање није у стању да обухвати разне друге радње одговарања, узвраћања и противног приказивања: допуњавање реченог, тражење повлачења реченог, изражавање сумње у садржину аутентичности реченог или неистинитост реченог, сумње у речено, изражавање неког другачијег значења у односу на речено, неутрално реаговање на садржину реченог, па све до изражавања позитивним саглашавањем са реченим. За узвраћање и одговарање, у ствари, не постоји апсолутно непрекорачива језичка граница чак ни у томе да се у свему садржински изједначи са реченим, да буде копија реченог. Противни приказ, пак, баш никада није подесан за саглашавање са реченим (са садржином), за подршку реченом, ни за битно допуњавање. Дијапазон могућих значења назива био би у целини покривен тек једним изразом за који мени није знано да је игде употребљен за овај институт – другачији приказ. Другачији приказ је примерен за све што и одговор, с тим што више него одговор наглашава све оно што је садржински другачије од реченог. Другачијим приказом се у *већој мери* него одговором наглашава да ималац права није садржински сагласан са примарном информацијом. Али, једино за узвраћање и одговарање, у ствари, не постоји апсолутно непрекорачива језичка граница чак ни у томе да се у свему садржински изједначе са реченим и да буду копија реченог. Одговор је једини назив који омогућује да се реакција на речено споменутог потпуно садржински подудара са реченим јер се – с обзиром на значење речи „одговорити“ и „узвратити“ – путем њих могу у свему сагласити а да се и то зове одговор или узвраћање.

Сувишно је рећи да ниједан законодавац, вероватно, не би свом институту дао назив само или првенствено на основу језичког значења речи или израза који би стајали у називу института. Назив института редовно није кључан за решавање правних проблема института, нити сам назив даје основу одлуци о правном питању које се решава. Али је свакако боље ако назив није извор практичних правних проблема, а ни тешкоћа његових решења.

Ретка је прилика да се прати начин на који се неко аргументовано определи за неки изабрани назив института образложивши зашто је стао против једног а за други назив института, као што је у својој

студији Константиновић оставио траг свога поступка (1927b, 203–204). Био је незадовољан не само називом исправка и био је опредељен не само за назив одговор него је био незадовољан уређењем важећег југословенског института а опредељен за уређење француског института. Зато је за њега био неприхватљив југословенски назив исправка, пре свега узак његов домен примене, уска његова функција, узак његов круг титулара, а то се исказало као незадовољство недовољно широким називом исправка, упоређено са знатно ширим називом одговор (1927a, 128–132; 1927b, 203–204). Укратко, Константиновић није оптирао за одређени назив (одговор) а онда заузимао став спрам жељеног уређења института сходно називу, а не обрнуто.

За наш важећи институт најпре бих бирао назив „другачији приказ“, због предности значења које сам навео у поређењу са свим другим називима, због прилагођености функцији института, његове правне природе, домена примене и других елемената законског уређења тог института. Увек сам ипак био за назив „одговор“ у многим приликама (у виду нацрта закона и озакоњених нацрта медијских закона),⁷² подржавајући назив одговор који је у највећем делу српске и југословенске историје права био неоправдано дискриминисан у корист неоправданог протежирања израза исправка.

10. ПОЈАМ ПРАВА ОДГОВОРА И ЊЕГОВЕ ВРСТЕ – МИНИМУМ-ПОЈАМ ПРАВА ОДГОВОРА

1. Систематолошки и таксономски приступ има оправданог смисла када је реч о праву одговора. Ова материја је богата врстама, разноврсностима, сличностима и разликама, међусобним повезаностима и узајамностима, не само ако се ограничимо на домаћу ситуацију него и ако се заинтересујемо за решења из упоредног права и из правне прошлости. Зато нам предстоји да у овом делу записа ставимо на једно место све што је исто или битно слично и да од тога сачинимо један појам одговора (2 и 3) и његове врсте (4–6) и да (у следећем делу 11) од тога одвојимо све што је различито и битно различито од одговора и његових врста.

2. Било је једном једно време када је у свету постојао само један једини појам права одговора. Тај период је кратко трајао: од 1822. до 1831. године. Отада (дакле, од 1831) свет не зна за појам одговора као

⁷² Види текст у делу 7.3. *in fine*.

један једини појам права одговора. Последњу 191 годину велики свет нема један појам одговора, а није ни вероватно да ће га икада имати. Могућност да се мисли и говори само о *једном једином појму* права одговора престала је да постоји већ после девет година од проналаска француског права одговора: године 1831. Белгија и Баден донеле су те године законе о штампи са одредбама другачијим од француског института права одговора.⁷³ Баденски (дакле, немачки) још се више видно конструкцијски разликовао, а ни каснији закони о штампи других држава нису ишли путем само једне од те две стазе – француском и баденском, него су доносиле и своје другачије варијанте права одговора. У правној књижевности је уобичајено да се свет дели на романски и германски систем права одговора по томе да ли је за право одговора свеједно да ли се може одговорити на било коју врсту одштампане информације или се може одговорити само на одштампане информације које представљају чињеничне исказе, а не и на вредносне судове.⁷⁴ Ређе су, али их има, комбинације оба система у истој држави: да је једно решење доминантно (на пример, и за чињеничне исказе и за вредносне), а друго (само за чињеничне), односи се само на неке врсте информација или само на неку врсту медија.⁷⁵ Осим разлике на основу врсте информација (чињенична, вредносна, мешовита), постоје и друге ништа мање правно релевантне разлике између врсти права одговора, рецимо, да ли је право одговора условљено или није тиме да одштампана информација повређује право или интерес или бар може да ствара

⁷³ Белгијски Декрет о штампи од 20. јула 1831. одмах се одвојио од француског тиме што је искључио одговор у научним, уметничким и литерарним критикама, осим ако се исправљају чињенице или одбрана од напада на част (чл. 1, ст. 2), а и још неким разликама. И белгијски највиши суд је континуирано потврђивао да свако ко своје дело изнесе критици јавности тиме се унапред одриче од права на одговор (на пример, *Cour de cassation Belgique*, 17. јун 1887. *Pasicrisie belge*, 1887, 1.313). Видети о историјату Exhenry 1929, 13. Сада важећи *Loi du 23 juin 1961 relative au droit de réponse* (*Moniteur belge* du 8 juillet 1961), измењен путем *Loi du 4 mars 1977 complétant la loi du 23 juin 1961 relative au droit de réponse* (*Moniteur belge* du 15 mars 1977). – Баденски Закон о штампарској полицији и о кажњавању деликата штампе од 28. децембра 1831, као и француски и белгијски, схватан је као корелатив слободе штампе, а разликовао се од оба претходна већ по називу института – исправка (*Berichtigung*), разликовању између исправки које се штампају бесплатно од оних за које се плаћа, а најпре по томе што се односи само на чињеничне тврдње (§ 10). О историјату, а и неразјашњеном питању да ли је Баварска у односу на Баден имала примат у погледу настанка института, видети Kreuzer 1974, 64 фн 13, 65 фн 20.

⁷⁴ Видети део 12.

⁷⁵ Видети примере из француских и белгијских закона у делу 12.2.

слику повређеног права или интереса лица на које се односи.⁷⁶ А ни ту ни изблиза није крај. Све су то елементи конструкције права одговора на којима се заснива неки појам права одговора различит од осталих. Ако би се унапред, с уверењем да постоји један појам права одговора, пришло неком закону који уређује права одговора у тој средини, увек би нас сачекала разна велика изненађења. Знати конкретно уређење права одговора оног закона којим се баш бавимо изискује да се увек испитају доиста сви правни релевантни елементи које сам већ навео – назив, круг ималаца, домен примене, функција, изузеци од постојања, злоупотребивост итд.⁷⁷

3. На основу увида у историју и упоредно право ове материје, налазим да постоји један минимални појам овог института – *минимум-појам* или *костур-појам* – елементи без којих се не може говорити о овом институту. Такву елементарну структуру правног односа налазим у француском моделу права одговора у штампи. Већ сам га представио, упознали смо га као најшире право са најмалобројнијим условима стицања, имања и вршења права.⁷⁸ Без таквих минималних елемената не би требало говорити о овом институту. 1. Лице (subjект информације) на које се односи објављена (примарна) информација медија и које захтева објављивање свог одговора и медиј (у лику уредника, оснивача, штампара или неког другог надлежног) који је објавио такву информацију и који је дужан да објави захтевани одговор. 2. Ако медиј није поступио по захтеву сагласно закону, subjект информације захтева од суда да медиј изврши или правилно изврши обавезу. 3. На суду ни subjект информације не доказује да је објављена информација неистинита а одговор истинит, ни да је повредила његово право или интерес, а ни медиј не доказује истинитост информације и неистинитост одговора као ни да информација није повредила право или интерес subjекта информације. 4. Суд мора да утврди да ли постоји изузетак од права одговора и његовог вршења. 5. Суд пресуђује да ли постоји право да се захтева да се објави одговор односно обавеза да се захтевани одговор објави.

Без иједног елемента нема минимум-појма одговора. Од свих поменутих елемената, један је такав да право одговора односно институт одговора повлачи најважније последице по његове карактеристике и његово разликовање од свих осталих права и института колико

⁷⁶ Видети део 10.3.

⁷⁷ Део 8.6. *in fine*.

⁷⁸ Део 8.2.

год били блиски одговору. *Реч је о елементу под бројем 3. Захваљујући том елементу право одговора је оно што завређује да буде третирано као другачији квалитет од свих осталих права поводом примарне информације.*⁷⁹ Ево три примера.

Минимум-појам одговора подразумева идеју једнакости медија и субјекта информације: као што правни поредак не тражи од медија да докаже истинитост информације пре њеног објављивања, тако ни субјект информације не мора да докаже истинитост ни неистинитост примарне информације и захтеваног одговора да би се одговор објавио. Осим начела једнакости, основ, оправдање и објашњење права одговора је пре свега у праву субјекта примарне информације да одлучи како ће се он својим одговором информационо представити другима и јавности поводом објављене примарне информације. Чешким Законом о периодичној штампи и другим средствима информисања од 1. јануара 1967. тражено је нешто друго: „Главни уредник може одбити објављивање исправке, ако је у могућности да докаже тачност података због којих се захтева исправка.“ Мађарска уредба о питањима штампе бр. 26 од 1. маја 1959. и њена provedбена наредба бр. 4 од 9. јуна 1959. садржала је право исправке неистинитих тврдњи. Ако одговорни уредник не објави захтевану исправку, а повређени субјект информације захтева да уреднику суд то наложи у судском поступку, тада су у том поступку допуштена сва доказна средства, а терет доказа истинитости сноси онај од њих који се позове на истинитост. Ако је тражилац исправке навео неистину о некој битној околности, кривично је кажњаван (Кривични законик Мађарске од 22. децембра 1962, чл. 12). Законом о немачкој организацији *Südwestfunk* изричито се прописује као услов права одговора да је информација противна истини. Било је и тумачења да та одредба, иначе једина која тражи неистинитост насупрот свих више од 50 немачких прописа о праву одговора, нема значај, али је суд изрекао да је та одредба важеће право и мора се поштовати, а неистинитост се мора учинити вероватном.⁸⁰

Осим француског права одговора у штампи, ниједно прошло или постојеће законом уређено право одговора не своди се само на наведено минимум-право односно костур-право. Већина закона тражи

⁷⁹ Видети права у делу 11.1; институти најсроднији одговору су: званична исправка; исправка као квазинегаторни захтев; исправка као одштетни захтев; исправка као средство заштите презумпције невиности; исправка по домаћем закону о медијима; опозив изјаве; јавни одговор и право одговора на објављено обавештење (делови 11.2. до 11.5).

⁸⁰ Упућивања видети у Ebert 1997, 51; Sedelmeier 1997, 690.

још нешто поврх описаног или чак много много више, али не дирају у средишњи елемент бр. 3. Рецимо, француски модел права одговора у штампи за субјекта информације најкомотније је право са најлакшим условима стицања, имања и вршења права, док су захтевнији већ белгијско право одговора у аудио-визуелним медијима а и француско право одговора на интернету и у дигиталним медијима.

Француско право одговора на радију, телевизији и другим аудиовизуелним средствима ограничено је на информације које погађају част и углед физичког или правног лица (Закон 82–652 од 29. јула 1982, чл. 6), а белгијско право одговора сведено је на исправку информације нетачних чињеница или на одговор поводом информације која представља напад на част, а шире је од белгијског права одговора у штампи јер омогућује то право и организацијама које нису правна лица, политичке странке и синдикати (Закон од 4. марта 1977), док у штампи те организације немају право одговора (Закон о праву одговора од 23. јуна 1961).

Као што је у прва три примера (чешком, мађарском и једном немачком) терет доказивања истинитости или неистинитости примарне информације или одговора неспојив са минимум-појмом одговора, тако три друга примера (француски, белгијски и готово свих 50 немачких) не остављају места за дилему да ли је реч о институту одговора.

4. Када је Константиновић писао своју студију, постојало је само право одговора у штампи и периодичним списима; када сам писао своју студију имао сам у виду и радио, телевизију и филмске новости, а не и друге аудиовизуелне медије; прижељкиваног писца домаће треће студије о праву одговора чека интернет који је у Србији још од 1996, а већ мора размишљати о конструкцији права одговора будућности јер са интернетом сигурно није наступио крај ере јавних медија а ни историја медија није још завршена. Изгледа да је одговор правни институт *имун на промену технологије јавних медија* јер га ниједан од тих медија није укинуо као правну појаву, а и са сваким је постао још сложенији институт, да би се свакоме прилагодио. Југославија се држала на нивоу модерне историје масмедија, домаћим медијским законима ширећи домен примене права одговора, чак пре неких других држава – на пример, Немачке и Француске.⁸¹ Препорука Савета министара подстиче државе да прошире право одговора и на онлајн медије.⁸²

⁸¹ Домаћим Законом о штампи и другим видовима информисања од 1960. регулисано је право одговора и на телевизији и радију. У Француској су до тада остали само нацрти о праву одговора на телевизији и на радију из 1937,

5. Домен примене института одговора ширио се као што се ширио круг врста масмедија. Али је идеја института одговора у једном моменту чак прекорачила круг свих постојећих масмедија и кренула у сфере ванмедијских комуникација. Реч је о највећем икада замисливом праву одговора: оном из немачког Нацрта закона из 1959.⁸³ Оно прекорачује границе сваког масмедија јер даје право одговора чак изван сваког масмедија. Названо је *поопштењем, генерализовањем права одговора* (*Verallgemeinerung des Entgegnungsrechts*). Такво право одговора требало је да има свако лице на које се односи било која чињенична тврдња: дакле, право сваког лица поводом сваке информације, независно од масмедија. То је требало да буде одговор „за свакога против сваког“ („für jedermann gegen jedermann“).⁸⁴ Примера ради, као одговор на тврдњу садржану у књизи, одговор на тврдњу саопштену на јавном скупу, одговор на тврдњу садржану у филму, одговор на тврдњу саопштену у позоришту итд. Тај нацрт није постао закон (првенствено због противљења медија), али је показао тенденцију права одговора као института чија се линија примене непрестано ширила. То право одговора требало је да постане део немачког Грађанског законика (новелирањем и проширивањем § 12 BGB).⁸⁵ Такво право одговора требало је да на тај начин прекорачи све границе права медија уопште (и закона о штампи и закона о свим другим масмедијима) јер су широм света, готово век и по, само медији, негде бројнији, негде мање бројни, били једино

1957. и 1959/1960. Видети Biolley 1963, 158–160; Solal, Solal, Gatinеau 1985, str. 117. У Немачкој до тада још нису све радио-телевизијске установе биле обухваћене одредбама о праву одговора. Видети Köbl 1966, 25–26.

⁸² Recommendation Rec (2004)16 of the Committee of Ministers to member states on the right of reply in the new media environment, усвојена 15. децембра 2004.

⁸³ Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode. Drucksache 1237. Anlage 1. *Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschatzes*, од 18. августа 1959. 3–4. *Begründung*. B. Einzelbegründung. Zu Nr. 1. Zu § 20, 24–26.

⁸⁴ Schüle 1961, 56: [Принудна исправка која је развијена за штампу као једно посебно право.] „Оно се сада поопштава, уобличава у правни институт који делује за сваког и против сваког, који се уводи у оквире приватног права и тиме се одваја од његове првобитне форме.“

⁸⁵ Наместо § 12 BGB требало је да ступе §§ 12 до 20 BGB, а у § 20, ст. 1 до 4 уређено је право одговора (Entgegnung). § 20, ст. 1: „Свако ко јавно износи или проноси тврдњу чињеничне природе која је подесна да повреди личност другог лица, обавезан је на захтев тог другог лица да неодложно објави његов одговор (Entgegnung), на исти начин као што је ту тврдњу он изнео или про-нео, или, ако је то немогуће или је неизводљиво, онда на неки други погодан начин. Одговор мора бити ограничен на изношење чињеница и одговарајући по садржају и обиму. Свако ко истовремено коментарише одговор, мора се ограничити на чињеничне наводе.“

станиште института одговора. А такво немачко поопштено, генерализовано, универзално право одговора надилазило би грану права медија и лоцирало би се у целости у грађанско право: од једног специјалног института из приватног медијског права оно би постало један *институт општег грађанског права*.

Југославија је била само *једну годину корак после* неозакоњеног немачког Нацрта, тиме што је законом проширила домен примене одговора. Године 1960. југословенским савезним Законом о штампи и другим видовима информација „зајемчује се право јавног одговора за објављену информацију“, чл. 9, 34–51, 82, 88 (*Службени гласник ФНРЈ* 45/60). Право одговора односило се на информације објављене у штампи и у другим видовима информација, то јест право одговора на информације путем штампе, новина, часописа, билтена, списка, књига, каталога, проспеката, плаката, летака, слика, географских карата, цртежа са текстом и без текста, музичких нота са текстом или објашњењем и других сличних ствари који су израђени на штампарској машини или умножени неким другим механичким или хемијским путем и намењени јавности, повремених публикација, других штампарских ствари и средстава, грамофонских плоча, магнетофонских трака са записима, филмова за приватно приказивање и дијапозитива, који се налазе у промету или се јавно приказују, путем радија, телевизије, путем редовних филмских новина, појединих филмова о посебним поводом (чл. 13, 21, 22, 50, 88, 85). Ни пре а ни касније, дакле ни до данас, право одговора није досегло тадашњи домен примене института одговора, али је задржана његова правносистематизацијска позиција у праву медија. У односу на немачко поопштено, универзално право одговора, југословенско право одговора је *задржало своју правносистематизацијску позицију у праву медија*.

6. Већ неко време није ствар нагађања да ли је право одговора по-десно да постане *институт позитивног грађанског права*. Да институт одговора није незамислив као грађанскоправна установа, позитивноправно знамо бар од 1983. године када се читав институт одговора, са свим његовим члановима од 28g до 28l, сместио у швајцарски Грађански законик. Пре тога је Преднацртом експертске комисије нацрта реформе швајцарског Грађанског законика, који није постао закон, било предвиђено уређење права одговора (у чл. 28g – 28i ZGB) још 1974. године.⁸⁶ Иначе, већ у Мејерсовом (Eduard Maurits Meijers) Нацрту

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.

новог грађанског законика Холандије из 1961. године (*Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek*) било је садржано једно средство, мешавина исправке и одговора као ограничење и ублажење права исправке (чл. 6.3.19): тужилац захтева да се објави његов нацрт исправке, док сам суд одређује коначну верзију исправке у свим модификацијама, измену садржине, врсту новина, уређење текста и др (Haase–Becher 1970, 117–118; Stoll 1972, 163; Rimanque 1974, 166). Али до рада комисије није решено отворено питање да ли је то право једно формално право (то јест условљено доказивањем повреде права и неистинитости информације). Садашња важећа редакција члана 6:167. *Nieuw Burgerlijk Wetboek*-а ближа је уобичајеном одговору.⁸⁷ Још новијег датума је право одговора у Грађанском законнику Грузије из 1997, чл. 18, ст. 4.⁸⁸

Иако је институт одговора институт *приватног права медија*, у грађанском законнику се уређује као институт који се примењује само за правне односе између било ког лица (физичког и правног), али само ако је друга страна медиј (најчешће одговорни уредник). Међутим, ако се право одговора смести у грађански законик, најадекватнија правносистематизацијска позиција била би у *грађанскоправној грани право личности*, не због регулисања односа са медијима, него због функције института одговора којим се уређује однос медија са субјектом информације као имаоцем права личности.⁸⁹

Такав најшири од свих одговора најпре би требало да има место у грађанском законнику где је и требало да буде смештен са другим члановима наместо (и сада) постојећег §12 BGB. Као право грађанског права, интересантно је по својем домену примене, али је и потпуно независно од домена примене по својој природи: јер право одговора није ни средство одштетног права нити је средство негаторног права, него

⁸⁷ Члан 167 [Ст.] „1. Ако је лице одговорно према другом из овог наслова за нетачно или непотпуно објављивање података чињеничне природе, суд може, на захтев тог другог лица, наложити да објави исправку. [Ст.] 2. Исто важи и ако нема одговорности, јер се објављивање не може приписати учиниоцу због његовог непознавања нетачности или непотпуности. [Ст.] 3. У случају из става 2. суд који усваја тужбени захтев предвиђа да трошкове поступка и објављивања исправке у целини или делимично сноси лице које је покренуло захтев. Свака од страна има право на накнаду дела трошкова поступка и објављивања исправке који она сноси по пресуди од сваког ко је одговоран за штету проузроковану објављивањем.“

⁸⁸ Чл. 18, ст. 4: „Лице чија су част и достојанство објављени у средствима јавног информисања има право да објави узвратне информације у истом медију.“ Видети и Andguladze 2001, 238, 235.

⁸⁹ О праву одговора као праву личности, видети део 13.1.

је доиста *својеврсно право*.⁹⁰ Било „уобичајено“ право одговора, било поопштено право одговора, свако право одговора спада међу ретка права које се не уклапају у бинарни код својствен правном поретку, а разликује се од свих других права које субјект информације може да има спрам медија.⁹¹

11. ПРАВА КОЈА НИСУ ПРАВО ОДГОВОРА – ОДГОВОРУ НАЈБЛИЖА ИЛИ НАЈМАЊЕ ДАЛЕКА ПРАВА: *RIGHT OF REPLY*, ИСПРАВКА, ЗВАНИЧНА ИСПРАВКА, ОПОЗИВ-ИСПРАВКА И ЈАВНИ ОДГОВОР

1. Издвајам она права која су најсроднија институту одговора а нису право одговора: америчко право одговора (*right of reply*), право опозива (повлачења), право исправке и право јавног одговора, сва са свим својим врстама. Нека од тих права чак су истог назива – америчко право одговора и право јавног одговора, право исправке је било чак често синоним за право одговора, а и поједине врсте опозива такође се зову исправка. Упркос сличностима неког института, назив института никада није сигуран критеријум за одређивање његове правне природе, па тако није ни за наведене институте. На основу елементарних чинилаца права одговора (који су неопходни за минимум-појма одговора), а посебно на основу тога да повреда права и интереса субјекта информације и неистинитост информације нису потрепштине ниједног од свих тих наведених института,⁹² сви ти институти – упркос својим сличностима са одговором – нису манифестације нити су врсте института права одговора.

2. Амерички *right of reply*, али предложен да буде модификован на начин европске конструкције права одговора, имао је у америчкој правној књижевности прилично симпатија у другој половини 20. века (Baron 1967, 1659; Botein, 1969, 303; Dewall 1973, 59, 61, 66). У законодавству се, међутим, до данас ништа није променило. Право одговора у САД, и то само у Невади и у Мисисипију, постојало је још у 19. веку. Али они не одговарају минимум-појму права одговора. Иако се зову *right of reply*, разликују се од права одговора пошто су спојили у једно нека својства одговора са неким елементима једног другачијег института – опози-

⁹⁰ О праву одговора као праву *sui generis*, видети део 13.3.

⁹¹ О праву одговора у односу на типичан правни бинарни код, видети део 15.2.

⁹² Видети о средишњем елементу минимум-права одговора део 10.3.

ва (*retraction*) (Donelly 1948, 893–894; Laflar 1952, 423; Haase-Becher 1970, 142–144; Dewall 1973, 64). Осим тога, субјект информације нема могућност да захтевани одговор оствари и заштити судским путем (Jaffe 1968, 550; Dewall 1973, 65). Коначно, једини притисак на медиј да објави одговор (који се зове саопштење) субјекта информације јесте посредан и тек условно ефикасан – у виду привилегије медија: субјект информације тврди да је повређен примарном информацијом и да има право на накнаду штете, а медиј може да се позове на то да је добровољно објавио захтевано саопштење чиме се ослобађа обавезе накнаде штете или њеног дела (Dewall 1973, 65; Haase-Becher 1970, 141).

Независно од института *right of reply*, ту правну технику познавало је енглеско право одавна: ако добровољно одштампа одговор на примарну информацију, штетник се ослобађа обавезе накнаде или му се она умањује (Kreuzer 1974, 86). Законске одредбе о томе постоје у великом броју америчких држава.

Минимум-појму одговора не одговарају ни амерички ни енглески захтеви субјекта информације према медију, а медиј по својим правилима и по сопственој процедури процењује да ли је оправдано да објави тражену изјаву (на пример, правила BBC). Не постоји судски пут. Америчка правила ограничена су на политичке, посебно изборне кампање. У САД је, у виду првог амандмана, увек постојала велика, непрелазна препрека да суд може да ишта наложи штампи да нешто објави уместо онога што штампа сама не би добровољно објавила.

3. Бар чак пет различитих института носи исто име – *исправка*. Од та четири ниједан није институт одговора ни његова врста (јер не одговара елементарном минимум-појму одговора). Један од тих пет института (службена исправка) постепеним променама готово потпуно се изједначио на крају са одговором, мада се и даље зове исправка. Од ње крећем.

Службена (званична, официјелна, принудна, обавезна) исправка старија је од сваке друге исправке (*droit de rectification*) и сваког одговора (*droit de réponse*).⁹³ Службена исправка је акт власти, институт јавног права. Достављену исправку штампа мора беспоговорно да објави, без икаквих измена. Њено језгро је свуда једнако и служи ауторитарној

⁹³ Нешто приближно званичној (официјелној, службеној, принудној) исправци познавала је Аустрија још у 18. веку, што је било уређено уредбом *Resolutio Leopoldus* од 22. маја 1771. године (видети Köbl 1966, 19 фн 2 и друге изворе на које упућује у фн 3; видети и Dolenc 1934, 179). По наредби власти, објављена тврдња се морала опозвати (повући), што представља обавезу која је ближа обавези института опозива, а и његовим грађанскоправним претходницама

контроли штампе, негде административној, негде судској, а детаљи су различити у разним државама. Заједничко јој је са цензуром само то да обе као споредну улогу могу да остваре заштиту добара личности, нарочито части, угледа и приватног живота (уп. Klein 1980, 117; Mahlke 2005, 10).

Службена исправка, без промене свога имена, претрпела је еволуцију сопствене природе: власт сада има готово исту позицију као сваки други ималац права одговора и готово се потпуно изједначила са правом одговора. Раније је, за разлику од права одговора, на пример, објављивана на врху прве странице новина, док је одговор пратио место у новинама где је одштампана информација на коју се одговара, штампала се увек већ у првом следећем броју, казна за нештампање или неправилно штампање надилазила је ону за нештампани одговор и др. Такође, висина казне за необјављивање обе су изједначене, све ређе се употребљавала од одговора, власти је дата могућност да изабере између *droit de rectification* и *droit de réponse* и др. Од промена законом из 1881. године службена исправка је губила подручје примене (Koch 1995, 11). Поравнала се практично са одговором, укидањем карактеристика које су је чиниле привилегованим инструментом власти у односу на одговор. Службена исправка је прошла кроз процес натурализације или дестилације тако да је завршила као натурализован одговор или дестилована исправка. Француска службена исправка је практично једно право одговора ограничено својом сврхом да пружи прилику јавности да јавни службеници исправкама настоје да јавност не добије погрешну представу о радњама јавне управе (Delieux 1985, 439; Koch 1995, 11). Ако је меримо минимум-појмом права одговора,⁹⁴ не разликује се од права одговора јер тврдња из захтева за објављивање исправке да је примарна информација неистинита не доказује се и не утврђује у судском поступку као што се не доказује ни код одговора (Solal, Solal, Gatineau 1985, 112; Koch 1995, 12, 121).

Из историје је знан и супротан, ретроградан правац: да се службена исправка још више удаљила од исправке и одговора, што се догодило са југословенском службеном исправком. Док је француска службена исправка губила своја својства, југословенска службена исправка 1929. Законом о изменама и допунама Закона о штампи из 1925. постала је

(међу осталим, и *actio recantatoria*) него исправци. Званичну исправку (*droit de rectification*) Француска је увела 9. јуна 1819, а доцније и немачке државе (*Berichtigungszwang*).

⁹⁴ Видети део 10.3.

још радикалнији инструмент ограничавања слободе штампе:⁹⁵ од тада је власт имала ничим ограничену могућност да наложи штампи да објави сваку исправку „без икаквих услова“.⁹⁶

Један трећи институт са именом *исправка* јесте право физичког или правног лица којем су неистинитом, непотпуном или нетачно пренетом тврдњом повређени част, углед, идентитет, приватност и друго добро личности да захтева од повредиоца да објави исправку повређеног да је објављена тврдња неистинита, непотпуно или погрешно пренета. Неистина се исправља исправком као средством обнове повређеног добра. Негде је исправка по својој правној природи (квази)негаторна (као врста тужбе за уклањање, *Beseitigungsanspruch*), на пример, у немачкој и аустријској судској пракси и литератури изведена је аналогном применом §§ 823 i 1004 BGB, по швајцарском Грађанском законнику (чл. 28а, ст. 2), а негде је по правној природи средство накнаде неимовинске штете, као одредбама по Скици професора Константиновића (чл. 161)⁹⁷ и 300 (чл. 199).⁹⁸ Ако повредилац не поступи по захтеву, за успешан

⁹⁵ Године 1929, чланом 9 Закона о измени и допуни Закона о штампи из 1925. донета је одредба: „Уредник новина или повремениог списка дужан је безусловно да прими и оштампа у наредном броју новина или спису сваку исправку о чињеницама изнетим у његовом листу, коју му пошаље власт.“ Тиме је службена исправка – за разлику од исправке и одговора – постала апсолутна обавеза јер је штампа била обавезна да објави сваку достављену службену исправку власти, између осталог, иако се није ни односила на власт. Право одговора односно исправке је и даље било право са изузецима (оних пет изузетака из чл. 28, којим је чл. 9 стављен ван снаге за службену исправку), док је службена исправка постала апсолутна обавеза, без иједног изузетка.

⁹⁶ Било је и других правника који су били незадовољни овим решењем, али су најкритичнији били Долени: „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), и Илић (1931, 24–28, 33–34).

⁹⁷ Константиновић 1969: „Одсек V. Накнада неимовинске (моралне) штете, Чл. 161. ст. 1. У случају повреде права личности суд може наредити објављивање пресуде на трошак штетника, или објављивање исправке, или да штетник повуче изјаву којом је повреда учињена, или што друго чиме се може постићи сврха накнаде.“

⁹⁸ Нацрт грађанског законика Србије из 2015, „Одсек 5. Накнада неимовинске (моралне) штете. Објављивање пресуде или исправке и сатисфакција.“ Члан 357: „У случају повреде права личности суд може наредити објављивање пресуде на трошак штетника, или објављивање исправке, или да штетник повуче изјаву којом је повреда учињена, или што друго чиме се може постићи сврха накнаде“. Чл. 357: „Суд ће поред такве накнаде или уместо ње, и независно од накнаде имовинске штете, као и у одсуству имовинске штете, до судити повређеном на његово тражење одређену своту новца за претрпљену неимовинску штету, кад нађе да је таква новчана накнада у датом случају

исход тужбеног захтева неопходно је – без обзира на правну природу захтева – да се утврди неистинитост тврдње и повреда права личности или добра. Кад је захтев (квази)негативан, потребна је противправност, а када је одштетан захтев – душевна бол, узрочна веза, кривица односно понашање које је скривљено и одступа од правила (*faute*). Али, баш ништа од тога нису потрепштине института одговора (као по минимум-појму одговора).⁹⁹

Четврти институт са именом *исправке* је право физичког лица, чије је право на поштовање презумпције невиности повређено тврдњом да је крив мада против њега још није донета пресуда, да захтева од суда да се његова исправка обелодани путем медија или на други јавни начин.¹⁰⁰ За разлику од сваког одговора који је институт права медија, домен примене ове исправке није ограничен само на примарне информације медија него као општи грађанскоправни институт важи и за све такве неистините тврдње изван било ког медија. А за разлику од сваког одговора, да би суд наложио обелодањивање те исправке, мора утврдити да је примарна информација неистинита (дакле, да субјект информације није осуђен), док се у поступку за објављивање захтеваног одговора на примарну информацију суд не бави њеном неистинитошћу или истинитошћу (сходно минимум-појму права одговора).¹⁰¹

оправдана тежином кривице или тежином нанесене штете.“ „Алтернатива: Претходни члан мења се тако да гласи: Објављивање пресуде или исправке Члан 358: У случају повреде права личности суд може наредити, на трошак штетника, објављивање пресуде, односно исправке, или наредити да штетник повуче изјаву којом је повреда учињена, или што друго чиме се може остварити сврха која се постиже накнадом.“ „На захтев штетника, суд може донети пресуду којом се само утврђује да је штетник повредио право личности.“ – У Француској не постоји захтев који би се звао исправка овакве садржине, ни у виду законске одредбе, ни у судским одлукама. Најприближније одговору су поједине одлуке којима је суд на основу чл. 1382, 1383. Грађанског законика наредио туженом да се објави пресуда у медију у коме је била објављена примарна информација. Видети Trib. civ. de la Seine 25. 7. 1966, *Juris-Classeur periodique* 1966, II, 14875; Auby, Ducos-Ader 1982, 605; Koch 1996, 19.

⁹⁹ Видети део 10.3.

¹⁰⁰ Чл. 9–1 *Code civil*, измењен 16. јуна 2000. (Ст. 1) „Свако има право на поштовање претпоставке невиности“. (Ст. 2) „Када је неко лице пре било какве пресуде јавно приказано као криво за чињенице које су предмет истраге или судске истраге, судија може и у скраћеном поступку, не доводећи у питање накнаду претрпљене штете, прописати све мере, као што је убацивање исправке или дистрибуција саопштења за јавност, у циљу окончања напада на претпоставку невиности, и то на рачун особе, физичке или правне, одговорне за ово достигнуће.“

¹⁰¹ Видети део 10.3.

По свему томе и пети институт са именом *исправка* има баш све карактеристике као и поменути трећи и четврти институт (дакле, исту функцију и све потрепштине), са једном разликом у домену примене: трећи и четврти представљају опште институте грађанског права (и законика), док је пети специјални институт права медија; пети је употребљив само против штампе и других масмедија, док трећи и четврти служе против свих изјава које су и изван масмедија; док трећи и четврти започиње вансудским захтевом, а судским путем се наставља тек онда ако вансудски захтев остане без успеха, пети представља директан тужбени захтев. У нашем праву је исправка као општи грађанскоправни институт (чл. 199 300) поднормирана¹⁰², а право исправке као институт медијског права детаљно је уређен законима о медијима.¹⁰³ Али ни као медијски институт, исправка не поседује карактеристике института одговора (дакле, нема елементарне одлике минимум-појма одговора) већ напротив: неистинитост примарне информације и повреда права и интереса примарном информацијом неопходни су услови за право на медијску исправку.

4. Много тога што важи за исправку изјаве у медијима и изван медија, важи и за *опозив (повлачење) изјаве* изван медија и у медијима. Али, право опозива и све његове врсте¹⁰⁴ битно су различите од одговора

¹⁰² За разлику од држава са честом праксом употребе – нарочито у Немачкој, Аустрији и Швајцарској – где је исправка у пракси судова и литератури детаљно нормирана.

¹⁰³ Уређен је први пут Законом о јавном информисању 2003, чл. 47. и даље, а није промењен важећим Законом о јавном информисању и медијима из 2014, чл. 84. и даље: „Право на исправку“. Члан 84 (ст. 1) „Лице чије су право или интерес повређени неистинитом, непотпуном или нетачно пренетом информацијом може тужбом захтевати да суд одговорном уреднику нареди да, без накнаде, објави исправку те информације као неистините, непотпуне или нетачно пренете“. (Ст. 2) „У парници ради објављивања исправке расправља се о неистинитости, непотпуности или нетачности пренете информације, као и о томе да ли је информацијом повређено право или интерес тужиоца“. Видети и Закон о медијима Црне Горе од 27. јула 2020, чл. 49 (ст. 1): „Свако чије је право или интерес повријеђен неистинитом, непотпуном или нетачно пренијетом информацијом има право да од главног уредника захтијева да објави исправку неистините, непотпуне или нетачно пренијете чињенице, без накнаде.“ Чл. 53, ст. 8: „У споровима ради објављивања одговора или исправке расправљање је ограничено на утврђивање чињеница од којих зависи обавеза медија да објави одговор или исправку.“

¹⁰⁴ Највећи број врста опозива срећемо у немачкој пракси и литератури, видети, на пример, Kamps 2008, 768–797; Prinz, Peters 1999, 465–469; Steffen 1997, 398–404; Vodinelić 1975b, 16–18. – Још у 19. веку опозив је имао својства због којих се у 20. веку избегава као институт: води понижењу опозиваоца изјаве. Ослобођен тих својстава, у 20. веку опозив је једно од најчешће

и њених врста, а и од свих одговору сличних института (од америчког *right of reply*, службене исправке, сваке исправке, јавног одговора). Не само по елементима минимум-појма одговора,¹⁰⁵ него и по једној другој ствари. Институт опозива, наиме, правни је однос два лица која су у обрнутим улогама неголи код одговора и код свих осталих поменутих института. Лице повређено изјавом захтева од изјавиоца (у штампи и другим медијима и у ситуацији ван медија) да опозове (повуче) своју изјаву, а у свим осталим институтима повређени захтева од медија да објави изјаву повређеног. Укратко, опозив се битно разликује од одговора и од свих његових врста јер је опозив радња повредиоца, а одговор је радња медија. У неким државама одговор се зове исправка, а има особине опозива (Kamps 2008, 769, 783–784). Својим богатим врстама, као резултатима праксе судова и литературе, опозив омогућује обема странама да изаберу ону варијанту опозива која се највише прилагођава њиховим интересима.¹⁰⁶ Некада је опозив-исправка таква најподеснија врста.

5. Можда би неко „јавни одговор“ уврстио у породицу института „одговора“ због заједничког назива „одговор“ и његовог придева „јавни“. Али у време када је тај институт уведен, институт одговора се звао исправка и с њом заједно чинио је исти одељак закона.¹⁰⁷ Тај оригинални

употребљаваних инструмената у пракси. – У Француској се не среће под именом опозив (повлачење) изјаве, а ретке су и одлуке када суд обавезује туженог да усмено, писано и другачије изјави да је нешто погрешно изнео (нпр. 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), видети Stegmann, 2004, 465, 502; Krämer 2001, 93; Vodinelić 2013, 92–93; Koch 1995, 19.

¹⁰⁵ Видети део 10.3.

¹⁰⁶ О поднормираности опозива код нас (Vodinelić 1998b, 192) важи што и за исправку по чл. 199. 300, видети део 11.3. *in fine*.

¹⁰⁷ Закон о јавном информисању Србије (пречишћен текст), *Службени гласник* 5/78, 48/82, Закон о јавном информисању, *Службени гласник* 29/73, 32/73, 32/73, 36/73, 39/73, 32/75, „IX. Саопштење, одговор и исправка“ 2. Одговор Чл. 103, ст. 1. „Радни људи и грађани, друштвено-политичке заједнице, њихови органи, друштвено-политичке и друге организације удруженог рада имају право на јавни одговор у вези са информацијом која је била објављена у средствима јавних информација, ако се одговором битно допуњују чињенице и подаци из објављене информације.“ Ст. 2 „Општи актима организације којој се упућује захтев за јавни одговор одређује се ближи услови под којима се јавни одговор објављује.“ Ст. 3. „Ако захтев за јавни одговор буде одбијен, подносилац захтева има право приговора. О приговору одлучује издавачки савет новинске одн. програмски савет радио-дифузне организације.“ – Закон о јавном информисању САП Косово, *Службени лист* 7/74, „IX Саопштење, одговор и исправка“ 2. Одговор, чл. 110.

југословенски институт, један од резултата југословенске правне креативности тога времена, појавио се у републичким и покрајинским законима о јавном информисању почетком седамдесетих година 20. века, али, за разлику од исправке, никада није овенчан уставним статусом.¹⁰⁸ Свејугословенском јавном одговору је услов да се њиме битно допуњују чињенице и подаци из објављене информације.¹⁰⁹ Свејугословенски јавни одговор је био и остао изразито подрегулисан. Јавном одговору, за разлику од правог одговора, између осталог, није била обезбеђена тужба односно судско остваривање,¹¹⁰ недостајали су у потпуности изузеци када не постоји јавни одговор и када се не може вршити, разлози за злоупотребу вршења итд. Као што свако право одговора подразумева и тражи бројна законска формална и техничка правила да би ваљано функционисало, била она искључиво законска, корегулаторна или ауторегулаторна, то овде није био случај. Иако им је законом била постављена обавеза да својим општим актима уреде услове, приговор као средство и друго, медији нису показали већи ентузијазам у његовом уређивању својим актима. Цео институт је започео као идеја да се подрушти што веће учешће грађана и организација у сфери саопштавања

¹⁰⁸ Устав СФРЈ, *Службени лист СФРЈ* 8/74, чл. 168, ст. 3, као и ранији и потоњи други републички и југословенски уставни, нису познавали институт „јавни одговор“, ни по имену, а ни материјално, по садржини. Устав Савезне Републике Југославије из 1992, у члану 37. јемчио је у ст. 1, реч 1. „право на исправку објављеног нетачног обавештења којим се повређује нечије право или интерес“, а у ст. 2, „право на одговор у средствима јавног обавештавања“. То „право одговора“ није било „право јавног одговора“ из ранијег правног поретка. Не само зато што се више није звало „јавни одговор“, него што већ српски Закон о јавном информисању из 1991. у чл. 30 више није медијима дао право и обавезу да они својим општим актима уређују то право одговора, а незадовољно лице више није остваривало свој захтев за објављивање одговора вансудским путем, у унутрашњем поступку у медију. Од када је Уставом Југославије из 1992. зајемчено право одговора, то право се остваривало у судској процедури, као и било која друга уставом зајемчена права. Ранији „јавни одговор“, кога је медиј уредио својим општим актима и који је оствариван вансудским путем, био је један институт који је различит од института одговора у смислу минимум-појма одговора, а нови „одговор“ био је сада једна врста истог института као што је „исправка“ једна друга врста истог тог института. Законом о јавном информисању Србије из 1998. настављено је обједињавање одговора и исправке као две врсте једног истог правног института, чл. 37–38 (одговор), чл. 39–41 (исправка). Тек Закон о јавном информисању Србије из 2003. под именом одговор (чл. 47, ст. 1–3) и именом исправка (чл. 47, ст. 4–5) уредио је два различита правна института, а не две врсте једног института.

¹⁰⁹ Моје критике тог института: Vodinelić 1977b, 90; Vodinelić 1978, 297–300.

¹¹⁰ Савети медијских организација одлучивале су о остваривању захтева да се објави јавни одговор.

јавности, као креатора информација.¹¹¹ Већина теорија о правној природи института права одговора није примењива на свејугословенски институт.

Јавни одговор није надживео распад Југославије, осим у Словенији. Тај словеначки институт – који је у међувремену изгубио придев „јавни“ одговор – преживео је не само распад наше негдашње државе него је чак добио додатну снагу поновљеним уставним гарантовањем¹¹² и одредбама у Закону о медијима из 2001. године, чл. 42–43, 44,¹¹³ дорађен одлуком Уставног суда, тако да је правно заокружен (у односу на његовог тек елементарно уређеног претходника). Званично му је име „*право одговора на објављено обавештење*“. О том словеначком преостатку некадашњег свејугословенског јавног одговора овако се изразио један словеначки аутор: „Он је својеврсни делимични остатак некадашњег уставног права објављивања својих мишљења, важних за јавност, али наравно није могао преживети упркос својој мегаломанској димензији.“¹¹⁴ Домен примене словеначког одговора је одређенији од

¹¹¹ Шездесетих година идеја самоуправљања и у сфери јавног информисања проширила се и на исправку односно одговор. Рецимо, сматрало се да би уместо одговорног уредника одлуку о захтеву за објављивање исправке одговорног одговора требало да доноси „неки колективни, пре свега самоуправни орган радне организације за информисање“, а у другом степену одлука о објављивању исправке односно одговора, уместо редовног суда, пренела би се „у надлежност неке друштвене организације, у којој би интереси глобалног друштва били најбоље заступљени. У садашњим условима за то би најпогоднија била Стална конференција ССРПЈ, и то неки њен Савет или можда чак и њена Секција за информисање“ (Marjanović 1967, 227, 229, 225–236). У следећој деценији, закони о јавном информисању задржали су право исправку (негдашњи јавни одговор) у надлежности и одговорног уредника и суда, а за новоуведени институт „јавни одговор“, као нову идеју о подруштвљења, одлуку о објављивању доделили су савету медија.

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 и 92/21 – UZ62a), чл. 40, „Pravica do popravka in odgovora“: „Гарантује се право на исправку објављеног обавештења које утиче на право или интерес појединца, организације или тела, а гарантује се и право на одговор на објављену информацију.“

¹¹³ Zakon o medijih (ZMed), 6. одељак „Право исправке или одговора“. „Право одговора на објављену информацију“, чл. 42–43. „Заједничка одредба“, чл. 44.

¹¹⁴ „Институт, који се код нас зове ‘одговор’, међутим, није одговор у циљу заштите приватних интереса, већ одговор у јавном интересу (његов садржај јасније је дефинисао тек Уставни суд). Ово другде непознато право ‘пробија’ такву класичну (или ‘спољну’) као и такозвану унутрашњу слободу штампе (која укључује специфична права уредника и новинара спрам власника медија). Он је својеврсни делимични остатак некадашњег уставног права

својих свејугословенских претходника: „Право одговора на објављено обавештење. Члан 42. Закона о медијима: (1) Право на одговор има за циљ да обезбеди јавни интерес у објективном, свеобухватном и благовременом информисању као једном од неопходних услова за демократско одлучивање о јавним пословима. (2) Свако има право да захтева од главног и одговорног уредника да бесплатно објави његов одговор на објављену информацију са којима се доказивим наводима демантују, битно исправљају или битно допуњују наводи о чињеницама и подацима у објављеној информацији.“¹¹⁵ Уређен је и неким законским правилима, а такође и сходном применом законских одредаба о праву исправке (који одговара институту права одговора) (чл. 44).

Као и бившем свејугословенском јавном одговору, тако и актуелном словеначком одговору недостаје једна особина без које нема ниједног института одговора (особина неопходна за минимум-појма одговора):¹¹⁶ објављена информација мора се индивидуално односити на титулара. Док титулар има право одговора само ако се објављена информација индивидуално односи на њега, право словеначког одговора има баш било ко, дакле свако а да га се објављена информација уопште индивидуално не тиче. Док је институт одговора иначе класично субјективно право индивидуалног имаоца, словеначки одговор (као и његов свејугословенски претходник) једно је популарно право (*actio popularis*). И такво словеначко право одговора је шире и од мени знаног најширег постојећег и до сада замишљеног права одговора јер сваки титулар права одговора мора имати неку индивидуалну повезаност са објављеном информацијом. Како је писао Константиновић (1927b, 203), основ и циљ права одговора „захтевају да право одговора буде признато не само лицима чије је име било споменуто, већ по старој француској формули, и *лицима која су на буди који начин, макар и најзавијеније, била означена у неком напису*“ (курзив В. В. В.). У савременом приватном праву медија, за било које право према медију титулар мора да буде на било који начин бар *препознатљив* у вези са информацијом (Vodinelić 2003, 84–85, 88–89, 91–92, 98, 102). Тај минимални неопходни услов изражава се различито у правној историји и упоредном праву института одговора. На пример, право одговора има свако лице које је у објављеној информацији „именовано или на други начин назначено“,

објављивања својих мишљења, важних за јавност, али наравно није могао преживети упркос својој мегаломанској димензији“, Krivic 2000. Povzetek. 7 = Krivic 2000. Summary. 7.

¹¹⁵ Чл. 42 Zakona o medijima Slovenije од 11. 5. 2001 (Zakon o medijih (ZMed), Uradni list RS 35/2001).

¹¹⁶ Део 10.3.

„имплиците назначено“, „да се она на њега односи“, „да га се она тиче“, „да га се она дотиче“, „да га она погађа“, „да се о њему ради“, „да се на њега односи“, „да је одредив“, а да и не идем даље са тиме „да је нападут“, „да му је право или интерес повређен“, „да је увређен или оклеветан“ и др.¹¹⁷ Одговор се, дакле, увек тиче информацијом довољно одредивог лица, док је у свејугословенском и словеначком одговору титулар је баш било ко, на начин популарне тужбе (*actio popularis*). Без те индивидуалности информације (којим од начина је она била изражена) нема у приватном медијском праву субјективних права спрам медија. Свејугословенско и словеначко право одговора задовољавају се тиме да објављена информација, на коју се има право реаговања, нема баш никакву индивидуалну повезаност са титуларом, баш никакву с њим индивидуалну копчу. Надаље, титулар таквог права одговора је замишљени претендовани јавни функционер, који у јавном интересу и јавности ради, има нешто да доказивим наводима битно оповргне, исправи и допуни у односу на било коју објављену информацију. Осим тога, да би одговарао минимум-појму института одговора, словеначком одговору је препрека то што му је услов да одговор служи доказивим наводима о битном оповргавању, исправљању и допуњавању објављене информације.

12. САМО ЧИЊЕНИЧНИ ИЛИ И ВРЕДНОСНИ ИСКАЗИ

1. Када се године 1831. баденски закон о штампи придружио француском, то није била само добродошла принова у тада тако малу породицу института одговора, него и једна прва велика подела у историји породице института одговора по једној линији која и данас делује: свет права одговора се од тада надаље почео делити на државе тзв. *романског* и тзв. *германског система одговора*, а разврставање по тој линији и данас делује. У германском систему одговора реаговати се може само

¹¹⁷ Налазим да бар ови изрази спадају међу оне који творе најшири круг ималаца активне легитимације за тражење објављивања одговора на приватну информацију: „означен“, „имплицитне означен“, „да се информација на њега односи“, „да га се тиче“, „да га се дотиче“, „да га погађа“, „да је с њим у вези“, „да је информација с њим повезана“, „да је препознатљив“, „да се о њему ради“, „да је одредив“ и др. Наравно, тумачи могу свакоме од тих израза дати што уже што шире значење. Тако су се у Француској, поводом чл. 13, ст. 1 Закона о слободи штампе, судови и писци разилазили о томе да ли „назначен“ у информацији значи што и „погођен“ – „mise en cause“, или тај израз представља додатни услов за имање права одговора и активну легитимацију. Видети у Koch 1995, 24–25.

чињеничним тврдњама и само на чињеничне тврдње (краће, али мање прецизно: чињеницама на чињенице). Француско право одговора, и сва друга која га у томе следе, и даље чувају највећу ширину и најлакше услове за стицање, имање и вршења права одговора и у погледу тога што одговор може да садржи и чињеничке тврдње и вредносне тврдње поводом и чињеничних тврдњи и вредносних тврдњи. Сваким од до сада више од 20 законских медијских закона из Србије и Југославије,¹¹⁸ од првог до најновијег, био је дозвољен одговор (звао се тај одговор или исправка) једино по принципу: само чињеничне тврдње само поводом чињеничних тврдњи. Германски систем права је конструисан по формули: само чињеничне тврдње против само чињеничних тврдњи, а романски по формули: било чињеничне било вредносне тврдње поводом било чињеничних било вредносних тврдњи.

Тако ствар стоји и сада у свим негдашњим југословенским државама.

Константиновић (1927b, 203, *passim*), као присталица француског, најширег права одговора – „Право одговора мора се признати, без икаквог услова, свакоме који је ма којим поводом био поменут у неком дневном листу или повременом спису“; „Право одговора произилази, у главном, из елементарне идеје, да нападнутоме треба дозволити да се брани истим средствима којима је и нападнут. Њега треба дати свакоме који је изведен путем штампе пред публику на ма који начин, у ма ком виду и у ма ком циљу“ (Константиновић 1926b, 886) – није се бавио том разликом чињеничних и вредносних тврдњи као ограничавајућим чиниоцем права одговора, упркос томе што су тадашњи домаћи закон и сви претходни закони о штампи ограничавали одговор на чињеничне тврдње, тако и сва литература, а ни пракса судова од тога није одступала.

¹¹⁸ *Закон о печатњи (штампи)* Србије 1870. (измене и допуне 1875. и 1879), *Закон о штампи* Србије 1882 (1884, 1898), *Закон о штампи* Србије 1901, *Закон о штампи* Србије 1904. (1907), *Закон о штампи* Краљевине СХС 1925 (1929, 1931), *Закон о штампи* Југославије 1945, *Закон о потврди и изменама закона о штампи* Југославије 1946, *Закон о штампи и другим видовима информација* Југославије 1960. (1965, 1965, 1974), *Закон о штампи и другим видовима информација* Војводине 1971 (1974, 1977), *Закон о штампи и другим видовима информација* Косова 1980, *Закон о јавном информисању* Србије 1973 (1975, 1977, 1978), *Закон о јавном информисању* Србије 1982, *Закон о јавном информисању* Војводине 1982, *Закон о јавном информисању* Косова 1988, *Закон о јавном информисању* Војводине 1989, *Закон о јавном информисању* Србије 1991, *Закон о јавном информисању* Србије 1998, *Закон о јавном информисању* Југославије 2001, *Закон о јавном информисању* Србије 2001, *Закон о јавном информисању* Србије 2003. (2005, 2009, 2010), *Закон о јавном информисању и медијима* Србије 2014 (2015, 2016).

Као што у Француској нема залагања за свођење одговора на чињеничне тврдње,¹¹⁹ тако ни у Немачкој нема снажније заступљених идеја да се подручје примене одговора прошири са чињеничних исказа и на вредносне тврдње.¹²⁰

Сажећу шта се наводи у корист романског система: – Наводи се да је једноставнији од германског јер уопште не изискује да се информација квалификује да би се утврдило да ли у конкретном случају постоји право одговора. – Једноставнији је јер не тражи да се дефинишу кључне категорије чињеничне и вредносне тврдње. – Једноставнији је пошто не постоји сагласност о критеријуму за разликовање чињеничних и вредносних исказа. Једноставнији је јер и ако се одреди критеријум, редовно постоји несагласност о конкретном случају. – У пракси се није потврдила бојазан медија да ће се преоптеретити одговорима са вредносним исказима. – Захваљујући томе што су и вредносни искази предмет права одговора, не ограничава се полемика у важним темама, нарочито политици, привреди, уметности, књижевности.

У оптицају су ови аргументи у корист германског система: – Једноставност романског система ни судска пракса ни теорија није сматрала разлогом за напуштање германског система. – У бројним случајевима вредносних исказа одговор не долази у обзир већ по природи ствари (на пример, због саморекламирања, непристојности и неуљудног одговора). – Преоптерећеност медија одговорима као вредносним исказима. – Отежавање да медији остваре своје редовне задатке оптерећеношћу бројем вредносних исказа. – Одговори са вредносним исказима омогућују лицима да дођу на медије иако по новинарским мерилима то не би ни могли, чиме постају наметнути сарадници медија. – Одговори са вредносним исказима где не постоји ни теоријска могућност убеђивања друге стране и публике и доказивања ичега. – У бројним случајевима вредносни искази се не односе на некога индивидуално а за сваки одговор је законски услов да се он дотиче одређивог лица. – Пошто је по закону недопуштен одговор чија је неистинитост очигледна, одговор се не може правдати немогућим вредносним исказом. – Ничим се не могу правдати одговори са вредносним исказима који су свима слободни.

¹¹⁹ Разликовање чињеничних тврдњи и вредносних исказа има велики (и практични) значај за примену оног дела француског Закона о слободи штампе из 1881. којим се уређују односи поводом дифамације (деликти *injure* и *diffamation* – увреде и клевете), али не за део Закона којим се уређује право одговора.

¹²⁰ Видети, на пример, 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.

За разлику од првог документа Савета Европе из 1974. који се односи на право одговора појединачно, правних лица и тела повређених дифаматорним чињеничним и вредносним исказима,¹²¹ препорука Савета министара 2004 говори о праву одговора који се тиче нетачних и погрешних чињеничних исказа, с тим што је остављено чланицама да ли ће право одговора проширити и на вредносне тврдње.¹²² Што се тиче Европске уније, директива о Телевизији без граница¹²³ из 1989. односи се на право одговора (или друга еквивалентна правна средства) лица повређених дифаматорним чињеничним исказима. Директивом о аудиовизуелним медијским сервисима¹²⁴ из 2010. препоручено је проширење подручја примене и на онлајн садржаје. Стразбуршки суд се бавио у оних неколико случајева правом одговора, али у средишту проблематике није било разликовање чињеничних и вредносних тврдњи. Међутим, Суд у случају *Kaperzynski v. Poland*, одлучујући да је предметна изречена санкција због необјављивања одговора несразмерна а није неопходна у демократском друштву, истовремено је исказао „да право на одговор, као важан елемент слободе изражавања, спада у делокруг члана 10. Конвенције“ и да право одговора „проистиче из потребе не само да се може оспорити неистинита информација, већ и да се обезбеди плуралитет мишљења, нарочито о питањима од општег интереса као што су књижевна и политичка дебата“.¹²⁵

Без обзира на речене препоруке, директиве и одлуке Стразбуршког суда, у кругу држава Савета Европе и Европске уније налазимо, као и иначе широм света, довољно примера да коегзистирају и романски и германски систем права одговора.

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 Апл. бр. 43206/07, одлука од 3. априла 2012, став 66.

2. Већина европских правних поредака прихвата германски систем (видети Koltay 2013, 82). Али постоје и неки *прелазни облици између романског и германског система* у једној држави, углавном за поједине групе информација: белгијски Закон о одговору из 1961. и нови из 1977. допуштају одговор на критике научне и уметничке када је реч о чињеничним тврдњама или вређајућим садржајима, а за све остале случајеве права одговора свеједно је да ли је реч о чињеничним или вредносним исказима.¹²⁶

13. ФУНКЦИЈА И ПРИРОДА ПРАВА ОДГОВОРА

1. Чему служи институт одговора – о томе постоји неколико десетина доиста различитих објашњења у којима је увек предњачила немачка правна књижевност.¹²⁷ Нека су из времена када је право одговора третирано као кривичноправни институт, нека су каснија, као грађанскоправни институт, нека су испрва третирана као јавноправни институт, потом као грађанскоправни институт или као и мешовит. Уочио сам да та објашњења – звали их теоријама или доктринама о функцијама института одговора – нису само доиста разна него се једна те иста теорија употребљава за објашњење разних група случајева употребе права одговора. Уочио сам и као разлику да неки писци све случајеве употребе, дакле, цео домен примене института одговора, објашњавају једном једином функцијом, док остали писци две или више група случајева разумевају као објашњења различитих доктрина.

Константиновић је помоћу четири функције објашњавао четири разне групе свих случајева употребе права одговора (1927а, 128–129, 131–132). У случајевима увреде и клевете вршење права одговора је видео као израз права нужде (1927а, 129–131); приватна правда је његово објашњење за право одговора у случајевима допуштене критике (1927а, 130–131); употреба права одговора у случајевима искрене и неискрене похвале сматрао је изразом принципа да нико није принуђен да прими поклон који му се чини (1927а, 131); „и поред тих различитости сви случајеви права одговора имају један даљи заједнички основ и објашњавају се једном истом основном идејом“. [...] „Право одговора има, у сваком случају његове употребе, за циљ да одржи равнотежу између супротних активности и интереса.“ [...] „Оно је израз потребе да

¹²⁶ Видети део 10.3.

¹²⁷ За преглед теорија видети Köbl 1966, 78–119; Vodinelić 1975а, 18–39; Löffler, Ricker 1978, 109–111.

се воспостави равнотежа између оних које преставља лист и лица именованог у неком чланку тог листа. Од те две стране, појединца и штампе, несразмерно је јача ова последња. Равнотежа, која треба да влада између њих, може бити повређена само од ње.“ [...] „Право одговора које треба да поврати поремећену равнотежу, појављује се као гаранција против те велике друштвене силе коју преставља штампа.“ [...] „Оно је средство одбране појединаца против свемоћи штампе, брана од њене тираније.“ (1927а, 132).

Константиновић се определио за знане теорије (теорије нужне одбране, приватне правде, средство враћања поремећене равнотеже) за три групе случајева употребе права одговора. Када је реч о праву одговора на случајеве похвала, свеједно да ли су похвале које не годе или годе, срећемо Константиновића као чистог цивилисту који је са оригиналном тезом хтео да једно правило из домена грађанскоправних послова пренесе на терен који није ни уговорни ни уопште правни однос. Међутим, право идентитета (које тада још није имало то име, нити било које друго име)¹²⁸ једноставније тумачи тим правом личности правне реакције на похвалне тврдње, између осталог, и право одговора на похвалне тврдње (Водинелић 1974а, 364).

Испрва се разумевало да право одговора служи као средство одбране лица у вези са тврдњама нападима на лице, посебно повредама на част и углед и других добара личности путем штампе, било да потичу из саме штампе, било од других лица чије се информације штампом преносе. Пошто то очигледно није могло бити спојиво са тиме да право одговора није условљено баш никаквим нападом и повредом, како доказивањем недопуштености пред судом, тако и оспоравањем, а посебно и неистинитостју и другим видовима некоректних информација, то се правно добро коме служи право одговора морало тражити на некој страни и у виду теорија које нису тако једноставно неодрживе.

¹²⁸ *Friedrich Kitzinger* је утемељивач не само теорије о приватноправној природи права одговора него и теорије да је то право једно право личности и да оно служи оном добру личности за које он изричито каже да нема посебно име: право одговора служи интересу лица да се у штампи ништа нетачно не тврди о њему: „Онакав какав јесам, хоћу и да као такав важим, да се оно што сам учинио и доживео може о мени рећи, али ништа друго што нисам учинио нити доживео.“ Kitzinger 1907, 883; видети и Kitzinger 1920, 67–69, 73. Том праву личности знатно накнадно је дато име право идентитета, а потом и неки други називи. Видети Köbl 1966, 81–84, 109–112; Водинелић 1974а, 349–366, 359–360; Vodinelić 1975а, 31–43.

Сада се и у Француској право одговора схвата као право личности, чешће без, а ретко са ближим спецификавањем које право личности је посреди. На пример, људско достојанство и лични идентитет или заштита поштовања права личности (Auby, Ducos-Ader 1982, 497; Kayser 1995, 85; Koch 1995, 95–96). У Немачкој је често да је право одговора израз општег права личности, није ретка комбинација права личности и слободе изражавања, а међу чешћима се раније сретало право идентитета (Koch 1995, 96; Sedelmeier 1997, 612; Prinz, Peters 1999, 372).

2. У време писања Константиновићеве студије устав није гарантовао право одговора, а оно је први пут постало уставна категорија у Уставу Југославије 1963. (чл. 40, ст. 6)¹²⁹ и потом је зајемчено и у свим будућим овдашњим уставима. У Србији је право одговора законом детаљно уређено (последњи пут Законом о јавном информисању и медијима 2014, чл. 83, 85–90, 92–94, 96–99, 112, 117, 123, 126, 130), а оно је у важећем *Уставу Србије из 2006. директно, и са тим називом, зајемчено* (чл. 50, ст. 4).¹³⁰ *А да није зајемчено Уставом, у Србији би се могло наћи неколико уставних основа за то право.* Рецимо, у Немачкој је помоћу споја јемства слободног развоја личности, људског достојанства и слободе изражавања (чл. 2 и 1 Бонског устава) судство развило право одговора као неписано уставно право (видети, уместо многих, Sedelmeier 1997, 612). Код нас би се право одговора такође могло сматрати, с једне стране, изразом права свакога на слободан развој личности и на самоодређење како да се путем одговора информативно представи другима и јавности поводом информације медија која се њиме бави (на основу чл. 23, ст. 2. Устава Србије из 2006);¹³¹ с друге стране као израз права свакога на слободу изражавања и изражавања одговором путем медија поводом информације медија која се њиме бави (на основу

¹²⁹ „Зајемчено је право на исправку објављене информације којом се наноси повреда праву или интересу човека или организације.“

¹³⁰ Устав Србије 2006, „Слобода медија“. Члан 50, ст. 4: „Остваривање права на исправку неистините, непотпуне или нетачно пренете информације којом је повређено нечије право или интерес и права на одговор на објављену информацију уређује се законом.“ – Повеља о људским и мањинским правима и грађанским слободама СЦГ 6/2003. „Слобода медија“. Члан 30, ст. 3: „Свако има право на исправку објављене неистините, непотпуне или нетачно пренете информације којом је повређено његово право или интерес, у складу са законом.“ Ст. 4: „Свако има право на одговор на информацију објављену у медијима, у складу са законом.“

¹³¹ Чл. 23, ст. 2: „Свако има право на слободан развој личности, ако тиме не крши права других зајемчена Уставом.“

чл. 46, ст. 1);¹³² и, с треће стране, као израз права сваког бића са људским достојанством које би без одговора било сведено на објект медија који се њиме бави (на основу чл. 23, ст. 1).¹³³

3. Ако се послужимо једном систематиком субјективних права, *право одговора није примарно право личности*, каква су нпр. право на част и углед, приватност, идентитет, име и др., него је једно *секундарно право*, средство заштите права личности – један *захтев права личности (личноправни захтев)*, каква су, на пример, право опозива, право исправке, право накнаде штете и др. које подразумевају да је примарно право повређено. Међутим, као што право одговора није једно самостално, посебно примарно право личности, тако оно *није засновано ни на једном посебном примарном праву личности*. Разлог је овај: да се право одговора стекне, има и врши *није услов да се има неко примарно право личности (ни било које друго примарно право, било оно неимовинско или имовинско) чијој заштити би право одговора служило у случају повреде тог или тих права примарном информацијом*. И подела заштитних захтева на превентивне и реактивне није примењива ни на право захтева одговора јер *право одговора није уопште заштитни захтев* него је и са тог становишта један *sui generis захтев*.

Краће речено, *услов праву одговора уопште није повреда неког субјективног права пошто право одговора не служи заштити ниједном субјективном праву* (што је његов специфичан елемент минимум-појма права одговора).¹³⁴ *Право одговора може да буде повређено ако се законом основани захтев неосновано одбије, али само право одговора не проистиче ни из једног права ни из неке његове повреде*.¹³⁵ Пошто је право одговора захтев за објављивање одговора на примарну информацију која се тиче субјекта информације, доћи ћу касније, у 15. делу, и на неке друге аспекте његовог систематизацијског места.¹³⁶

¹³² Чл. 46, ст. 1: „Јемчи се слобода мишљења и изражавања, као и слобода да се говором, писањем, сликом или на други начин траже, примају и шире обавештења и идеје.“

¹³³ Чл. 23, ст. 1: „Људско достојанство је неприкосновено и сви су дужни да га поштују и штите.“

¹³⁴ Видети део 10.3.

¹³⁵ Видети разликовање несамосталних и самосталних захтева у Vodinelić 2014, 217.

¹³⁶ Видети део 15.3.

14. ИЗУЗЕЦИ ОД ПРАВА ОДГОВОРА: ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА ОДГОВОРА – НЕОПРАВДАНИ ИНТЕРЕС ЗА ОБЈАВЉИВАЊЕ ОДГОВОРА – КОМБИНАЦИЈА ЗАКОНСКЕ ЛИСТЕ ИЗУЗЕТАКА ОД ОДГОВОРА И ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА ОДГОВОРА

1. У разним државама постоји што мањи, што већи број разлога због којих титулар нема право одговора односно не може да захтева да медиј објави захтевани одговор, а медиј није дужан да објави захтевани одговор. Што су малобројнији изузеци од права одговора, колико је шира обавеза медија да објави захтевани одговор, толико је шире право тражиоца објављивања одговора. И обрнуто. Од практичне важности је и то да ли терет доказивања разлога изузетка од права одговора лежи на титулару права одговора или је на медију.

У почетку, у Француској и другде закони нису садржали никакве изузетке када се нема право одговора, подразумевајући оне када одговор није испунио законом прописане услове (на пример, ако субјект информације после рока задодни са захтевом да се објави одговор). Судови и литература попуњавали су правне празнине о изузетима од права одговора. Један такав начин одређивања изузетака је примена француске доктрине злоупотребе права (*abus de droit*) на право одговора (2). Потом су се другде појавили и други начини одређивања изузетака од права одговора (3. и 4).

2. Како је француско право одговора у штампи законом било штуро уређено, судови су много тога морали сами да уреде све оно што је од конструкцијској значаја.

Између осталог, пракса судова је дала профил свим битним особинама права одговора. Између осталог, све *три карактеристике* тог права су њено дело: попуњавала је конструкцијске правне празнине и у погледу тога да ли право одговора уопште подлеже судској контроли и санкцији вршења права одговора. Да је право одговора „дискреционо“ право (*droit discrétionnaire*) значи да његов титулар то право врши по свом нахођењу, да слободно суди о томе како и са каквом садржином да га врши, на који начин и са каквим циљем.¹³⁷ Да је право одговора право на „леgitимну одбрану“ (*légitime défense*) значи да титулар своје

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 administrative 13. 3. 1991, Recueil Dalloz – Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation 1991, IR, 120; Doré 1902 74; Koch 1995, 10.

право одговора врши на допуштен начин, а не да се брани од напада прекорачујући границе.¹³⁸ Да је право одговора „опште и апсолутно“ (*général et absolu*) право значи да његов титулар је баш свако који је назначен у штампи и да његов титулар то право има без икаквих специјалних интереса и ограничења.¹³⁹ Њихове карактеристике биће важне и за материју изузетака од права одговора и за злоупотребу права одговора.

Пошто законом нису прописани изузеци права на одговор, *Cour de cassation* је поставио *три разлога* када се може одбити објављивање захтеваног одговора: да је одговор садржине кажњиве, противне закону и моралу (*bonnes mœurs*),¹⁴⁰ да одговор повређује законски интерес трећих лица¹⁴¹ и да одговор атакује на углед и част новинара,¹⁴² а спорно је може ли се одбити захтевани одговор ако у неком случају не постоји довољна одговарајућа директна веза између одговора са садржином примарне информације.¹⁴³ *Злоупотреба права одговора* је такође закону била непознаница, чији је практични значај зависио и од ставова према три битне карактеристике тог права, а и од става о томе да ли злоупотреба права може да се уврсти међу изузетке права одговора.

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.

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 Périodique 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.

На почетку су *Cour de cassation* и неки писци сматрали да право одговора није подесно да буде злоупотребљено јер је то неспојиво са ставом суда и литературе да је право одговора једно „опште и апсолутно“ (*général et absolu*) чије би вршење било неподложно судском преиспитивању и контроли из угла којем циљу служи (Biolley 1963, 74. Koch 1995, 46). Никада није заокружена доследна позиција према злоупотреби права одговора и њеној судској контроли.

Институт забране злоупотребе права и институт права одговора имали су у Француској неке неочекиване паралелне линије развоја: оба института су врхунац највећег интересовања доживели при смени векова и у прве две следеће деценије 20. века, а неразрешени спорови из тога доба прате оба института и данас, само још сложенији.

У првих петнаест година 20. века у Француској је одбрањено 10 докторских дисертација о праву одговора, као никада потом (Maze 1900, 198; Jaubert 1901, 276; Doré 1902, 277; Boissel 1903, 127. Nicolaÿ 1911, 148; Gallas 1912, 167; Clérissé 1913, 169; Touissaint 1913, 132; Prunet 1920, 176; Vautard 1925, 173). Отприлике у исто време написано је ништа мање од неколико десетина расправа о злоупотреби права, а Жорж Рипер (Georges Ripert) је до 1913. године већ пребројао 18 дисертација, а и већи број мањих радова водећих француских правника, што такође никада није поновљено (Ripert 1927, 151).

Право одговора никада није спадало међу најизразитије материје са становишта института забране злоупотребе, ни онда када је у доктрини злоупотребе права владала деликтноправна концепција злоупотребе права као штетног догађаја, поготово у суседским односима права непокретности и радноправним односима, а ни онда када је у новије време тежиште пренето на уговорне односе (Eichenhoffer 2019, 236).

Што се тиче злоупотребе права одговора, француски судови и литература ретко квалификују захтев за објављивање одговора као злоупотребу права одговора (Biolley 1963, 72, 73; Koch 1995, 47, 49, 132) и тек деведесетих година 20. века почела је више да се примењује доктрина *abus de droit* у материји одговора (Bigot 2020, 73; Koch 1995, 46–47). На пример, лице именовано у информацији захтева објављивање одговора само да би тиме у новинама скренуло пажњу на себе и сопствене политичке погледе, иако нема никакве примедбе на објављени податак о броју гласова које је добио на изборима;¹⁴⁴ захтев да се објаве два одговора на поновљену исту информацију и са истом садржином података, мада је други одговор излишан а представља злоупотре-

¹⁴⁴ Tribunal correctionnel Seine, 9. 3. 1953, Gazette du palais 1953, I, 387.

бу права одговора;¹⁴⁵ као вршење права одговора квалификована је злоупотреба права одговора када је један професор права тражио објављивање одговора зато што је цитиран у једном правничком часопису као да заступа неко другачије мишљење.¹⁴⁶ Судови и литература врло уздржано одбијају захтеве за објављивање одговора као злоупотребу права држећи се учвршћеног става *Cour de cassation*-а (без икакве одредбе закона о томе) да је право одговора *droit discrétionnaire, légitime défense, droit général et absolu*, дакле, једно неограничено право и да пракса начелно не може томе да додаје неке посебне услове када их већ није предвидео законодавац. Води се рачуна при томе и да се имаоцу захтева за објављивање одговора не ограничава право на слободно изражавање мишљења (Koch 1995, 132, 47). На пример, неки писци су сматрали да право одговора као једно дискреционо право не може бити злоупотребљено (Mazeaud, Tunc 1965, 542). Неки судови држе да суд може да контролише и да утврди да одговор не одговара циљу одговора,¹⁴⁷ а већина писаца држи да и право одговора подлеже провери са становишта злоупотребе права ако тиме не дира у неограничену карактеристику права одговора (Perraud-Charmantier 1930, 371–373; Biolley 1963, 72). Нижи судови су заузимали ставове које је *Cour de cassation* одбијао као доследни бранилац сва три најкарактеристичнија својства права одговора који иначе никада нису била законом постављена.

Једна од најинтензивније разматраних материја права одговора је *изузетак права одговора на уметничку, књижевну или научну критику* (Doré 1902, 135–138; Perraud-Charmantier 1930, 134–208, 403–452) и злоупотреба права одговора поводом критика. Институт злоупотребе права и институт права одговора срили су се и у једном познатом судском спору поводом права објављивања одговора на једну позоришну књижевну критику. Тај спор је запао за очи и Константиновићу (1927b: 209–210). О неподесности критике, научне, књижевне и уметничке да буде предмет права одговора можда је најразматранија материја одговора. Генерално, сводило се на то да ли је право одговора једно тзв.

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, réfère, 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.

¹⁴⁷ Међу такве одлуке спада и она о којој је писао у својој студији Константиновић 1927b, 209: Cour d'appel Paris 24. 11. 1922, Dalloz Périodique 1922, 129.

апсолутно и дискреционо субјективно право (*droit discrétionnaire, droit général et absolu*) чији титулар не подлеже никаквим ограниченим условима вршења, сам бира да ли ће право вршити, на који начин и са којим циљем, да у вршењу права не подлеже ни контроли суда, или је пак право одговора једно тзв. релативно субјективно право јер подлеже, као и друга већина субјективна права, забрани злоупотребе права, па суд може да контролише и његово вршење. Константиновић (1927b: 212–213) се определио за релативни карактер права одговора и његову подложност забрани злоупотребе. Његово бављење питањем злоупотребе права одговора 1926–1927. свакако је релевантна допуна његовим ставовима о злоупотреби права 1925. године (Константиновић 1925, 169–189). Док је иначе злоупотреба права била једна од највећих цивилистичких тема тог доба, у чији се француски талас дисертација укључио и професор Нинко Перић (1886–1961),¹⁴⁸ професор Константиновић је на примеру права одговора отворио у правној књижевности региона питање незлоупотребљивих субјективних права.

Иначе, ретки су грађански законици који уопште садрже *општу посебну одредбу о незлоупотребљивим субјективним правима* уопште.¹⁴⁹ Грађански законик Холандије 1992. изричито одређује да „из природе права може следити да се оно не може злоупотребити“, чл. 13:3, ст. 3. И они ретки грађански законици који садрже одредбе о праву одговора, немају специјалну одредбу ни о злоупотребљивости ни о неузлоупотребљивости права одговора. Израз злоупотреба права одговора не среће се у законима о медијима. Закони о медијима немају ни правила о забрани злоупотребе права одговора, а ни правила о неузлоупотребљивости права одговора. То важи и за Француску иако су из ње потекле и *abus de droit* а и *droit de réponse*. Судска пракса и правна књижевност јесу ексклузивни домени бављења злоупотребом права одговора и незлоупотребљивости тог права.

За разлику од француског модела, у многим другим државама законом су одређени изузеци када се нема захтев за објављивање одговора. У Француској неизвесност прати чак неке случајеве који су у многим другим државама традиционални разлози искључења одговора: неуљудан одговор, дифаматоран одговор, одговор којим се неко понижава због политичких ставова, одговор који би изазвао грађанскоправну одго-

¹⁴⁸ Вид. Перић 1912, 155.

¹⁴⁹ О разлозима незлоупотребљивости права као изузетку, видети Vodinelić 1997, 174–176.

ворност медија, одговор коме је сврха саморекламирање титулара, одговор на званичну расправу у скупштини, одговор који садржи очигледно неистините тврдње и други (Koch 1995, 34–44).

3. Француски институт забране злоупотребе права није једини начин којим се одређују изузеци од стицања, имања, губитка и вршења права титулара. У упоредном праву налазимо бар два друга института чији су резултати функционално слични забрани злоупотребе права: немачки начин путем непостојања оправданог интереса за објављивање одговора и домаћи начин као комбинација законске листе препрека за спречавање објављивања одговора и супсидијерна забрана злоупотребе права одговора.

У готово двестогодишњем постојању немачког института права одговора скупило се искустава из разних аспеката и разних елемената права одговора, па између осталог и у погледу разлога који спречавају да се објави одговор. Једна таква препрека објављивању захтеваног одговора јесте непостојање оправданог интереса субјекта информације да се објави његов захтевани одговор. У већини немачких закона о медијима изричито се захтева *оправдани интерес за објављивање одговора* (*berechtigtetes Interesse*).¹⁵⁰ На подручјима примене свих оних медијских закона који не садрже такву одредбу, оправдани интерес за објављивање одговора важи као општи правни принцип.¹⁵¹ Укратко, постојање оправданог интереса за објављивање одговора је позитивни услов за свако вршење права одговора, док је непостојање таквог интереса негативни услов за усвајање захтева да се објави захтевани одговор. Уз то, законска је и одредба да субјект информације не доказује оправдани интерес за објављивање одговора него медиј истиче приговор и доказује да субјект информације нема оправдани интерес.¹⁵² Мада се недостатак оправданог интереса понекад назива и злоупотребом права одговора,¹⁵³ за тим не постоји потреба јер се законском фигуром оправданог интереса остварује све оно што би био посао злоупотребе права да нема важеће одредбе о оправданом интересу.

¹⁵⁰ И немачки Нацрт из 1959 § 20, ст. 2: „Захтев не постоји: 1. ако је одговор очигледно неистинит или ако из неког другог разлога не постоји оправдани интерес за објављивање; [...]“

¹⁵¹ Bundesgerichtshof NJW 1965, 1230 (Bamfolin); Prinz, Peters 1999, 365; Sedelmeier 1997, 619; Löffler, Ricker 1978, 123; Köbl 1966, 67.

¹⁵² На пример, Закон о штампи Берлина од 16. 6. 1965, § 10, ст. 2; Закон о штампи Бремена од 16. 3. 1965, § 11, ст. 2, т. 1; Закон о штампи Рајна-Фалца од 14. 6. 1965, § 11, ст. 2, т. 1; Закон о штампи Северне Рајне – Вестфалије од 11. 1. 1988, § 11, ст. 2. Видети списак закона, Sedelmeier 1997, 619.

¹⁵³ Köbl 1966, 67; Dewall 1973, 35; Seitz, Schmidt, Schoener 1980, 61.

Отуда разлика што у француском третману злоупотреба права није изричита законска препрека за објављивање одговора, а у немачком третману изричитог законског услова да постоји оправдани интерес за објављивање одговора без потребе да се понашање субјекта информације квалификује као злоупотреба права одговора. Немачки изричити законски оправдани интерес је услов за право одговора, а неоправдани интерес препрека и изузетак од права одговора; француска злоупотреба права није изричити законски услов за право одговора али је у неким одлукама судова и литературе који може да ограничи битне карактеристике права одговора као апсолутног и дискреционог права. Да нема немачке ни посебне законске одредбе о оправданог интереса као услову одговору и да се оправдани интерес не сматра у пракси и литератури правним начелом за (свако субјективно право и за) свако право одговора, тек тада би се очекивало да се вршење права одговора посве уклопи у немачки начин третирања злоупотребе права као општег правног начела и забране злоупотребе права као општег ограничења субјективних права.¹⁵⁴

„Оправдани интерес“ лица на које се односи објављена информација неодређен је правни појам. Конкретизује се у сваком појединачном случају. Судови и литература налазе да не постоји оправдани интерес субјекта примарне информације за објављивање одговора, на пример: када се одговор разликује од примарне информације само у некој безначајној тачки;¹⁵⁵ када се одговором оспорава безначајна примарна информација;¹⁵⁶ када се одговор односи на примарну информацију у којој је речена очигледна неистина или када је већ сама новина објављену информацију означила као очигледну неистину (Löffler, Ricker 1978, 123); када је одговор очигледно неистинит (Löffler, Ricker 1978, 123; Sedelmeier 1997, 620); када је примарна информација истинита али је одговор непотпун па ствара погрешну представу да је примарна информација неистинита;¹⁵⁷ када је објављен одговор на информацију чија је неистинитост утврђена правноснажном одлуком или о чијој је истинитости у току поступак по тужби за понављање, уклањање, утврђење или друга тужба у којој је приватност или повреда права услов (Löffler, Ricker 1978, 124; Sedelmeier 1997, 621); када је

¹⁵⁴ О немачком општем начелу забране злоупотребе права и општем ограничењу субјективних права, видети на пример 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.

¹⁵⁷ Oberlandesgericht Hamburg ArchPR 76, 64; Sedelmeier 1997, 620.

субјект информације већ имао довољно прилику у одговору да се изрази поводом примарне информације (Seitz 2008, 760); када је став субјекта примарне информације већ садржан у примарној информацији, па он нема оправдани интерес да у одговору понови став;¹⁵⁸ када субјект примарне информације захтева објављивање одговора само ради пословне рекламе или својих политичких ставова;¹⁵⁹ када субјект информације нешто изјави у интервјуу, а у одговору тврди супротно реченом (Seitz, Schmidt, Schoener 1980, 63).

4. Важећи домаћи закон о Јавном информисању и медијима 2014¹⁶⁰ садржи *19 разлога за необјављивање захтеваног одговора*, чл. 98.¹⁶¹ Одредба је резултат историјског и упоредног прегледа свих доступних

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 *Службени гласник РС* 83/2014, чл. 83, 85–90, 92–94, 96–99, 112, 117, 123, 126, 130. Одредбе се не разликују од одредаба о праву одговора из Закона о јавном информисању из 2003. године.

¹⁶¹ *Службени гласник РС* 2014, „Разлози за необјављивање одговора“. Чл. 98: „Одговорни уредник није дужан да објави одговор, односно суд неће наредити одговорном уреднику да објави одговор: 1) ако је одговор поднело лице на које се информација не односи или друго неовлашћено лице; 2) ако је већ објављен одговор исте садржине неког од овлашћених лица; 3) ако је у истом медију у другом, једнако вредном облику већ објављена реакција овлашћеног лица исте садржине (као интервју, изјава и друго); 4) ако није правноснажно окончана парница ради објављивања раније поднетог одговора на исту информацију; 5) ако у захтеву за објављивање одговора подносилац није навео своје име и адресу, односно назив и седиште, као и ако није потписао одговор лично, односно ако уз одговор који је поднет преко пуномоћника није приложено специјално пуномоћје; 6) ако се одговор не односи на информацију на коју подносилац тврди да одговара; 7) ако није означена информација на коју се одговара (наслов информације, број и страница новина где је објављена, назив емисије и време емитовања и сл.), а одговорни уредник не може да утврди на коју се информацију односи; 8) ако се одговор односи на мишљење, а не на тврдњу о чињеницама, или ако одговор не садржи тврдњу о чињеницама, већ мишљење; 9) ако се одговором не оспорава истинитост, потпуност или тачност преноса информације, као и ако се одговор односи на информацију која може бити неистинита, непотпуна или нетачно пренета, али не повређује право или интерес лица; 10) ако одговор није на језику на којем је објављена информација на коју се одговара, нити је накнадно преведен на тај језик; 11) ако је одговор непримерено дужи од информације, а подносилац га не скрати у року за подношење одговора; 12) ако је одговор поднет по истеку рока за подношење одговора; 13) ако је одговор нечитљив, неразумљив или бесмислен, а није уређен пре истека рока за подношење одговора; 14) ако објављивање одговора због његове садржине може изазвати забрану дистрибуције информације, казнену или грађанско-правну одговорност; 15) ако је већ објављена исправка исте информације на коју се одговара

решења разлога за необјављивање одговора и на крају резултат избора оних разлога на основу одмеравања добрих и лоших страна сваког појединог разлога као изузетка за право одговора. Образовање те листе, у ствари, једним је делом последица изузетака од права одговора и темељи се и на упоредноправним искуствима праксе и теорије примера не само злоупотребе права одговора него и непостојања оправданог интереса за објављивање одговора.

Што је законска листа дужа, већа је и сигурност, и за субјекте информације, и за медије, и за судове. Упоредно право и историја показују да ако нема законске листе изузетака, упорно се одржавају и у пракси и у теорији размимоилажења о позицији неког могућег изузетка. Формиране листе изузетака резултати су прикупљених искуства, што се тиче аргумената за или против неког изузетка. Можда би се смело и претпоставити да ауторитарним режимима одговара што мањи број изузетака од права одговора, а поготово оних изузетака којима се најлакше може у пракси манипулисати.¹⁶²

У свим домаћим законима од 1881. до републичких и покрајинских седамдесетих година 20. века, одређиван је као један изузетак од права одговора *„неуљудни“* одн. *„неучтиви и увредљиви“* написани одговор, а међу њима и Закон о штампи из 1925. Против тога је писао Константиновић (1927b, 204), наглашавајући да је то ефикасан начин да се паралише институт права одговора. Међу нетипичне спада

или ако је на други начин постигнут учинак ради кога се тражи објављивање одговора, осим ако се ради о поновљеном објављивању информације; 16) ако је истинитост, потпуност или тачност преноса информације на коју се одговара очигледна, општепозната или утврђена правноснажним актом надлежног органа; 17) ако се садржина информације на коју се одговара подудара са садржином информације коју је ауторизовало лице које захтева објављивање одговора; 18) ако је неистинитост, непотпуност или нетачност преноса информације на коју се одговара таква да не утиче на истинитост, потпуност или тачност саме информације; 19) ако се одговор односи на информацију саопштenu у јавној скупштинској расправи, јавној расправи у неком скупштинском телу или у судском поступку. Разлози за необјављивање одговора важе и за необјављивање дела одговора“.

¹⁶² Чињеница је да је у 150 година историје права одговора у Србији и Југославији ограничаван број изузетака у време најизразитије ауторитарности власти: године 1929. Законом о измени и допуни Закона о штампи Краљевине СХС из 1925, уместо пет изузетака од права одговора укинута су сви; закони о штампи из 1945. и 1946. године познавали су само два изузетка од права одговора; закони о јавном информисању Србије из 1991. и из 1998. свели су број изузетака од права одговора на четири, у односу на осам односно десет изузетака из Закона о штампи и другим видовима информација од шездесетих и Закона о јавном информисању од седамдесет година 20. века.

став професора Гргура Милановића (1842–1924) из 1901. године, који појму неуљудности даје проширено значење: „Исправка у нас ‘мора бити уљудно написана’ и не сме ‘садржавати ништа, што је по закону кажњиво’, јер је ‘иначе одгов. уредник или њен заступник не мора примити’. Законодавци други у том погледу у неколико друкчије наређују. Н.пр., по немач. (чл. 11) у исправци не сме бити крив. дела, али, не мора бити уљудно написана; аустр. опет ништа не наређује, каква мора бити исправка, а тако ни француски. Но нема сумње да је понајбоље онако, како је наш законодавац [Закон о штампи 1881] наредио; јер кад он тражи, да исправка буде уљудна, значи да не допушта ни кр. дела, па ни тзв. *реторзију* т.ј. враћање н.пр. увреде за увреду, поруге за поругу итд.“ (Миловановић 1901, 191). Апатна је формула изузетка од права одговора из Закона о јавним гласилима Републике Словеније 1994, чл. 13, ал. 5: ако је одговор или исправка написана *увредљиво и са намером презира*.

Домаћа законска листа изузетака од права одговора је *затворена, таксативна*. Ако је неизвесно да ли је законска листа отворена или затворена, аргумент за таксативну природу листе био би тај што сваки нови изузетак од права одговора води даљем спречавању ограничавања слободе медија. Али, и ако је извесно да је законска листа затворена, могућност новог изузетка заснива се на *општем правном принципу забране злоупотребе права* јер забрана злоупотребе права прати свако право, било оно право личности било право слободе медија. У домаћој литератури и пракси судова не ограничава се забрана злоупотребе права на случајеве забране злоупотребе само облигационих и стварних права (чл. 13 ЗОО, чл. 4, ст. 2, чл. 6, ст. 2 ЗОСПО). Такође, разлози (критеријуми) забране злоупотребе права не ограничавају се само на намеру шкођења (шिकанозно) и вршење противно циљу (видети Vodinelić 1997, 57–101). Као што су и у историји и упоредном праву други разлози (критеријуми) – бескорисно, несразмерно, непримерено, противречно, неморално, неправично – били и у историји и упоредном праву основи и за формирање разних изузетака од права одговора, тако би у случају ширења таксативности листе служили као основи изузетака од права одговора.

15. „ТАЈНА“ ИНСТИТУТА ОДГОВОРА – С ОНУ СТРАНУ ПРАВНОГ БИНАРНОГ КОДА – САМОСТАЛНА ПОЗИЦИЈА У СИСТЕМАТИЦИ ПРАВА – ДЕЛОТВОРНОСТ ДРЖАВИНСКЕ ЗАШТИТЕ И ЗАШТИТЕ ОДГОВОРОМ – НАЈБРЖА ПРАВНА РЕАКЦИЈА НА МЕДИЈСКУ ИНФОРМАЦИЈУ

1. Правници цивилисти, били они законодавци, практичари или теоретичари, најчешће делају у једном *бинарном коду* који је типичан за приватно право: раздвајају на једну страну шта је право, а на другу страну оно што је неправо. Институт право одговора не уклапа се у тај бинарни код јер је *код права одговора свеједно да ли постоји право или неправо*. Субјект информације, на кога се односи објављена информација, има право да захтева да медиј објави његов одговор, а медиј је обавезан да објави захтевани одговор, свеједно да ли је објављена информација истинита или је неистинита, да ли је у складу са правним поретком или је противправна, да ли не задире у нечије право или га повређује. Дакле, субјект информације има право одговора а медиј има обавезу да га објави, учинио он или не учинио ишта нажао ни медију, ни трећем лицу, ни правном поретку. За разлику од права одговора, сва остала права која се имају према медијима – право пропуштања, уклањања, опозивања (повлачења), накнаде имовинске штете, накнаде неимовинске штете и др. – задовољавају типични бинарни код јер субјект објављене информације јесте у праву а медиј јесте у неправу. Ималац права одговора ништа не доказује да је све учинио у складу са правним поретком, а медиј не може ишта да доказује да је све учинио у складу са правом да не би био дужан да објави захтевани одговор. Не постоји никаква презумпција у корист субјекта информације, нити постоји икаква презумпција на терет медија коју би медиј могао оборити да се ослободи објављивања захтеваног одговора. Ималац права одговора као да је у некој милости правног поретка а медиј у немилости права, а да ни за једно ни за друго нема никаквог правног разлога и основа. Укратко, ималац има право одговора а медиј је дужан да објави захтевани одговор био у праву или неправу. Откуда потиче таква својеврсност права одговора? Код свих осталих субјективних права према медију супротстављени су право и неправо; код права одговора *на супрот права одговора не стоји ни неправо ни право, него у том погледу једна правна индиферентност*. Као да код права одговора ништа није од овог правног света који знамо и који нам је знан.

2. Најизразитији пример института који је *са ону другу страну типичног правничког бинарног кода* јесте институт злоупотребе права. Злоупотреба права је јединство супротности права и неправа.¹⁶³ Код злоупотребе права реч је о споју права и неправа у јединству супротности као правничком парадоксу.¹⁶⁴

И институт права одговора је са ону другу страну типичног правничког бинарног кода, само је право одговора склопљено са другачијим расподелом елемената него код института злоупотребе права. Као код института права одговора *на једној страни је право а на другој страни је правна индиферентност*. Субјект информације подједнако увек има право на објављивање одговора на примарну информацију било да је објављивање информације право било неправо.

Право одговора није једини институт код кога је у једно сједињено право и правна индиферентност. Као и код права одговора тако *и код института заштите државине на једној страни је право а на другој страни је правна индиферентност*, сви заједно сједињени у један институт.

С правом одговора, као и с правом државине остварује се потпуно исти позитиван резултат било да је на другој страни представник права или представник неправа. Реч је о правној недиферентности као другој врсти парадокса: код злоупотребе права је јединство права и неправа, а код права државине и права одговора – јединство права и правне недиферентности, некад права некада неправа.

Све ове правне творевине (злоупотребу права, државину, право одговора) прате упитаност и зачуђеност студената у поступку правног образовања као преласка из лаика у правнике. Како право злоупотребиоца може да буде неправо, како неправо држаоца може да буде право, како неправо имаоца одговора може да буде право?! Нису у дилеми само студенти права. Историја сведочи да је законодавцима, судијама и правним писцима требало времена да се саживе са институтом права одговора, не само у Француској онда када се право одговора уопште појавило у свету права, него и другде када је први пут постало део

¹⁶³ Према распрострањеном схватању, ималац који врши злоупотребу права има право а врши неправо.

¹⁶⁴ Видети различита разумевања злоупотребе права као парадокса и антиномија у Guski, 2019, 1–109, 169–176, 186–264.

позитивног права.¹⁶⁵ И после два века налазе се у пресудама и у ставовима правних писаца неприхватања јасних правних одредаба о праву одговора као очигледно поступање *contra legem*, а оно се не дâ другачије квалификовати до као немирење са идејом одговора као сједињења права и правне индиферентности у једно. Оно свој корен налази у конструкцијском сједињењу права и правне индиферентности у институту права одговора а не, на пример, у непознавању права, политичкој опредељености, идеолошким разлозима или др.

3. Ко има слуха за систематизације субјективних права, вероватно неће заобићи право одговора. Право одговора спада у једну *посебну врсту права у систематици субјективних права*, чиме се може објаснити да оно има и посебно име у неким државама. Као што су француска судска пракса и литература правом одговора назвали право одговора апсолутним (*droit absolu*) и дискреционим, неограниченим правом (*droit discrétionnaire*), тако и немачка пракса и теорија право одговора зову формалним правом, право које има формалну природу, формални карактер, строго формални карактер (*formaltes Recht, streng formaltes Recht*).

Право одговора апсолутно је у смислу (који нема ништа са значењем техничког израза апсолутно право које делује *contra omnes*, пошто оно делује само према тачном одређеном медију који је објавио примарну информацију). Него је апсолутно у том смислу што га је закон дао титулару без икаквих ограничења; услов му није ни неистинитост информације, ни увреда, напад, кривица, противправност, штета, ни како ће га вршити, ни са којом сврхом, ни из којег разлога, ни какву ће садржину дати свом одговору и др. Дискреционо право исказује да је закон право препустио титулару да га врши без икаквог услова и по своме нахођењу, суверен и аутономан у томе хоће ли га уопште вршити, какву ће садржину дати одговору, какву форму, са којим циљем и са којим мотивом, из којег разлогом титулару, укратко закон је то право титулару препустио у целости.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Најтипичније је то да толико правника не може да се помири са тиме да *право одговора има* и онај *субјект примарне информације* која је истинита, која је сагласна праву, која не повређује права и интересе, а да се *медију пре објављивања одговора не пружа могућност да докаже*: истинитост примарне информације а неистинитост одговора, непротивправност примарне информације а неусклађеност одговора са правним поретком, да нема повреде права повређеног примарном информацијом а да има неусклађености одговора са правним поретком.

¹⁶⁶ О праву одговора као апсолутном и дискреционом, видети део 14.2.

У Немачкој право одговора зову „формалним правом“, „правом са формалном природом“, „правом које има формалну природу“, са „формалним карактером“, „строго формалним карактером“, а да то право није технички формално у смислу који нема ништа са супротношћу са материјалним правом (Löffler, Ricker 1978, 130; Sedelmeier 1997, 619). Таквим називом наглашава се да то право не зависи ни од тога да ли се право има и врши независно од тога да ли се одговор ограничава на неистините информације нити на информације којима се повређује право субјекта информације и да се не тражи да титулар докаже неистинитост примарне информације односно да је примарном информацијом повређено право титулара.

Мада код нас ти изрази нису уобичајени за право одговора, одговарају његовим карактеристикама. Због њих право одговора заслужује разне начине да се њима обележава његова својеврсност.

4. Екскурз о *поређењу делотворности* два нетипична средства заштите: *државинске заштите и заштите одговором*: Државинска заштита је савршенија од заштите права одговора што се тиче делотворности. Јер, за потпунији ефекат заштите одговором потребан је један трећи фактор који не постоји у државинској заштити а неопходан је за заштиту правом одговора: публика медија. Државинска заштита се остварује у међусобном односу два лица: држаоца и сметаоца, док је за ефекат заштите одговора потребна публика, то јест сви они који треба да сазнају како гласи крај приче коју су им – у две различите варијанте – предпочили медиј примарном информацијом а субјект информације одговором, док објављени одговор, било да је објављен по вансудском захтеву, било по правноснажној пресуди, не доноси коначни исход приче. Свако из публике ће изабрати коме ће веровати или пак неће веровати ниједној страни. Јесте да је засметани држалац успео у државинској парници судском одлуком која је по дејству провизорна, али је та његова формално провизорна заштита у ствари коначна ако је засметани држалац доиста уједно имао право које је повређено сметањем државине (својине, закупа, залог, послуге и др.).¹⁶⁷ Када субјект информације успе у парници са тужбеним захтевом за објављивање одговора, а медиј објави захтевани одговор, публика

¹⁶⁷ „И петиторна заштита остварује све то што теорије приписују посесорној: одвраћа од самовласног поступања, налаже поштовање личности и воље, пружа заштиту својини, омогућује остварење интереса континуитета и највеће економске користи. (С тим што *овлашћени држалац* петиторном заштитом то може да постигне по правилу *спорије*, а посесорном *брже*, и што *засметани овлашћен на државину* а необавезан да трпи сметање то може да постигне *са коначним ефектом већ у посесорној парници*.)“ Vodinelić 2015, 132.

ни даље не зна меритум саме ствари: да ли је примарна информација истинита или неистинита или је објављени одговор истинит или неистинит, да ли је примарна информација противправна или није, да ли је примарна информација повредила право и интерес субјекта информације или није. За мериторно разрешење није довољан успех у парници поводом објављивања одговора него је публици неопходна информација коју ће донети мериторна одлука по тужбеном захтеву за будуће пропуштање примарне информације, за њено уклањање, за исправку, за утврђујућу одлуку, за накнаду штете или за неку од других пресуда којом се доноси на чистину сама ствар. Сведено, провизорна заштита засметаног држаоца дејствује – под наведеним условом да он доиста има право повређено сметањем државине – као да је мериторна, коначна; провизорна заштита субјекта информације одговором никада не делује као мериторна, коначна заштита у тој ствари.

5. Колико год био брз медиј којим је објављена информација која се тиче субјекта информације, не постоји могућност да се на примарну информацију истом брзином реагује узвратном информацијом. У том погледу ништа се није променило још од штампе као првог медија на чије се информације реаговало одговором. А и изрека из тог времена: „ништа није тако старо као јучерашње новине!“, важи и данас *mutatis mutandis* чак и за засад најбржи медиј. У тој изреци сажета је драматика сваке правне реакције на објављену информацију: због краткотрајне актуелности информације, због краткотрајне интригираности публике садржајем информације, због брзог заборављања чињеничних основа информације, због задржавања у сећању негативног суда о субјекту информације и због немогућности да свако ко је знао за примарну информацију сазна и за узвратну информацију. Не постоји ниједно право које би титулару донело и брзу и мериторну узвратну информацију, а постоје права која могу да донесу мериторну али не и брзу узвратну информацију. Од када је пронађено право одговора, оно је та најбржа правна реакција на медијску информацију, али уопште није мериторна; сва друга права (право на пропуштање, опозив, накнаду штете и др.) јесу мериторне реакције, али уопште нису ни брзе узвратне информације (видети Vodinelić 1978, 287–288; Vodinelić 1977b, 91–92). Субјект примарне информације зато је пред избором: или за брзину правне реакције = за одговор, или за мериторност реакције = за неку или све остале правне реакције (пропуштање, опозив, уклањање и

др.).¹⁶⁸ Када је реч о брзини, једино право одговора не тражи ни доказе и доказивања, ни утврђивање неистинитости, ни противправности, ни повреде права, ни штете, ни кривице, нити нешто друго што се тражи од комплетне процедуре за правноснажну одлуку о мериторности правне реакције. Јер, само се одговором може подједнако реаговати на примарне информације које су неистине, непотпуне, неаутентично пренете, противправне, повређујуће итд., као што се може реаговати и на оне истините, потпуне, аутентично пренете, правно коректне у складу са правом, без повреде права итд. Право одговора је подједнако индиферентно на истину и лаж, допуштено и противправно, коректно и некоректно итд. примарну информацију. За сад нигде у свету *није ни на видiku никакво правно решење које би надмашило право одговора брзином правне реакције на примарну информацију*, каква год она била, тако да помињаном и прижељкиваном аутору треће домаће монографије о праву одговора не прети опасност да његова студија дуго и задуго изгуби актуелност. Праву одговора предстоји дуга каријера шампиона у категорији брзине правне реакције на примарне информације. „А то није мали резултат“ – да тако завршим реченицом професора Константиновића (1927b, 213), која је узета, истина, из сасвим другог контекста.

16. ШТА НАМ (ДНАС) ЗНАЧИ СТУДИЈА МИХАИЛА КОНСТАНТИНОВИЋА

Студија професора Константиновића представља чињеницу да у нашој националној правној књижевности готово сто година постоји студија која је била прва таква научна монографија о институту права одговора у нашем региону.

Захваљујући константности француског модела института одговора у штампи, Константиновићева елаборација тадашњег решења у битноме је вредна читања као да је данашња. И после готово века може

¹⁶⁸ Добре и лоше стране брзог и немериторног правног средства какво је одговор и небрзих и мериторних свих других правних средства каква су пропуштање, уклањање, исправка, опозив, накнада штете и др. могу се превазићи само тако да се уместо избора међу њима она *комбинују*: провизорност права одговора комбинује се са коначношћу једног, неколиких или и свих осталих коначних средстава (пропуштања, уклањања, исправке и др.). Видети Vodinelić 1978, 287–288, 292.

да служи као увод у француски модел одговора са којим је тај институт уопште ступио у светску повест која траје и даље у великом делу земаљске кугле.

У домаћу теорију права одговора студија је унела прилично живости јер су домаћа решења углавном пратила аустријски институт права одговора.

Са Константиновићевом студијом добили смо правну теорију о институту права одговора, а у оквиру ње и тему злоупотребе права одговора. Његов став о релативном карактеру права одговора који се може контролисати доктрином злоупотребе права знатно је ишао пре својега времена, јер је француска пракса судова тек деведесетих година 20. века почела више да примењује доктрину злоупотребе права у материји права одговора.

Шема Константиновићевог компаративног испитивања института одговора двају закона одржала би се и данас као поступак анализе, на пример, у поређењу садашњег домаћег закона о медијима и садашњег француског, а допуњена елементима какви су, између осталог, важност разликовања чињеничних и вредносних исказа или сродности или различитости одговора са неким институтима који такође реагују на примарне медијске информације.

Имамо пред собом један текст који у свом времену а и дуго потом није много значио струци. Можда му предстоји да буде читанији и продуктивнији због једне ствари са којом се изгледа ситуација мења. Насупрот целокупној домаћој правној 150-огодишњој историји права одговора, Константиновићев текст доследно подржава француски модел права одговора у штампи са њиховом заједничком незаинтересованошћу за правни значај разликовања чињеничних и вредносних исказа у материји одговора. У новије време ни у немачкој литератури нису више толико усамљени развијенији предлози у корист одступања од формуле „само чињенице само против чињеница“. Та промена би могла да буде највећи легат Константиновићевог залагања за француски модел права одговора као шири од других у том аспекту.

Захваљујући таленту свог писца, студија већ као штиво подстиче ауторе правних текстова да – упркос времену које за то није подстицајно – с више труда читаоцима учине задовољство бригом за језик и за стил.

ЛИТЕРАТУРА

- [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 Gendarstellung 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 matière de presse: thèse pour le doctorat en droit présentée et soutenue le 19 décembre 1961*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- [8] Благојевић, Видан О. 1934. Право на исправку по закону о штампи. 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 Communication Commission's Fairness Regulations: A First Step towards Creation of a Right of Access to the Mass Media. *Cornell Law Review* 54: 303.
- [12] Clérissé, 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 matière de Presse dans les législations 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] Хенигсберг, Лав.[ослав]. 1932. *Коментар штампарског права*. Београд: Издавачка књижарница Геце Кона.
- [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] Илић, Михаило. 1937. *Шта треба изменити у Закону о штампи*. Београд: Француско-српска књижара А. М. Поповића.
- [33] Jaffe, Louis L. 1968. The Fairness Doctrine, Equal Time, Reply to Personal Attacks, and the Local Service Obligation: Implication of technological Change. *University of Cincinnati Law Review* 37: 550.
- [34] Jaubert, Joseph. 1901. *Le droit de réponse: en matière de presse. These de doctorat droit*. Paris: A. Pedone.
- [35] Kalodera, 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-Provence: 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 Reichsgesetz 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] Константиновић, Михаило. 3/1925. Забрана злоупотребе права и социјализација права. *Архив за правне и друштвене науке* 15: 169–189.
- [45] Константиновић, Михаило. 17–18/1926а. Право одговора и слобода штампе: Чл. 26–29 Закона о штампи од 6 августа 1925. *Полиција* 13: 777–784.
- [46] Константиновић, Михаило. 19–20/1926б. Право одговора и слобода штампе: Чл. 26–29 Закона о штампи од 6 августа 1925. *Полиција* 13: 885–892.
- [47] Константиновић, Михаило. 21–22/1926с. Право одговора и слобода штампе: Чл. 26–29 Закона о штампи од 6 августа 1925. *Полиција* 13: 992–998.
- [48] Константиновић, Михаило. 23–24/1926д. Право одговора и слобода штампе: Чл. 26–29 Закона о штампи од 6 августа 1925. *Полиција* 13: 1091–1102.
- [49] Константиновић, Михаило. 1–2/1927а. Право одговора и слобода штампе: Чл. 26–29 Закона о штампи од 6 августа 1925. *Полиција* 14: 126–133.
- [50] Константиновић, Михаило. 5–6/1927б. Право одговора и слобода штампе: Чл. 26–29 Закона о штампи од 6 августа 1925. *Полиција* 13: 14: 203–213.
- [51] Константиновић, Михаило. 1969. *Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима*. Београд: Правни факултет Центар за документацију и публикације.
- [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 Rechtsordnung: 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 Gegendarstellungsrecht 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] Миловановић, Гргур. 1901. *О слободној штампи уопште: са погледом на данашњи закон о штампи и њен развој у Србији и у другим државама*. Београд: Електрична „Нова Трговачка Штампарија“ преко пута Народне Банке.
- [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] Пајић, Ивана. 3–4/2015. Библиографија радова професора др Константиновића. *Hereticus: Časopis za preispitivanje prošlosti* 12: 271–319.
- [70] Перић, Нинко 1912. *Теорија злоупотребе права: и грађанско законодавство*. Докторска дисертација. Београд: Књижар Издавач Геца Кон.
- [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. *Persönlichkeitsschutz 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 Gegendarstellungsanspruch 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 Pravniki* IX: 102–108.
- [87] Stepančič, Hinko. 5/1893b. O popravkih po tiskovnem zakonu. *Slovenski Pravniki* IX: 131–137.
- [88] Stepančič, Hinko. 6/1893c. O popravkih po tiskovnem zakonu. *Slovenski Pravniki* IX: 164–168.

- [89] Stepančić, Hinko. 7/1893d. O popravkih po tiskovnem zakonu. *Slovenski Pravnik* IX: 197–200.
- [90] Stepančić, 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*. Chapter 8, ed. André Tunc. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- [92] Stürner, Rolf. *Empfiehl es sich, die Rechte und Pflichten der Medien präziser zu regeln und dabei den Rechtsschutz 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*. Université 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] Весел, Јосип. 1934. Право на исправку по закону о штампи. 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] Водинелић, Владимир В. 3/1974а. Грађанскоправна заштита човековог идентитета (аутентичности). *Анали Правног факултета у Београду* 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. ПОРОДИЧНО,
НАСЛЕДНО
И СТВАРНО ПРАВО

/

2. FAMILY LAW,
LAW OF INHERITANCE,
PROPERTY LAW

УДК 34.08:929 Константиновић М. ; 347.627.2

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK09A

Др Марија ДРАШКИЋ*

ТЕШКА ПОРЕМЕЋЕНОСТ БРАЧНИХ ОДНОСА КАО БРАКОРАЗВОДНИ УЗРОК: КРЕАЦИЈА ПРОФЕСОРА МИХАИЛА КОНСТАНТИНОВИЋА

Ауторка анализира тешку поремећеност брачних односа као бракоразводни узрок који је, захваљујући професору Михаилу Константиновићу, први пут био унет у југословенски Основни закон о браку 1946. године. Током времена, у правној литератури и судској пракси појавила су се различита тумачења неких спорних питања примене те одредбе; у првом реду о томе да ли и супружник који је крив за поремећај односа у браку има право на тужбу за развод брака, као и на који начин се уопште може утврђивати искључива кривица за поремећај брачних односа. С друге стране, недовољно прецизна одредба о споразумном тражењу развода брака отворила је пут расправама о томе да ли је Основни закон о браку познавао и споразумни развод брака, који је судска пракса разрешила тумачењем да је споразумно тражење развода брака било квалификовано као да је реч о институту споразумног развода.

Кључне речи: *Развод брака. – Тешка поремећеност брачних односа. – Основни закон о браку. – Михаило Константиновић.*

* Редовна професорка, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, maja@ius.bg.ac.rs.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Професор Михаило Константиновић вратио се у земљу из ратног избеглиштва – у које је отишао са последњом предратном југословенском владом – у фебруару 1945. године. Наставио је своју професорску каријеру на београдском Правном факултету, али је одмах био укључен и у важне државне пројекте израде новог, социјалистичког законодавства. Био је председник Комисије за израду нацрта Устава ФНРЈ и члан више комисија за израду нацрта закона (Кандић 2005, 296). Међутим, сасвим изузетно место у нашој правној историји припада професору Константиновићу као председнику комисије за израду четири прва закона донета у области породичног права, будући да је већ 3. априла 1946. године, непуну годину дана након ослобођења, донет Основни закон о браку (ОЗБ)¹, а наредне године и Основни закон о односима родитеља и деце (ОЗОРД)², Закон о усвојењу (ЗУ)³ и Основни закон о старатељству (ОЗС).⁴ Преднацрте сва четири закона саставио је професор Константиновић, преузивши на себе највећи терет и највећу одговорност да текстови задовоље високе стандарде и у садржинском и у методолошком смислу (Беговић 1969, 73). Како даље извештава професор Беговић, посебно је било важно што пре приступити изради закона о браку јер је у тој материји постојало шаренило у коме је било тешко снаћи се, а велика неуједначеност у начелима и решењима и подвојеност у законодавној и судској надлежности између државе и појединих верских заједница стварале су правну несигурност у тој осетљивој правној области (Беговић 1969, 73). Отуда се Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, којим је прекинут правни континуитет са целокупним грађанским правом Краљевине Југославије (Константиновић 1957, 431), примењивао најкраће на пољу породичног права, будући да је законодавна интервенција нове државе у област грађанског законодавства започела управо доношењем нових прописа о уређењу породичних односа. Та четири закона извршила су прву кодификацију најважнијих института породичног права на целокупној територији Југославије јер су републичким законима у том тренутку била препуштена само питања имовинских односа брачних другова и конвалидације бракова којима је ранијим прописима оспора-

¹ *Службени лист ФНРЈ* 31/1946.

² *Службени лист ФНРЈ* 107/1947.

³ *Службени лист ФНРЈ* 30/1947.

⁴ *Службени лист ФНРЈ* 30/1947.

вана пуноважност.⁵ Дакле, након много година у којима је породично законодавство Краљевине Југославије било подељено на шест правних подручја, на територији нове државе почели су се примењивати прописи којима су јединствено решени сви најважнији породични односи. Штавише, ти закони су у нашој правној и политичкој историји остали као пример добре законодавне технике и извор најнапреднијих и најмодернијих решења у тадашњем свету (Mladenović 1981, 25). Посматрано из данашње перспективе, вредност тих закона није само документарна већ су они издржали и неке важне провере времена, послуживши као основ за многа законска решења сада важећих прописа у државама које су настале дезинтеграцијом социјалистичке Југославије. Вероватно је, такође, да су то били закони који су најдуже трајали без измена и допуна које, готово без изузетка, упорно прате законодавну праксу сада важећих закона.

2. РАЗВОД БРАКА ПРЕМА ОСНОВНОМ ЗАКОНУ О БРАКУ

Основни закон о браку је уредио институт развода брака на потпуно другачији начин од нашег предратног брачног права. Најважнија новина је било управо увођење тешке поремећености брачних односа као јединог општег и релативног узрока за развод брака, чиме је први пут у нашем законодавству прихваћена теорија о разводу као правном леку. Другим речима, развод брака не мора се темељити само на неком скривљеном поступку једног од супружника већ може бити и последица неких објективних околности, за које не носе кривицу ни један ни други брачни друг. Развод брака отуда представља излаз из ситуације која је постала неподношљива и неодржива за супружнике до те мере да је развод брака једини „лек“ помоћу кога се супружници могу ослободити свог међусобно поремећеног односа. Такво схватање, уобличено у правној доктрини под именом „теорије о разводу као правном леку“ (Mladenović 1981, 417), прихваћено је и у савременим законодавствима са неподељеним одобравањем, али и са извесним модификацијама. На основу тога се, сасвим условно и сумарно, савремени правни системи могу поделити у две групе. На једној страни су правни системи у којима међу узроцима за развод брака фигурирају, осим узрока који ни на који начин не зависе од кривице брачних другова, и узроци који се заснивају

⁵ Видети, уместо свих других, Закон о имовинским односима брачних другова (*Службени гласник НР Србије* 6/1950) и Закон о признавању пуноважности бракова склопљених пре 9. маја 1946. године (*Службени гласник НР Србије* 53/1948).

на кривици једног или оба супружника (тзв. мешовити систем развода као правног лека). На другој страни се налазе они правни системи у којима се на кривици не може заснивати ниједан узрок за развод брака нити се кривица у бракоразводном спору уопште може утврђивати (тзв. чисти систем развода као правног лека). То, такође, значи да разлике које су током историје права биле упадљиве у упоредном праву када је реч о праву на развод брака све више ишчезавају у савременом упоредном праву. С једне стране, све је мање правних система у којима не постоји институт развода брака, тако да је и претпоследња европска држава која није признавала право на развод, Република Ирска, већином гласова својих грађана, на референдуму одржаном 1995. године, прихватила обавезу да измени свој Устав и да у свој правни систем унесе установу развода брака, што је и учињено 1996. године. И на Малти је у мају 2011. године одржан референдум на коме се такође већина становника изјаснила у прилог увођења институције развода брака у домаће законодавство, тако да данас у Европи више нема држава које не признају право на развод брака. С друге стране, у савременом упоредном праву ретки су и системи у којима је супружницима допуштена потпуна слобода одлучивања о разводу брака и у којима се брак може развести и простом једностраном изјавом воље о отпусту другог брачног друга, тако да и муслиманске земље у којима се примењује шеријатско право такав систем мање или више ограничавају (Dražkić 2020, 135).

Основним законом о браку је, дакле, још давне 1946. године прихваћена теорија о разводу као правном леку, која је и данас владајућа у упоредном праву, приклонивши се тзв. мешовитом систему развода као правном леку. Отуда тај закон познаје осам бракоразводних узрока: тешка поремећеност брачних односа (члан 56),⁶ прељуба (члан 57), рађење о глави (члан 58), злостављање, тешке увреде и нечастан живот (члан 59), неизлечива умна болест и неспособност за расуђивање (члан 60), злонамерно или неоправдано напуштање брачног друга (члан 61), несталост брачног друга (члан 62) и осуда на казну брачног друга (члан 63). Само је тешка поремећеност брачних односа општи и релативни бракоразводни узрок; сви остали су посебни узроци за развод брака, који могу бити апсолутни или релативни, скривљени или нескривљени.

⁶ Пречишћени текст Основног закона о браку (*Службени лист СФРЈ* 28/1965) утврдила је Законодавно-правна комисија Савезне скупштине 23. априла 1965. године. Према тој верзији, тај бракоразводни узрок се бележи као члан 53, а респективно су промењени и бројеви свих осталих чланова који се односе на бракоразводне узроке.

Општи (или генерални) узроци за развод брака јесу они који су тако стилизовани у закону да се под њихову широку и еластичну формулацију могу подвести различите, унапред недефинисане чињенице или околности (Draškić 2020, 137), па се некада у правној литератури означавају и као „омнибус“ норме (Mladenović 1981, 417). Типични општи узроци у упоредном праву су „озбиљна и трајна (или тешка) поремећеност брачних односа“, „неповратна пропаст брака“, „озбиљна повреда брачних дужности“, „непостојање духовне и материјалне заједнице“ итд. За разлику од општих, посебни (или специјални) узроци за развод брака јесу они за које законодавац тачно и одређено именује чињеницу или околност због које се може тражити развод брака. Није, притом, релевантно да ли се посебан узрок заснива на неком скривљеном поступку једног супружника („прељуба“, „злостављање“, „неразумно понашање“, „злонамерно или неоправдано напуштање“, „наношење тешких повреда“ итд.) или наступа у животу и без икакве кривице супружника („одвојен живот“, „душевна болест“, „несталост“ итд.). Некада, међутим, законодавац комбинује општи и посебне узроке за развод брака на тај начин што уз један општи узрок наводи примере посебних узрока за које се сматра да, по правилу, изазивају поремећај брачних односа као општи узрок за развод брака.⁷

За апсолутне бракоразводне узроке карактеристично је да њима закон даје значење самосталних узрока за развод брака, па се некада у литератури називају и „одређеним“ јер су чињенице које представљају бракоразводни узрок тачно одређене (Прокоп 1960, 214). Споредно је какве су последице на брачне односе стварно произашле из неке од тих чињеница. За развод брака је довољно да се докаже да постоје неке од њих. Саме те чињенице су узроци за развод (Константиновић 1982, 485). Напротив, релативни узроци нису чињенице које имају самостално значење већ је њихово постојање потребан – али не и довољан –

⁷ Типичан пример такве правне технике познавало је енглеско право, у коме је био предвиђен само један општи бракоразводни узрок – „неповратни брачни слом“ (*irretrievable breakdown of marriage*) и неколико посебних узрока који су управо требало да покажу када ће се сматрати да је брак дефинитивно претрпео неуспех (прељуба, неразумно понашање, напуштање које је трајало најмање две године, две године одвојеног живота брачних другова који су сагласни да се разведу и пет година одвојеног живота брачних другова ако нема споразума о разводу). Видети *Matrimonial Causes Act* (1973), пар. 1. Међутим, 2020. године извршена је велика реформа енглеског права о разводу брака, којом су из закона потпуно изостављени сви бракоразводни узроци који се заснивају на скривљеном понашању једног од супружника. Видети *Divorce, Dissolution and Separation Act* (2020). <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/11/section/1/enacted>, последњи приступ 13. јуна 2022.

услов за развод брака. Другим речима, те чињенице нису подобне да саме доведу до развода брака већ морају бити повезане са неким додатним околностима како би суд на основу њих могао развести брак. Одлика апсолутности или релативности није, дакле, иманентно својство које произлази из природних карактеристика чињеница које се сматрају узроцима за развод брака него је резултат одлуке и воље законодавца и одговарајуће правне технике (Draškić 2020, 138). Отуда једна иста чињеница може имати својство апсолутног узрока у једном законодавству, а релативног узрока за развод брака у другом правном систему.⁸ У савременим правима, међутим, апсолутни узроци за развод брака све су ређи.

Најзад, подела на скривљене и нескривљене бракоразводне узроке повезује се за квалификацијом понашања супружника у заједничком животу. У скривљене узроке убрајају се чињенице или околности које се квалификују као недопуштени поступци једног или обају супружника („прељуба“, „злонамерно или неоправдано напуштање“, „осуда због срамотног дела“, „озбиљна повреда брачних дужности“ итд.). Нескривљени су они бракоразводни узроци који произлазе из животне стварности и немају везе ни са каквим самовољним или некоректним поступком другог супружника. („несталост“, „душевна болест“, „озбиљна и трајна поремећеност брачних односа“ итд.). И за скривљене бракоразводне узроке важи правило да су готово потпуно ишчезли из упоредног породичног права, односно да је у савременом упоредном праву приметно да се упадљиво напуштају разлози за развод брака који се заснивају на кривици једног од супружника и замењују општим, релативним и

⁸ Бракоразводни узрок „дуг одвојен живот“ је, на пример, апсолутни узрок за развод брака у македонском праву, због тога што законска формулација гласи да „брачни друг може тражити развод брака ако је брачна заједница фактички престала дуже од једне године“. Међутим, тај исти разлог могао би бити и релативни бракоразводни узрок уколико би законодавац, рецимо, захтевао да суд удовољи захтеву за развод брака услед престанка заједничког живота супружника „ако је одвојени живот трајао најмање 2 године и ако би било утврђено да не постоје изгледи да се успостави заједнички живот брачних другова“, као што је то прописивало раније важеће право у Хрватској. Упоредити чл. 41 македонског Закона о породици и чл. 54, ст. 2 ранијег хрватског Закона о браку и породичним односима. Слично томе, швајцарски Грађански законик, пре реформе брачног права из 2000. године, чинио је прељубу апсолутним бракоразводним узроком, сматрајући је довољном и самосталном чињеницом за развод брака, док је, на пример, португалско право, такође пре реформе из 2001. године, сматрало прељубу релативним узроком за развод брака јер се захтевало да се она додатно квалификује као тешка повреда брачних дужности која је довела до неподношљивости заједничког живота. Упоредити ранији чл. 137 швајцарског Грађанског законика и ранији чл. 1779 Законика о грађанском судском поступку Португалије.

нескривљеним бракоразводним узроцима, тако да је тзв. чисти систем развода као правног лека већ у последњим деценијама 20. века постао доминантан у европском законодавству.⁹

3. ТЕШКА ПОРЕМЕЋЕНОСТ БРАЧНИХ ОДНОСА КАО БРАКОРАЗВОДНИ УЗРОК ПРЕМА ОСНОВНОМ ЗАКОНУ О БРАКУ

Одредба члана 56 Основног закона о браку је гласила овако:

⁹ Тако, на пример, према аустријском праву, на основу измењеног брачног законодавства 1999. године, сматраће се да је брак доживео „непоправљиви слом“ (*Scheitern*) само на основу чињенице да се заједнички живот супружника не одржава најмање шест година, али и три године од одвајања биће задовољавајући узрок за развод ако се презентује доказ о неповратном брачном слому. Други основ за развод јесте споразум супружника, под условом да је праћен и споразумом о деци и споразумом о правним последицама развода на супружнике те да га је одобрио суд. У данском праву, после реформе брачног права из 1999. године, брак се може развести када протекну најмање две године одвојеног живота супружника због њихове несагласности, али сваки супружник може одмах тражити сепарацију и након годину дана развести брак. У немачком праву после законодавне реформе која се догодила 1977. године, којом су уклоњени сви узроци за развод брака који су се темељили на кривици и замењени општим узроком брачног „слома“ (*Scheitern*), сматраће се да је брак доживео слом ако је престао заједнички живот брачних другова и не може се очекивати да ће бити поново успостављен, ако је протекла година дана одвојеног живота супруга који се саглашавају да се брак разведе, односно три године одвојеног живота када не постоји сагласност за развод. Видети § 1566 (1) немачког Грађанског законика. Ни у холандском праву није потребно доказати било какву кривицу за развод брака. Једини бракоразводни узрок је то што је брак доживео непоправљиви слом. Ако оба брачна друга траже развод, пропаст брака се претпоставља; ако пак само један брачни друг тврди да је брак сломљен, његова континуирана тврдња у том смислу биће довољна за развод брака, без обзира на противљење другог супружника. Видети чл. 150 холандског Грађанског законика. У Ирској, пак, супружници морају живети одвојено најмање четири од претходних пет година. Видети § 5 (1) (а) ирског Закона о разводу брака (1996). Но, пре него што је развод уопште био допуштен у Ирској, Европски суд за људска права је у спору *Airey v. Ireland* пресудио да је Република Ирска повредила право на поштовање породичног живота (чл. 8 Европске конвенције о људским правима) зато што госпођи Ејри није било могуће да се обрати Врховном суду – због великих трошкова и компликоване правне процедуре – и добије бар судску одлуку о раздвајању у недостатку права на развод брака. Видети *Case of Airey v. Ireland*, No. 6289/73, 11. септембар 1979.

Ако су услед несагласности нарави, трајног неспоразума, неуклоњивог непријатељства или из ма ког другог узрока брачни односи толико поремећени да је заједнички живот постао неподношљив, сваки брачни друг може тражити развод брака.

Сматраће се нарочито, да је заједнички живот супруга постао неподношљив, ако оба брачна друга наводећи оправдане разлоге споразумно траже развод. Ако је поремећај брачних односа настао искључиво кривицом једног супружника, право на тражење развода припада само другој страни.

Тешка поремећеност брачних односа је општи, релативни и нескривљени бракоразводни узрок, што значи да се узрок за развод брака не састоји у некој тачно и непосредно одређеној чињеници већ је последица једне или више узастопних околности којима је заједничко да су поремећају брачних односа допринеле у одлучујућој мери и могуће без икакве кривице једног или другог супружника. Поремећеност брачних односа се, другим речима, манифестује у видљивим и објективизованим чињеницама тако што живот у браку више не функционише нормално, односно не одвија се на до тада уобичајени начин (на пример, супружници више не разговарају, немају сексуалне односе, не договарају се о текућим питањима заједничког живота, не обедују заједно итд.), које указују на то да је наступила дисхармонија у односима између супружника те да се не може на задовољавајући начин остварити смисао брака, а то је стварна, потпуна и складна заједница живота супружника. Ево како сам професор Константиновић описује овај бракоразводни узрок: „Овај узрок за развод брака заузима нарочито место у скупу узрока због којих се брак може развести, и већ на први поглед разликује се од њих. Док је за развод брака због осталих узрока потребно, али је и довољно, да се утврди постојање неке чињенице, која је у закону прецизно одређена, као што на пр. прељуба, или рађење о глави супругу, или злостављање, овде се развод дозвољава ако су брачни односи тешко поремећени, без обзира које су чињенице изазвале ту поремећеност. Због тога је улога суда кад се тражи развод брака из овог узрока много тежа, него иначе. Он се не може ограничити на утврђивање да ли постоји одређена чињеница, и изрећи развод брака кад год она постоји, него се мора упустити у испитивање сложеног сплета брачних односа и целокупне ситуације супруга. И тек кад утврди да су ти односи толико поремећени, да се од супруга не може захтевати да продуже заједнички живот, он ће изрећи развод брака“ (Константиновић 1982, 484).

Зашто је, дакле, важно да у позитивном праву постоји бар један општи и релативни бракоразводни узрок, односно зашто је било неопходно да у ОЗБ буде уврштена тешка поремећеност брачних односа као узрок за развод брака? Разлог за то је двојак – каже професор Константиновић.

Прво, има случајева у којима никаква одређена чињеница није изазвала поремећеност брачних односа већ је раздор међу супружницима настајао постепено, скоро неприметно, те им је временом заједнички живот постао неподношљив.¹⁰ Такође, поремећеност брачних односа може наступити без икаквог догађаја за који би био одговоран један брачни друг. Она може бити последица супротности природа, различитости тежњи и свакојаким других узрока у којима нема кривице ни једног ни другог супруга. „Неслагање у начину понашања према деци, у начину њиховог подизања и васпитавања може довести до потпуне разривености односа између мужа и жене и немогућности даљег заједничког живота. При томе сваки од њих може бити инспирисан искључиво најбољим намерама према деци, и остати у дубоком уверењу да је у интересу деце оно што он тражи. У извесном смислу ови случајеви су тежи од оних у којима закон дозвољава развод брака из одређеног узрока. Прељуба, тешке увреде, умна болест, несталност, напуштање брачног домицила могу уздрмати брак, али брак може пребродити кризу у коју је због њих дошао. Увређени супруг може опростити, супруг умоболног може се још више везати за њега, а напуштени супруг може се одлучити да чека повратак, и брак може бити спасен. Али нема спаса браку ако између супруга постепено настане нетрпељивост или трајно непријатељство, или неподношљивост услед различитости њихових природа“ (Константиновић 1982, 485–486).

На другом месту – каже професор Константиновић – има случајева у којима се може тачно утврдити чињеница из које се зачала и постепено развила поремећеност брачних односа. „Али је та чињеница релативно незнатна и губи се према последицама коју је изазвала. На пример, навика

¹⁰ Веома сликовито је такво стање описао познати француски песник Сили Придом (Sully Prudhomme) у својој песми „Сломљена ваза“: „Али и најмања повреда, разједајући кристал свакога дана, невидљивим и сигурним ходом полако је учинила своје. Свежа вода из ње је кап по кап ишчезла, исушио се сок из цвећа, иако још о томе нико ништа не зна, немојте је додиривати, она је сломљена. Тако често рука коју волимо убије срце додирујући га; срце се потом распада само од себе, цвет његове љубави умире. Ваза осећа да њена рана фина и дубока и увек невидљива за очи света расте и плаче сасвим тихо: она је сломљена, не дирајте у њу.“ Наведено према Младеновић 1963, 80.

једног брачног друга да се опија. Оно што одликује те чињенице је то да оне саме по себи нису толико тешке да увек изазивају поремећеност брачних односа, али је оне могу изазвати. Њихово дејство на одређени брачни однос може бити веће или мање. У неким случајевима оне остају без утицаја или без јачег утицаја на стабилност брачних односа. У неким случајевима оне изазивају само привремене потресе. Некад дође до потпуне разривености брачних односа. Све зависи од околности појединог случаја. Због тога оне нису проглашене за ‘одређене узроке’, за узроке развода у свима случајевима. Истина, закон би могао и овакве чињенице да уврсти у ‘одређене узроке’ за развод брака, постављајући за сваку од њих ближе услове, којима би било прецизирано кад се због њих може тражити развод брака. Заједнички услов за све сличне чињенице био би да су оне изазвале тешку поремећеност брачних односа. Али маколико био дуги списак таквих чињеница он би нужно био непотпун, што би био један његов недостатак. Други недостатак таквог поступања био би у томе, што узрок развода у сличним случајевима није у истини сама одређена чињеница као таква, већ њена могућа одређена последица, а то је тешка поремећеност брачних односа“ (Константиновић 1982, 486). И професор Младеновић је инсистирао на томе да конкретне чињенице које су изазвале поремећеност брачних односа не улазе у појам тог бракоразводног узрока, да их не треба наводити у изреци пресуде о разводу брака те да стога нису погодне за правноснажност. Из тога је произашао и закључак да у споровима о разводу брака у тим случајевима нема места за приговор *res iudicata*, осим уколико би се развод поново тражио на потпуно истом чињеничном и правном основу као у претходном спору (Младеновић 1963, 81).

Дакле, за тај бракоразводни узрок није релевантно која је чињеница изазвала тешку поремећеност брачних односа; законодавац се не обазире на узрок већ само на последице и ако је реч о последици која се може квалификовати као тешка поремећеност брачних односа, развод је дозвољен.

Истина, професорка Ана Прокоп критикује текст закона у том делу као „помало лакомислен“, због тога што „ма који други узрок“ који је изазвао тешку поремећеност брачних односа може бити бракоразводни узрок. Према њеном мишљењу, брак је толико важна друштвена установа да не треба *a priori* допустити могућност да се он може из ма ког узрока развести. Тежиште мора бити на томе да само озбиљни и трајни узроци заиста доводе до тешке поремећености и неподношљивости у браку. Као пример за те друге узроке које закон није именовао, али се оправдано могу сматрати узроцима за развод брака, она наводи

све случајеве флагрантног кршења личних права и дужности супружника, као што је, рецимо, начело равноправности. Ако се тај принцип грубо и стално крши, ако један супружник, на пример, преузима улогу искључивог старешине домаћинства, самовољно управља заједничком имовином против воље другог супруга или другом супружнику намеће ограничења слободе кретања или слободе избора рада и занимања, онда се и такви поступци могу оправдано сматрати „ма којим другим узроком“ који је довео до несагласности нарави, трајног неспоразума или неуклоњивог непријатељства (Prokor 1960, 219).

3.1. Несагласности нарави, трајни неспоразум, неуклоњиво непријатељство

Управо имајући у виду да је бракоразводни узрок само последица која је наступила у виду тешке поремећености брачних односа, законодавац је поменуо неколико узрока који до тога могу довести, али само *exempli causa*. Прва таква околност која може изазвати тешку поремећеност брачних односа јесте несагласност нарави, односно различитост природа, менталитета, склоности или темперамента брачних другова. Професор Константиновић каже да је узрок то „што су супружници такви какви су“ (Константиновић 1982, 488), а професорка Ана Прокоп да је „нарав човјека у ствари његов карактер, те да се овдје ради о несугласности карактера брачних другова“ (Prokor 1960, 215). Притом, несагласност нарави је вероватно постојала и пре брака, само је супружници нису били свесни или су веровали да ће ту несагласност моћи да савладају и превазиђу током заједничког живота. Осим несагласности нарави, у ОЗБ се као могући проузроковачи тешке поремећености брачних односа наводе и трајни неспоразум и неуклоњиво непријатељство. Трајни неспоразум може проистећи из различитог порекла, васпитања, образовања, амбиција, моралних начела, велике разлике у годинама, система вредности коме се тежи у животу, као и из много чега другог. Толерантност, стрпљење, позитивна мотивација за заједнички живот и љубав могу одложити или донекле ублажити кризу, али је не могу спречити у свима случајевима. Штавише, криза може наступити не само без икакве кривице брачних другова него и уз њихову најбољу вољу и труд да је избегну. Најзад, неуклоњиво непријатељство између супружника може настати услед неког скривљеног понашања једног од њих, које други супружник није могао опростити. То се може догодити, на пример, ако током дужег времена разумљива потреба за ексклузивношћу у љубавном односу прерасте у болесну љубомуру или обрнуто, отворено или скривено промискуитетно понашање,

егоистични, ситничави, непоштени, зловни, лицемерни, примитивни или некултурни поступци, као и насилничко понашање једног брачног друга створе код другог осећање неуклоњивог непријатељства. Може се, међутим, догодити да неуклоњиво непријатељство настане и без било чије кривице, рецимо, услед физичке или сексуалне одвратности једног супружника према другоме, због разлике у ставовима супружника према рађању деце, или тако што један супруг живи или се понаша на начин коме се не може ништа замерити, али тај начин живота или понашања постепено почне да иритира другог супружника, стварајући међу њима размимоилажење, а затим све већи јаз и на крају дубоко непријатељство.

3.2. Неподношљивост заједничког живота

Тешка поремећеност брачних односа као узрок за развод брака мора бити потврђена још једном чињеницом, која ту тешку поремећеност квалификује и додатно тако да је „заједнички живот постао неподношљив“. Није, дакле, довољно да то буде тренутна поремећеност – па чак и тешка – за коју се може разумно очекивати да ће проћи и да ће супружници моћи да наставе заједнички живот. Потребно је да поремећеност буде толико тешка и да толико дуго траје да је учинила да заједнички живот у браку постане неподношљив за једног или оба брачна друга. Другим речима, ОЗБ је тај бракоразводни узрок тако формулисао да је један општи и релативни бракоразводни узрок (тешка поремећеност брачних односа) условио постојањем још једног – опет општег и релативног – узрока за развод брака (неподношљивост заједничког живота). Управо то што је наступила неподношљивост заједничког живота показује да тешка поремећеност брачних односа и разлози који су довели до те поремећености нису пролазног карактера него једно трајно стање, које доминира односом међу супружницима и непрекидно се манифестује у њиховој међусобној комуникацији.

Неподношљивост је осећање које се, по правилу, развија постепено код једног или оба супружника, најчешће као реакција на понашање и поступке другог супружника које он/она не одобрава, са којима се не слаже, које презири или који стварају осећање увређености и понижености. „Споредно је зашто је дошло до неподношљивости заједничког живота, да ли је за то крив један супруг, или су крива обадва, или није крив ниједан од њих“ (Константиновић 1982, 488). С друге стране, истиче се у правној књижевности (Прокоп 1960, 230) да се осећање неподношљивости ипак мора на неки начин документовати, било да се код интровертних особа манифестује као ћутња, потиштеност,

повлачење, избегавање другог супружника, односно као свадљивост, вређање, грубост, викање итд. код екстровејних личности. Супротно томе, у литератури је забележено и схватање да је тај појам сасвим непотребан у контексту тешке поремећености брачних односа као бракоразводног узрока, будући да је неподношљивост потпуно субјективна оцена односа и стања у браку једног или обају супружника, коју суд не може оцењивати; улога суда своди се на оцену поремећености односа у браку, а оцена неподношљивости припада само странкама. „Кад у спору за развод по чл. 56 један супруг тражи развод а други се противи, сасвим је сигурно да оба супруга немају подједнаку оцену неподношљивости. За супруга који тражи развод морало би се претпоставити да је њему брачна заједница неподношљива јер у противном не би тражио развод. Обрнуто, супруг који се противи разводу, то чини зато што му заједница није неподношљива. Из чега се онда изводи закључак да је заједнички живот супруга неподношљив? Свакако из поремећености. Кад суд одбије да разведе брак, он неће моћи да каже да то чини зато што сматра да за тужиоца заједница није неподношљива већ зато што заједница објективно није тешко поремећена. Најзад, кад усваја тужбени захтев и разводи брак, иако туженик тврди да му заједница није неподношљива, суд неће моћи да тврди да је заједница ипак за њега неподношљива јер би то била противречност, већ ће рећи да је заједница објективно тешко поремећена. Правило је да је заједница неподношљива увек само за тужиоца а не и за туженика, чим се он противи разводу. Ако би суд морао дословно да поштује одредбу чл. 56 ОЗБ, он би морао да увек одбије да разведе брак кад се томе противи туженик. Све, дакле, указује да је субјективна последица сувишна и да само доводи до нерешивих проблема“ (Младеновић 1963, 86).

3.3. Кривица за тешку поремећеност брачних односа

У правној теорији појавило се схватање да се развод брака због тешке поремећености брачних односа може тражити само ако тужилац докаже да је тужена страна крива што су њихови брачни односи толико поремећени да им је заједнички живот постао неподношљив. То мишљење, међутим, никако није било прихватљиво за професора Костантиновића: „У тексту закона нема ниједне речи, нити које посредне индиције, одакле би се могло закључити да тужилац треба да докаже кривицу тужене стране за поремећеност њихових брачних односа. Напротив, текст закона указује несумњиво на то да овај узрок развода може настати без ичије кривице... Сви ови случајеви, које закон наводи као пример узрока који могу довести до поремећености брачних односа и неподношљивости заједничког живота, показују да се то може догодити без кривице брачних другова. То показује и широка формула

којом се закон служи после навођења ових примера, а која обухвата све остале узроке поремећености брачних односа и неподношљивости брачног живота: 'Ако су услед несагласности нарави, трајног неспоразума, неуклоњивог непријатељства *или из ма ког другог узрока* брачни односи толико поремећени...' Начин на који закон помиње остале могуће узроке поремећености брачних односа и неподношљивости заједничког живота захтева да се не прави никаква разлика између случајева у којима је неподношљивост заједничког живота настала кривицом супруга и случајева у којима за то нема кривице до њих. Формула закона 'из ма ког другог узрока' обухвата све могуће узроке неподношљивости заједничког живота, без обзира на то да ли је који супруг крив за тај узрок или не... Приликом редакције (законског текста) хтело се баш да се укаже нарочито на то да је узрок развода тешка поремећеност брачних односа, и да за ту поремећеност не мора бити крива тужена страна. Да би се то сигурније постигло наведено је, примера ради, неколико случајева у којима та поремећеност наступа услед околности за које очигледно нико није крив, а да би се иста мисао још више подвукла, речено је да се може тражити развод брака због тешке поремећености брачних односа кад је та поремећеност настала и 'из ма ког другог узрока' (Константиновић 1982, 489). Судска пракса је додатно потврдила да је број бракова који су разведени због кривице једног или оба супружника далеко мањи од оних у којима ничија кривица није била утврђивана (Марковић 1970, 629).¹¹

3.4. Тужба за развод брака

Много полемика у правној литератури, а касније и у судској пракси, изазвала је и одредба става 2 члана 56 ОЗБ, и то у погледу два спорна питања.

3.4.1. Да ли је сваки брачни друг могао да тражи развод брака?

Најпре, језичким тумачењем првог дела овог става долази се недвосмислено до закључка да је развод брака због тешке поремећености брачних односа могао тражити сваки супруг, а могла су га тражити и

¹¹ Марковић наводи, као илустрацију, да су у београдском Окружном суду 1967. године правноснажно разведена укупно 1764 брака; од тог броја, само 249 (14%) бракова је разведено нечијом кривицом, и то кривицом мужа (167 или 9%), кривицом жене (55 или 3%), односно обостраном кривицом (27, тј. 1,64%).

оба супруга заједно, будући да закон каже да ће се сматрати нарочито да је заједнички живот постао неподношљив ако оба брачна друга спорузно траже развод брака.

Ако развод брака због тешке поремећености брачних односа тражи један од брачних другова, ирелевантно је како је дошло до те поремећености, да ли су за њу криви један или оба супружника, или је до ње дошло без ичије кривице. То значи да брачни друг који тражи развод брака треба да докаже само то да су односи између њега и његовог брачног друга толико поремећени да му је постало немогуће да настави заједнички живот. Он не мора доказивати да је за поремећеност брачних односа крив други супружник, пошто брачни односи могу бити поремећени и без ичије кривице па ни евентуална кривица туженог није услов за постојање тог узрока за развод брака.

Од тог правила у ОЗБ се прави само један изузетак, тиме што се прописује да ако је поремећај брачних односа настао искључиво кривицом једног супружника, право на тражење развода припада само другој страни (члан 56, став 2 *in fine*). У правној књижевности то решење је критиковано као неоправдано са гледишта друштвених интереса и потреба живота (Финжгар 1957, 424). За професора Константиновића, међутим, то је потпуно логично решење: „Мисао која се налази формулисана у овом тексту је проста и разумљива. Брачни друг који је сам својим понашањем изазвао тешку поремећеност брачних односа, те сноси сву одговорност за то, не може се позивати на ту поремећеност брачних односа и тражити развод брака. Та поремећеност настала је само због тога што се он понашао онако како није требало, што значи да је настала његовом кривицом, пошто се кривица у грађанском смислу речи састоји управо у томе што се неко понаша онако како не треба, а не онако како се основано може очекивати. Нико се не може позивати на своје недозвољено понашање и из тога изводити неко право. Разумљиво је зашто не може тражити развод брака супруг који је извршио прељубу, или је радио о глави своме брачном другу, или га је злостављао или вређао, или је злонамерно напустио свога брачног друга, или је осуђен за кривично дело против интереса народа и државе или за какво друго бешчастеће дело. Својом кривицом нико не може прибавити себи овлашћење које није имао пре тога. Из истог разлога закон одбија право да тражи развод брака оном супругу који је искључиво крив што је дошло до поремећености брачних односа и до неподношљивости заједничког живота. У том случају право да тражи развод брака припада само другом супругу. Пропис друге реченице става другог члана 56 нема други смисао“ (Константиновић 1982, 490–491).

Дакле, у питању је изузетак од општег правила, који мора бити уско протумачен, а то значи да право на тражење развода нема само онај супружник који је искључиво крив за поремећај односа у браку. Другим речима, ако је за поремећеност брачних односа крива и друга страна, онда се опет примењује опште правило да сваки од супружника има право да тражи развод брака. У том случају није важно у чему се састоји кривица другог брачног друга, да ли је она већа или мања од кривице тужиоца, да ли је изазвана понашањем тужиоца или му је претходила. У сваком таквом случају, дакле, када постоји обострана кривица за поремећај односа међу супружницима, и један и други брачни друг имају право да подигну тужбу за развод брака због тешке поремећености брачних односа.

Посебно је питање да ли је уопште могуће утврдити размере кривице једног и другог брачног друга ако је за створену ситуацију крив сваки од њих двоје. Томе сеprotиве сама природа брачних односа, њихова сложеност и деликатност. Штавише, и професор Константиновић (1982, 492) слаже се да ће се ретко догодити да за поремећај брачних односа буде одговоран само један брачни друг већ је много вероватније да је недозвољено понашање једног супружника на неки начин изазвао његов брачни друг, односно да је кривица једне стране у браку по правилу последица недостатака или поступака друге стране. Због тога је и став о аутоматском дејству кривице у супружанским односима у браку одбачен у савременом праву.¹² Наиме, основни разлог за такав став лежи управо у тешкоћи потпуног и јасног дефинисања скривљеног понашања једног од брачних другова. Грађанскоправни појам кривице, одређен као одступање у понашању штетника од стандарда о понашању врло пажљивог човека, не може се механички применити на личне односе између супруга. Кривица у брачном праву представља повреду једне раније постојеће обавезе којој законска норма даје тежину узрока за развод брака. Санкција, дакле, није накнада проузроковане штете већ је далеко сложенија и погађа личност сваког од брачних другова.¹³ Упоредбе суштинског разликовања је још мање могуће. Наиме, у домену грађанскоправне одговорности, обавезу

¹² Највећи број европских законодавстава сада прихвата да нема никаквог оправдања да се кривица учини једним од предуслова за стицање права на развод брака или права на издржавање те да јасан тренд широм Европе налаже да се готово потпуно одустане од кривице. Видети опширније *Principles of European Family Law* 2004, 83.

¹³ Према неким истраживањима, развод брака узрокује стрес одраслих особа који се по снази налази на другом месту (одмах после смрти блиске особе). Видети Alinčić *et al.* 2001, 119.

понашања коју штетник није поштовао релативно је лако одредити, па се – и поред могућих тешкоћа – кривица може и степеновати и тиме постићи још већа прецизност у одређивању психичко-вољног односа штетника према учињеној штети. Насупрот томе, дужности брачних другова у међусобним личним односима широко су одмерене. Повреда обавезе верности, узајамног поштовања и помагања или међусобне привржености и солидарности, на пример, подразумева доста велику скалу поступака, од којих само неки имају значање и размере кривице. Због тога, одлучити о одговорности у тим ситуацијама значи понекад расправљати и о категоријама које немају несумњив смисао. Тако, рецимо, неприлагодљивост, саможивост, себичност или непопустљивост и искључивост у међусобним односима у браку у знатној мери обично претходе некој инцидентној околности, која се касније квалификује као скривљено понашање, односно узрок за развод брака. Није реткост да суштински узрок поремећаја у брачној заједници и тада остане скривен. Другим речима, изрицање санкције у грађанском праву објашњава релативно једноставна чињеница да је проузрокована штета на начин који је, опет, релативно лако идентификовати, док у односима између супружника, уз много више неизвесности, треба пронаћи баш ону околност која носи сву тежину повреде личних права и дужности у браку и тиме оправдати изрицање пресуде о разводу брака (Dražkić 1986, 36).

Међутим, та одредба је ипак изазвала доста дилема у правној теорији и проблема у судској пракси, доводећи судове у ситуацију да повремено исконструишу „допринос“ поремећености брачних односа некривог брачног друга, како би могло доћи до развода брака. То се чинило тако што би се и нормална реакција на скривљене поступке једног брачног друга означавала као допринос некривог супружника поремећености. Штавише, према речима професорице Прокоп, било је случајева да се „и нереагирање на неправилне поступке другог брачног друга квалифицирало као незаинтересираност за брачну заједницу, и то се онда третирало као допринос поремећености, при чему се појам ‘узроковао’ поистовјетио са појмом ‘сакривио’. А то све зато, да би се искључиво кривом брачном другу омогућио развод брака“ (Prokop 1960, 225). Такође, у неким случајевима судови су ишли тако далеко да су тврдили да искључива кривица постоји „само у случају кад је један брачни друг намерно проузроковао поремећеност брачних односа, да би по том основу могао тражити развод брака“.¹⁴ У неким одлукама судови су заузимали и овакав став: „Кад закон говори о искључивој кривици једног

¹⁴ Врховни суд ФНРЈ, Гж. 1/50, 26. 1. 1950, *Збирка одлука врховних судова и упутстава Врховног суда ФНРЈ (1945–1952)*, Београд 1952, 195.

брачног друга онда се... мисли на оне ријетке случајеве, кад је други брачни друг потпуно невин и није ни у најмањој мјери проузроковао неподношљив живот и кидање брачне заједнице.¹⁵ Но, такав развој, у смислу тумачења спорне одредбе, био је унеколико и очекиван, будући да онај супруг који је желео развод брака није имао право да поднесе тужбу због тога што је био искључиво крив за поремећај брачних односа, а други брачни друг, који је могао да поднесе тужбу за развод брака, није желео да се користи својим правом из најразличитијих разлога (од веровања да на тај начин повећава изгледе да се поново успостави заједнички живот до демонстрирања осветољубивости, уцене или каприца). Тако су се временом појавили тзв. мртви бракови, који су и даље правно постојали и нису се могли развести, али стварно нису постојали, имајући у виду да је био наступио потпуни прекид брачних односа странака у дужем временском периоду, да су се сами брачни другови потпуно отуђили, јаз између њих се све више продубљивао, нада да би се поново могла успоставити заједница живота све више се смањивала, а често су супружници већ живели у новим животним заједницама са особама са којима правно нису могли склопити брак. Некада је такво стање трајало годинама, па су судови, схватајући исправно да на одржавању таквог брака више нема смисла инсистирати, у настојању да разреше једну неприродну животну ситуацију, учинили још један корак – почели су да разводе те бракове уводећи одвојени живот брачних другова у дужем временском периоду као потпуно нови бракоразводни узрок, који су сматрали самосталном чињеницом која даје право и искључиво кривом брачном другу да тражи развод брака. Такву праксу, која је *stricto sensu* била противна закону, безрезервно су подржали и највиши судови, сматрајући да је дуг одвојен живот сам по себи објективна околност која узрокује поремећај брачних односа и неподношљивост заједничког живота.¹⁶ Судска пракса је тако креирала

¹⁵ Врховни суд Хрватске, Гж.1066/48, 19. 10. 1948. Наведено према Прокор 1960, 232.

¹⁶ „Дуготрајни одвојен живот без вршења узајамних права и дужности везаних за брак, управо је негација нормалних брачних односа, макар и само један брачни друг био упоран у одржавању таквог стања, које није више само манифестација поремећаја брачних односа него и функционални узрок, *нов узрок* (подвукла М. Д.) даљег поремећаја брачних односа, и добија разорну снагу дугог одвојеног живота као *објективна околност* (подвукла М. Д.) која чини даљи заједнички живот неподношљивим. У таквом случају евентуална искључива кривица тужитеља за раније настали поремећај престаје бити искључиви узрок поремећаја брачних односа.“ Савезни врховни суд, Рев. 921/58, 18. 11. 1958. Наведено према Прокор 1960, одлука 362. Исто и Савезни врховни суд, Гз. 5/55, 25. 2. 1955, *Збирка одлука врховних судова донетих у кривичном и грађанском судском поступку (1953–1955)*, Београд 1954, одлука 282.

сасвим нови, оригинални бракоразводни узрок, руковођена исправном проценом о потреби постојања нове опште правне норме. Епилог је, напokon, било увођење бракоразводног узрока „дуг одвојен живот брачних другова“ као посебног, апсолутног или релативног узрока за развод брака у већину нових републичких и покрајинских породичних закона који су доношени седамдесетих година прошлог века (Draškić 2020, 40).

3.4.2. Да ли је ОЗБ познавао споразумни развод брака?

Друго спorno питање покренуло је у правној теорији велику расправу о томе да ли је ОЗБ дозвољавао споразумни развод брака. До таквог тумачења један број правних писаца дошао је захваљујући првој реченици из става 2 члана 56 ОЗБ: *Сматраће се нарочито, да је заједнички живот супруга постао неподношљив, ако оба брачна друга наводећи оправдане разлоге споразумно траже развод*. Тако, професор Беговић (Беговић 1948, 88–89) сматра да се том одредбом у ствари установљава развод по споразуму супруга, али по доста отежаном поступку. Осим постојања споразумног тражења и навођења оправданог разлога, на основу чега се претпоставља да је заједнички живот супруга постао неподношљив, он сматра да треба утврдити и истинитост тих навода, односно да је живот супружника заиста постао неподношљив. Супротно, према мишљењу професора Ајзнера (Eisner 1950, 94–95), ваља сматрати да је заједнички живот брачних другова постао неподношљив особито када обоје споразумно траже развод брака наводећи за то оправдане разлоге. У том случају не одлучује чисти споразум брачних другова али – иако се неподношљивост претпоставља – треба и тада да постоје објективне чињенице које дају оправдан разлог за развод. И према Крижанићевом мишљењу, за споразумно тражење развода брака постоји законска претпоставка о неподношљивости заједничког живота супруга, али су оба брачна друга у том случају дужна да наведу и оправдане разлоге за развод брака (Križanić 1951, 72). Најзад, професор Младеновић се изјашњава у корист постојања института споразумног развода и позивањем на текст Преднацрта закона о браку, који је садржавао изричиту одредбу која је допуштала споразумни развод брака, али је у коначном тексту закона та одредба била изостављена и, уместо ње, унета је норма о споразумном тражењу развода брака. „Међутим, изостављањем изричите и јасне одредбе није се хтела сасвим одбацити идеја о споразумном разводу. Како је тачно речено, тиме се само желело избећи да споразумни развод уђе у закон на ‘велика

врата'; њему су само 'одшкринута врата' да се кроз њих може провући захваљујући садашњој формулацији чл. 56. ст. 2. ОЗБ" (Mladenović 1962, 505).

Међутим, професор Константиновић се, као творац тог закона, таквом тумачењу жестоко противио: „Дајући право сваком супругу да тражи развод брака због тешке поремећености брачних односа, закон самим тим даје право супрузима да траже развод заједно: оно што може сваки супруг сам, могу тим пре оба супруга заједно. Они то могу кад нико од њих није крив што је дошло до поремећености брачних односа, као и кад су и један и други мање или више криви за то. Они то могу и кад је до тога дошло искључиво кривицом једног од њих. Али и када супрузи заједно траже развод брака потребно је да се докаже да постоји узрок за развод, онако исто када то тражи један супруг. То значи да се на заједнички захтев супруга брак може развести само ако се докаже да су њихови односи толико поремећени да им је заједнички живот постао неподношљив. Наше право не познаје развод брака на основу међусобног споразума брачних другова... И заиста текст се односи на случај када супрузи 'споразумно траже развод брака'. Али из њега, узетог у целини, не може се извести закључак да је за развод брака довољно да су се супрузи сагласили да се разведу. Томе сметају речи: 'наводећи оправдане разлоге'. Кад њих не би било, онда би споразум супруга повлачио пресумпцију поремећености брачних односа и неподношљивости заједничког живота. Али те пресумпције овде нема, иако је почетак текста редигован како се обично редигују пресумпције ('Сматраће се...'). Јер пресумпција се састоји у ослобађању терета доказивања, или преваљивању тог терета на другу страну. У нашем тексту тога нема, пошто се од супруга тражи да наведу 'оправдане разлоге'. То може значити само да они треба да докажу да им је заједнички живот заиста постао неподношљив. Другим речима, тиме се враћамо општем правилу, постављеном у члану 56, и мишљење да наш закон дозвољава развод брака по међусобном споразуму брачних другова остаје без основа. И када брачни другови 'споразумно траже развод брака' треба да се докаже да су њихови 'брачни односи толико поремећени, да је заједнички живот постао неподношљив'. Постојање узрока за развод у случају 'споразумног' тражења развода треба да утврди суд. Реч 'споразумно' у нашем тексту значи само 'заједно', она не мења ништа у узроку за развод брака формулисаном у првом ставу чл. 56, већ само каже да супрузи могу заједно, једним поднеском или изјавом тужене стране у току спора, тражити развод због тешке поремећености њихових односа" (Константиновић 1982, 493–494). Такав став је подржао и професор Трива, сматрајући да је и у споразумном тражењу да се брак разведе странке треба да докажу у првом реду

да постоје узроци који су довели до поремећаја, а затим и да су такви узроци учинили заједнички живот странака неподношљивим. Ипак, он сматра да у суштини та одредба није створила никакву посебну процесну ситуацију у погледу олакшања доказивања бракоразводног узрока, али да нема сумње „да је неспоразумима у интерпретацији допринео недовољно прецизно редигован сâм законски текст“ (Трива 1957, 54–57).

Такво тумачење су безрезервно прихватили врховни судови у Југославији, али је судска пракса нижих судова кренула у супротном правцу. Наиме, иако правна схватања која су изражена у примедбама вишег суда изнесеним у поступку одлучивања по правном леку нису обавезна за нижи суд, те је он формалноправно слободан да се и убудуће држи правног схватања које је усвојио у ранијој пресуди сматрајући га исправним, правна схватања, ставови и мишљења која износе виши судови уживају ауторитет код нижих судова, тако да се они најчешће приклањају ставу вишег суда и у поновљеном поступку одлучују у складу са тим становиштем. Тај ауторитет некада почива на новим аргументима које износи виши суд и које нижи суд није имао у виду доносећи првостепену одлуку, а некада почива и на чистом опортунитету судије нижег суда који тако избегава да његова пресуда у новом поступку по правном леку буде преиначена или поново укинута од вишег суда. На тај начин је судска пракса свих другостепених и врховних судова, мада формално није извор права, одувек снажно утицала на начин на који су нижи судови тумачили опште правне норме породичног права. Међутим, у овом случају, првостепени судови су поступали сасвим супротно, игноришући ставове виших и врховних судова. Наиме, према слову Основног закона о браку, нарочито ће се сматрати да је заједнички живот супружника постао неподношљив ако оба брачна друга споразумно траже развод брака. Ту законску норму првостепени судови почели су тумачити као посебан бракоразводни узрок и пресуду којом се разводи брак заснивати на споразумном тражењу оба брачна друга, као да је реч о институту споразумног развода. Због тога је Врховни суд Југославије интервенисао Упутством у коме је такву праксу оценио као незакониту, подсећајући ниже судове да се споразумно тражење развода брака мора оцењивати у вези са целокупним резултатом расправе која треба да докаже одлучујућу чињеницу – која је једини законски узрок за развод брака – да су брачни односи, услед несагласности нарави, трајног неспоразума, неуклоњивог непријатељства или ма ког другог разлога, толико тешко поремећени да је заједнички

живот супружника постао неподношљив.¹⁷ Упркос томе, нижи судови су наставили да допуштају споразумни развод брака не само насупрот ставу највише судске инстанце него и тумачећи поменути законску одредбу директно *contra legem*. Крајњи исход био је, као и у претходном случају, прихватање законодаваца да у републичким и покрајинским породичним кодификацијама средином седамдесетих година 20. века уреди, са мање или више ограничења, споразумни развод брака као посебан правни институт.

Најзад, на питање да ли је споразумно тражење развода било доступно и брачном другу који је искључиво крив за поремећај брачних односа, правна теорија је одговорила афирмативно (Трива 1957, 58–59, Прокоп 1960, 234–235, Финжгар 1957, 428). Оцењено је, наиме, да је исправније становиште да се може удовољити бракоразводном захтеву оног брачног друга који је искључиво својим скривљеним понашањем пореметио брачне односе, под условом да се том захтеву не успротиви тужени супружник. Другим речима, ако осећај неподношљивости због тешке поремећености брачних односа постоји само код онога ко је искључиво својим скривљеним понашањем проузроковао бракоразводни узрок, било би неморално и противило би се начелу *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* кад би се његов захтев за развод брака усвојио упркос противљења невиног брачног друга. Ако кривац из одређене ситуације извлачи за себе корисне консеквенце противно вољи друге стране, то би било у супротности и са јавним интересом. Међутим, ако и супротна страна жели да наступи та иста последица, онда је сасвим свеједно поводом чијег тражења је до такве последице дошло, јер ако и невини брачни друг изјави да се не противи захтеву за развод, он тиме у ствари манифестује своје осећање да је и за њега наставак брачне заједнице постао неподношљив. „То што он таквом схватању не даје уобичајени процесноправни израз нимало не дира у суштину проблема. Иако формално не диже са своје стране тужбу у којој тражи да се брак разведе, он у суштини изјављује да тражи развод брака. Поступа процесно економично кад том свом расположењу и хтењу не даје и облик тужбе односно противтужбе. Она није ни потребна кад већ постоји захтјев који се по свом садржају и чињеничном образложењу нимало не разликује од онога што би он, за вољу процесних формалности требало да истакне... Поступак би се свео на пуки формализам, постао би сам себи циљ... Устрајавање код таквог процесног схватања (*l'art pour l'art*) довело би до процесних тешкоћа, нарочито у случају

¹⁷ Упутство Врховног суда ФНРЈ Су. 458/47, 30. 6. 1947, *Збирка одлука врховних судов и упутстава Врховног суда ФНРЈ 1945–1952*, Београд 1952, 360–361.

обостраних тужби истог садржаја или у случају споразумног тражења развода заједничким приједлогом у форми посебног поднеска, јер би се суд нашао у ситуацији у којој би био дужан да захтјеву једне странке удовољи а да захтјев друге, која тражи исто, одбије“ (Трива 1957, 59).

4. ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Развод брака због тешке поремећености брачних односа – онако како је био дефинисан чланом 56 Основног закона о браку – одређивало је неколико карактеристика. Прво, разлог за развод брака није само један догађај или чињеница која би могла имати дејство посебног и апсолутног узрока за развод брака него је то тешка поремећеност брачних односа као последица неког конкретног догађаја или чињенице која, сама по себи, није морала нужно и суштински угрожавати брак. Другим речима, тежиште бракоразводног узрока је на последици – тешкој поремећености брачних односа која је заједнички живот учинила неподношљивим – а узроци који су до таквог стања довели нису пресудно важни. Друго, било је неопходно да су односи између супружника толико тешко поремећени да је њихов даљи заједнички живот постао неподношљив. Притом је потпуно ирелевантно зашто је живот у брачној заједници постао неподношљив те да ли је за то крив један или други супружник, или су обоје криви, или је до такве последице дошло без ичије кривице. Треће, поступак за развод брака због тешке поремећености брачних односа могао је покренути тужбом сваки од брачних другова, осим у случају када је супружник који подноси тужбу за развод брака искључиво крив за поремећај односа у браку и неподношљивост даљег заједничког живота. Најзад, супружници су могли заједнички и споразумно захтевати развод брака због тешке поремећености брачних односа. Намера законодавца, међутим, није била да тиме уведе споразумни развод брака као посебан правни институт, али се судска пракса првостепених судова управо кретала у том правцу, и поред изричитог упозорења врховних судова да Основни закон о браку не познаје институт споразумног развода.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Alinčić, Mira, Ana Bakarić Abramović, Dubravka Hrabar, Dijana Jakovac Lozić, Aleksandra Korać. 2001. *Obiteljsko pravo*. Zagreb: Narodne novine.
- [2] Беговић, Мехмед. 1948. *Породично право*. Београд: Научна књига.
- [3] Беговић, Мехмед. 1/1969. Осврт на рад комисије којој је 1945–1946 поверено да припреми нацрте породичног законодавства. *Анали Правног факултета у Београду* 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] Финжгар, Алојзиј. 4/1957. Питање развода брака. *Анали Правног факултета у Београду* 5: 421–431.
- [8] Кандић, Љубица. 2005. *Историја Правног факултета у Београду 1941–1945*. Трећа књига. Београд: Завод за уџбенике и наставна средства.
- [9] Константиновић, Михаило. 4/1957. Стара „правна правила“ и јединство права. *Анали Правног факултета у Београду* 5: 431–437.
- [10] Константиновић, Михаило. 3–4/1982. Развод брака због тешке поремећености брачних односа. *Анали Правног факултета у Београду* 30: 484–495.
- [11] Križanić, Zlatko. 1/1951. O uzrocima za razvod braka. *Naša zakonitost* 5: 65–77.
- [12] Марковић, Блажа. 6/1970. Кривица и право искључиво кривог супруга да тражи развод брака. *Анали Правног факултета у Београду* 18: 629–634.
- [13] Mladenović, Marko. 9–12/1962. Sporazumno traženje razvoda ili razvod braka po sporazumu. *Naša zakonitost* 16: 501–510.
- [14] Младеновић, Марко. 1–2/1963. Тешка поремећеност брачних односа као бракоразводни узрок. *Анали Правног факултета у Београду* 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] Трива, Синиша. 1/1957. Споразумно тражење развода. *Анали Правног факултета у Београду* 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.

Др Дејан Б. ЂУРЂЕВИЋ*

**НОРМАТИВНО УОБЛИЧАВАЊЕ УГОВОРА О
ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ У СКИЦИ ЗА ЗАКОНИК
О ОБЛИГАЦИЈАМА И УГОВОРИМА И У ПРЕДНАЦРТУ
ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ**

Овај рад је посвећен упоредној анализи предлога законског уређења уговора о доживотном издржавању у Скици за законик о облигацијама и уговорима и предлога који је учињен у Преднацрту грађанског законика Републике Србије. У тексту се приказује историја развоја уговора о доживотном издржавању у српском законодавству и објашњавају околности које су га обликовале и поставиле у пропис посвећен наследном праву. Аутор посебно критикује предлоге у Преднацрту зато што његови редактори нису искористили прилику да створе нова правила која би одговарала савременим околностима већ су по инерцији преузели постојећа правила из Закона о наслеђивању, у којима су одавно уочени значајни недостаци. Аутор закључује да уговор о доживотном издржавању завеређује ново и свеобухватније законско уређење које би одговарало потребама праксе и које би решило досадашње дилеме.

Кључне речи: *Уговор о доживотном издржавању. – Кодификација. – Законодавство. – Михаило Константиновић. – Грађански законик.*

* Редовни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, djurdjevic.pfb@gmail.com.

1. УВОД

Свака активност усмерена на измену или допуну прописа којима се уређује уговор о доживотном издржавању с правом изазива велику пажњу не само стручне него и лаичке јавности. Уговор о доживотном издржавању је веома посебан правни институт и по својој правној природи и због свог практичног значаја. То је облигационоправни уговор који је у домаћој пракси чврсто наслоњен на наследно право. У свакодневном животу тај уговор је веома значајан јер често представља једини начин да стари људи који поседују неку непокретност обезбеде себи пристојну негу.

Професор Михаило Константиновић је два пута имао прилику да нормативно уобличава уговор о доживотном издржавању. Први пут у шестој деценији прошлог века, када је радио¹ на савезном Закону о наслеђивању, који је донет 1955. године.² Касније, када је писао Скицу за законик о облигацијама и уговорима, њен 21. одељак посветио је уговору о доживотном издржавању.³ Због специфичних уставних питања у бившој СФРЈ,⁴ одредбе Скице за законик о облигацијама и уговорима којима се уређује уговор о доживотном издржавању нису нашле места у Закону о облигационим односима из 1978. године.⁵

¹ Рад на савезном Закону о наслеђивању отпочео је 1946. године када је Министарство правосуђа ФНРЈ послало анкету врховним судовима, у којој су они изнели своје виђење како треба уредити основна питања наследног права. На основу те анкете проф. Михаило Константиновић израдио је Преднацрт закона о наслеђивању, који је под називом „Тезе за предпројект закона о наслеђивању” објављен у *Архиву за правне и друштвене науке* (3/1947). На основу тих теза спроведена је инклузивна јавна расправа, после које је неколико комисија сукцесивно радило на изради различитих нацрта закона о наслеђивању. Професори Михаило Константиновић и Божидар С. Марковић били су чланови свих комисија. Последњи Нацрт закона о наслеђивању сачинила је комисија у чијем саставу су, осим проф. Константиновића и проф. Марковића, били и: Никола Срзентић, Јосип Хрнчевић и Божидар Радановић. Ближе о томе видети Марковић 1955, 85–86.

² Савезни Закон о наслеђивању објављен је у *Службеном листу ФНРЈ* 20/1955 од 11. јула 1955. године.

³ Нацрт законика о облигацијама Михаило Константиновић је објавио 1969. године (издавач: Правни факултет Универзитета у Београду). Нацрт је објављен под насловом „Облигације и уговори” и поднасловом „Скица за законик о облигацијама и уговорима”.

⁴ Од објављивања Скице за законик о облигацијама и уговорима до доношења Закона о облигационим односима промениле су се уставне одредбе о расподели надлежности за уређење грађанскоправне материје између федерације и република. У члану 281 Устава из 1974. године (*Службени лист СФРЈ* 9/1974) предвиђено је да федерација преко својих органа не уређује целокупно обли-

Питање нормативног уобличавања уговора о доживотном издржавању поново је актуелизовано када је Влада Комисија за израду Грађанског законика Републике Србије отпочела рад на изради Преднацрта грађанског законика, који је објављен 28. маја 2019. године.⁶ Дванаест чланова тог преднацрта посвећено је уговору о доживотном издржавању (чланови 2702–2713).

У овом раду биће указано на најзначајније разлике у начину на који је нормативно уобличен уговор о доживотном издржавању у Скици за законик о облигацијама и уговорима и у Преднацрту грађанског законика Републике Србије, да би на крају био дат одговор на следеће питање: да ли су решења која Скица за Законик о облигацијама и уговорима предлаже за уговор о доживотном издржавању данас превазиђена или пак могу боље да одговоре потребама данашњег времена од решења која су предложена у Преднацрту грађанског законика Републике Србије?

2. ПОЈАМ УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ

У члану 943, став 1 Скице за законик о облигацијама и уговорима дат је следећи појам уговора о доживотном издржавању: „Уговором о доживотном издржавању обавезује се прималац издржавања да пренесе на даваоца издржавања својину одређених ствари или која друга права, или да му исплати одређену своту новца, а овај се обавезује у накнаду за то, да га издржава и брине о њему до краја његовог живота и да га после смрти сахрани.“ Дефиниција уговора о доживотном издржавању коју предлажу редактори Преднацрта грађанског законика Републике Србије у члану 2702, став 1 ужа је него у Скици за законик о облигацијама и уговорима: „Уговором о доживотном издржавању обавезује се прималац издржавања да се после његове смрти на даваоца

гационо право већ само основе облигационих односа (општи део облигација) и уговорне односе у области промета робе и услуга. Приликом израде Закона о облигационим односима стало се на становиште да уговори о поклону, послузи и доживотном издржавању нису типични уговори у области промета робе и услуга, те да им стога није место у Закону о облигационим односима. Видети Перовић 1995, 9.

⁵ Закон о облигационим односима објављен је у *Службеном листу СФРЈ* 29/78.

⁶ Влада Републике Србије. Комисија за израду Грађанског законика. 2019. Преднацрт грађанског законика Републике Србије. Београд. https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednact-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html, последњи приступ 13. октобра 2022.

издржавања пренесе својина тачно одређених ствари или каква друга права, а давалац издржавања се обавезује да га, као накнаду за то, издржава и да се брине о њему до краја његовог живота и да га после смрти сахрани.“

Основна разлика између та два приступа огледа се у томе што се Преднацрт грађанског законика Републике Србије приликом уређивања уговора о доживотном издржавању ограничава само на један његов модалитет – онај у којем се својина са примаоца преноси на даваоца издржавања у моменту смрти примаоца издржавања. Изван регулативе Преднацрта грађанског законика Републике Србије остају други модалитети уговора са обавезом доживотног издржавања у којима се својина примаоца издржавања за његовог живота преноси на даваоца издржавања. За разлику од Преднацрта грађанског законика Републике Србије, у Скици за законик о облигацијама и уговорима уређују се сви уговори којима се давалац издржавања обавезује да за одређену накнаду издржава примаоца издржавања. Уговори о доживотном издржавању по којима се својина примаоца издржавања у моменту његове смрти преноси на даваоца издржавања посматрају се у Скици за законик о облигацијама и уговорима као један од модалитета шире постављеног уговора о доживотном издржавању. Тако у члану 945, став 2 Скице за законик о облигацијама и уговорима стоји: „Ако је пренос својине на даваоца издржавања одложен до смрти примаоца издржавања, давалац издржавања може своје право из уговора обезбедити уписом у земљишној књизи.“

Описана разлика у одређивању појма уговора о доживотном издржавању проистиче из другачијег приступа кодификаторском раду. У писању Преднацрта грађанског законика Републике Србије, а то се посебно односи на део посвећен наследном праву, приметна је инерција која се огледа у томе што су готово дословно преузете норме важећег Закона о наслеђивању из 1995. године.⁷ Члан 2702, став 1 Преднацрта грађанског законика Републике Србије идентичан је члану 194, став 1 важећег Закона о наслеђивању. Творци Закона о наслеђивању из 1995. године ослонили су се на појам уговора о доживотном издржавању из Закона о наслеђивању из 1974. године,⁸ а тај закон је пак преузео решење из савезног Закона о наслеђивању из 1955. године.⁹ На решење

⁷ Закон о наслеђивању, *Службени гласник РС* 46/95, 101/03 и 6/15.

⁸ Закон о наслеђивању, *Службени гласник СРС* 52/74, 1/80 и 25/82.

⁹ Упоредити члан 117 Закона о наслеђивању Србије из 1974. године и члан 122 савезног Закона о наслеђивању.

савезног Закона о наслеђивању из 1955. године утицале су конкретне друштвене околности у којима је на том закону рађено (Марковић 1955, 142). Наиме, с једне стране, непосредно после Другог светског рата није се приступило кодификацији целокупног грађанског права већ само породичног и наследног. У закону који је ограничен на уређење наследног права, по природи ствари, није било могуће нормирати посебне именоване облигационе уговоре. С друге стране, у тадашњој судској пракси није било јединственог становишта о правној квалификацији споразума о доживотном издржавању – да ли их сматрати уговором о наслеђивању те их поништавати, или их гледати као класичне теретне облигационе уговоре у којима је извршење једне престације одложено на тренутак смрти примаоца издржавања. Доношење Закона о наслеђивању уочено је као прилика да се то питање разреши. У складу с тим је и редигован члан 122, став 1 савезног Закона о наслеђивању: „Уговор којим се један уговорник обавезује да издржава доживотно другог уговорника, или неко треће лице, а у коме други уговорник изјављује да му оставља сву имовину или један њен део у наслеђе није уговор о наслеђивању, него уговор о отуђењу уз накнаду свих непокретних ствари које припадају примаоцу издржавања у време закључења уговора, или одређеног дела тих ствари, чија је предаја даваоцу издржавања одложена до смрти примаоца издржавања.“ Ту заправо није дефинисан неки именовани облигациони уговор, како се то иначе чини у грађанским законцима или законцима о облигацијама којима се уређују посебни именовани облигационоправни уговори, већ је реч о законској конверзији, где је законодавац експлицитно одредио да се један ништав уговор (уговор о наслеђивању којим се уговорни наследник обавезује да доживотно издржава уговорног оставиоца) преображава у други, пуноважан уговор који производи слична правна дејства (уговор о доживотном издржавању на основу којег давалац издржавања у моменту смрти примаоца издржавања не стиче целокупну његову имовину већ само непокретности које су припадале примаоцу издржавања у моменту закључења уговора).

Када се ради на законiku о облигацијама или грађанском законiku, редактор има могућност да неки посебан именовани облигациони уговор у целини уреди. Професор Михаило Константиновић је ту прилику искористио. У Скици за законик о облигацијама и уговорима он даје шири појам уговора о доживотном издржавању, којим су обухваћени сви модалитети тог уговора. Такав приступ постоји и у неким другим

угледним страним кодификацијама облигационог права.¹⁰ Редактори Преднацрта грађанског законика Републике Србије нису уочили нити искористили могућност да у једној свеобухватној кодификацији грађанског права у целини уреде уговор о доживотном издржавању већ су се задовољили постојећим законским текстом који су дословно преписали иако је он настао у прилично другачијим друштвеним околностима.

Практичне последице различитог приступа одређивању појма уговора о доживотном издржавању веома су значајне. Када би данас био на снази текст Преднацрта грађанског законика Републике Србије, и даље би постојале правне празнине у погледу уговора о доживотном издржавању на основу којег прималац издржавања преноси својину на даваоца издржавања чим се такав уговор закључи.¹¹ Таквих правних празнина не би било да је на снази текст Скице за законик о облигацијама и уговорима. Навешћемо три значајна практична питања у којима долази до изражаја различит кодификаторски приступ проф. Михаила Константиновића и редактора Преднацрта грађанског законика Републике Србије.

Прво питање се тиче форме уговора о доживотном издржавању у којем се пренос својине не одлаже на моменат смрти примаоца издржавања. Када се у члану 943, став 1 Скице за законик о облигацијама и уговорима шире дефинише уговор о доживотном издржавању, а затим у члану 944. пропише да се уговор о доживотном издржавању закључује у форми судски солемнизоване исправе, онда је неспорно да тој форми подлеже сваки уговор о доживотном издржавању, независно од тога да ли је његов предмет покретна или непокретна ствар и да ли се својина на даваоца издржавања преноси у моменту примачеве смрти или раније. Међутим, када се у члану 2702, став 1 Преднацрта грађанског законика уже постави појам уговора о доживотном издржавању, а након тога у члану 2703 пропише та се такав уговор

¹⁰ У члану 521, став 1 швајцарског Законика о облигацијама уговор о доживотном издржавању (*Verpfändungsvertrag*) дефинише се као „уговор којим се прималац издржавања (*Pfränder*) обавезује да пренесе на даваоца издржавања (*Pfründgeber*) своју имовину или поједина имовинска права, а овај се обавезује да примаоцу пружи доживотно издржавање и негу”.

¹¹ Видети и Јелчић (2003, 116), која истиче да се у пракси често склапа уговор о доживотном издржавању којим се својина преноси на даваоца издржавања непосредно по закључењу уговора (у хрватској правној науци за такве уговоре се уобичајно назив „уговори о досмртном издржавању”) и критикује хрватског законодавца што је пропустио да приликом доношења новог Закона о наслеђивању уреди и тај модалитет уговора о доживотном издржавању.

о доживотном издржавању закључује у форми јавнобележнички солемнизоване исправе, остаје отворено питање у којој форми се закључује уговор о доживотном издржавању на основу којег својина на покретној ствари¹² на даваоца издржавања прелази за живота примаоца издржавања. У теорији и пракси у вези с тим питањем постоје различита схватања. Док су једни на становишту које је дошло до изражаја у Скици за законик о облигацијама и уговорима и сматрају да се формом штите интереси и примаоца и даваоца издржавања, тако да сваки уговор о доживотном издржавању треба да буде закључен у форми солемнизоване исправе (Перовић 1964, 56), други сматрају да уговор о доживотном издржавању чији је предмет покретна ствар не подлеже форми ако се својина преноси на даваоца издржавања за живота примаоца издржавања (Суботић 1960, 49–50). То друго становиште данас је преовладало у нашој судској пракси, иако се може оправдано критиковати.¹³ Наиме, у таквом гледишту не води се рачуна о томе да је уговор о доживотном издржавању уговор са трајним извршењем престација. Прималац издржавања губи стварно право – својину на покретној ствари, а као накнаду за то стиче облигационо право – право да до своје смрти захтева од даваоца издржавања да изврши одређена периодична давања. У уговору о доживотном издржавању увек лебди у ваздуху једна опасност за примаоца издржавања: да ли ће давалац издржавања моћи (на пример, током времена може постати инсолвентан или се може и сам разболети) и хтети да извршава своју уговорну обавезу (на пример, између уговорника се може јавити нетрпељивост). Та околност чини позицију примаоца издржавања незавидном. Он губи право својине (сигурну вредност), а за узврат добија неизвесну противчинидбу. Због тога постоји потреба да прималац издржавања буде поучен о правним последицама уговора који закључује и заштићен од пренагљеног и непромишљеног одлучивања. У модалитету уговора са обавезом доживотног издржавања у којем је предмет примаочеве обавезе

¹² Ако је предмет уговора о доживотном издржавању непокретност, онда из нотарских прописа и прописа којима се уређује промет непокретности неспорно проистиче да се такав уговор мора закључити у форми јавнобележнички солемнизоване исправе, независно од тога да ли се прелазак својине на даваоца издржавања одвија непосредно по закључењу уговора или у моменту смрти примаоца издржавања. Видети члан 4 Закона о промету непокретности (*Службени гласник РС* 93/14, 121/14 и 6/15) и члан 93 Закона о јавном бележничтву (*Службени гласник РС* 31/11, 85/12, 19/13, 55/14, 93/14, 121/14, 6/15 и 106/15).

¹³ Видети Начелно мишљење Проширене седнице Савезног врховног суда, бр. 8/1957, од 11. јануара 1957, објављено у Курдулија 1976, 229; одлуку Окружног суда у Ваљеву, Гж 266/2007, од 1. октобра 2007, *Судска пракса* 1–2/2010, 24.

покретна ствар постоји исти правно-политички разлог да се пропише форма за закључење уговора који је налагао да се предвиди писмена форма за склапање уговора о продаји покретне ствари са оброчним отплатама цене.¹⁴

Друго питање тиче се обезбеђења права примаоца издржавања. Ако се одмах по закључењу уговора о доживотном издржавању својина пренесе на даваоца издржавања, он може по својој вољи располагати стварју. Такав сплет околности могао би бити погубан за примаоца издржавања јер давалац може отуђити ствар и престати да даје издржавање. Прималац би имао могућност да захтева да се раскине уговор о доживотном издржавању и накнаду вредности ствари, али од тих правних средстава не би имао неку практичну корист ако је давалац издржавања инсолвентан. Због тога би прималац издржавања требало да приликом закључења таквог уговора о доживотном издржавању предвиди неко средство којим ће обезбедити своја уговорна потраживања, на пример да се конституише хипотека на непокретности коју преноси у својину даваоцу издржавања. Међутим, ако се има у виду општи друштвени контекст у којем неко лице пристаје да закључи уговор о доживотном издржавању, тешко је очекивати да ће оно инсистирати на уговарању обезбеђења за своја потраживања. Због тога у упоредном праву постоје законом предвиђена обезбеђења права примаоца издржавања. На пример, у швајцарском праву је предвиђено да прималац издржавања има законску хипотеку на ствари коју је пренео у својину даваоца издржавања ради обезбеђења свог потраживања (члан 523 швајцарског Законика о облигацијама и члан 837, став 1 швајцарског Грађанског законика). По узору на швајцарско право, у члану 945, став 1 Скице за законик о облигацијама и уговорима предвиђено је да се право примаоца издржавања обезбеди *ex lege* конституисањем реалног терета на ствари која је предмет уговора: „Приликом преноса својине непокретности на даваоца издржавања уписаће се у земљишној књизи да је оптерећена правом примаоца на доживотно издржавање.“ Преднацртом грађанског законика Републике Србије није предвиђено никакво законско обезбеђење примаоца издржавања који својину преноси на даваоца издржавања одмах по закључењу уговора.

Треће питање се односи на посебан случај ништавости уговора о доживотном издржавању у којем је својина пренета на даваоца непосредно по закључењу уговора. У таквој ситуацији давалац има могућност да прибира плодове ствари коју је стекао на основу уговора о доживотном

¹⁴ Видети члан 543 Закона о облигационим односима.

издржавању, на пример да непокретност издаје у закуп и наплаћује закупнину. С тим у вези, поставља се питање да ли се може сматрати поштеним уговор о доживотном издржавању у којем се обавезе даваоца издржавања исцрпљују искључиво у новчаним давањима чија је висина мања од користи коју је стекао од ствари. Преднацрт грађанског законика Републике Србије то питање не дотиче. Насупрот томе, у члану 948, став 1 Скице за законик о облигацијама и уговорима предвиђено је јасно решење за такву ситуацију: „Ако је вредност свих давања и услуга, на које по уговору о доживотном издржавању има право прималац издржавања, мања од плодова и осталих користи које се могу имати од ствари пренесених на даваоца издржавања, или је једнака са њима, уговор о доживотном издржавању је ништав.“ У ставу 3 члана 948 Скице за законик о облигацијама и уговорима предвиђена је и могућност конверзије: „Али ће уговор остати на снази ако је прималац издржавања приликом закључења уговора имао намеру да учини дар даваоцу издржавања.“

3. МЕСТО УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ У ЗАКОНСКОМ СИСТЕМУ

Редактори Преднацрта грађанског законика Републике Србије и проф. Михаило Константиновић немају исто становиште о томе где треба нормирати уговор о доживотном издржавању. Да ли је том институту место међу наследноправним прописима (закон којим се уређује наслеђивање или део грађанског законика посвећен наследном праву) или пак међу прописима којима се уређују посебни облигационоправни уговори (закон којим се уређују облигације или део грађанског законика којим се уређује облигационо право)?

Проф. Константиновић стоји на становишту да је уговор о доживотном издржавању институт облигационог права и да му је место у закону којим се уређују облигације. Редактори Преднацрта грађанског законика Републике Србије уговор о доживотном издржавању уређују у петој књизи која је посвећена наслеђивању.

Становиште проф. Константиновића има јаче правнотеоријско утемељење. Већ смо напоменули да су редактори Преднацрта грађанског законика Републике Србије следили традицију која је скоро осам деценија дуга у српском правном поретку, а према којој се уговор о доживотном издржавању нормира у закону којим се уређује наслеђивање. Такав приступ није последица неког промишљеног теоријског става према којем је уговор о доживотном издржавању наследноправни институт већ

специфичних друштвених околности које су постојале у време рада на савезном Закону о наслеђивању из 1955. године (Марковић 1955, 142). Наиме, наследно право у објективном смислу чине норме којима се уређују имовинскоправне последице смрти физичког лица (Ђурђевић 2018, 21). Задатак наследноправних норми јесте да уреде прелазак заоставштине са оставиоца на његове наследнике након оставиочеве смрти и правни положај наследника (Lange 2011, 19; Lange, Kuchinke 2001, 12). Уговор о доживотном издржавању не спада ни у шта од тога. Он није основ позивања на наслеђе. За разлику од уговора о наслеђивању,¹⁵ који је у српском праву забрањен, а којим уговорни оставилац свом саговорнику или трећем лицу оставља целокупну заоставштину или њен аликвотни део, уговором о доживотном издржавању давалац издржавања стиче једно или више тачно одређених права које примаоца издржавања мора поседовати у моменту закључења уговора.¹⁶ Другим речима, наспрот уговорном наследнику, који је универзални сукцесор уговорног оставиоца, давалац издржавања је сингуларни сукцесор примаоца издржавања. Уговор о доживотном издржавању је инструмент размене добара и услуга између двеју страна – једна добија одређену ствар или какво друго право, а као накнаду за то дужна је да издржава другу страну. У једном модалитету уговора о доживотном издржавању давалац издржавања стиче својину у моменту смрти примаоца издржавања, што у пракси тај уговор приближава наследном праву, али га не чини наследноправним институтом.¹⁷ Као што ни поклон за случај смрти не представља институт наследног права, тако ни уговор о доживотном издржавању не треба сматрати институтом наследног права због тога што у моменту смрти примаоца издржавања његова својина прелази на даваоца издржавања.

¹⁵ О разлици између уговора о наслеђивању и уговора о доживотном издржавању видети Ђурђевић 2009, 203.

¹⁶ Видети члан 194, став 2 Закона о наслеђивању.

¹⁷ То што се уговор о доживотном издржавању на правним факултетима у Србији изучава у предмету наследно право више је последица тежње наставника и аутора уџбеника да наставни план одређеног предмета уподобе садржини закона који је најзначајнији извор тог предмета него неког озбиљнијег теоријског промишљања. То се јасно може видети на примеру једног од најдуговечнијих српских уџбеника из наследног права, чији је аутор проф. Борислав Благојевић. У првим издањима уџбеника из наследног права проф. Благојевића није био обрађен уговор о доживотном издржавању (Благојевић 1954). Међутим, његови уџбеници објављени после доношења савезног Закона о наслеђивању садрже и излагања о уговору о доживотном издржавању (Благојевић 1955, 312–318).

4. РАСКИД УГОВОРА О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ ЗБОГ ПОРЕМЕЋЕНИХ ОДНОСА ИЗМЕЂУ УГОВОРНИКА

У члану 950, став 1 Скице за законик о облигацијама и уговорима предвиђено је да ако су се односи између уговорника из било ког узрока толико пореметили да је њихов заједнички живот постао неподношљив, сваки од њих може захтевати да се раскине уговор. У члану 2709, став 1 Преднацрта грађанског законика Републике Србије на другачији начин се уређује могућност раскида уговора о доживотном издржавању због поремећених односа: „Ако се међусобни односи уговорника из било ког узрока толико поремете да постану неподношљиви, свако од њих може да раскине уговор.“ Док се у Скици за законик о облигацијама и уговорима инсистира на томе да „заједнички живот“ између даваоца и примаоца буде поремећен, у Преднацрту грађанског законика Републике Србије каже се да је за раскид довољно да њихови односи буду неподношљиви, при чему се не инсистира на томе да између њих постоји уговором или *de facto* успостављен заједнички живот.

Решењу које је предложено у Преднацрту грађанског законика Републике Србије могу се упутити оправдане замерке (Вукотић 2017, 759–761). У неким ситуацијама за извршење обавеза даваоца издржавања је, по природи ствари, нужно да води заједнички живот са примаоцем издржавања, на пример, када се давалац издржавања обавезао да свакодневно негује примаоца издржавања и пружа му помоћ. Извршавање такве обавезе подразумева заједнички живот, а ако тај заједнички живот из било ког разлога постане неподношљив, оправдано је раскинути уговор о доживотном издржавању јер се сврха тог уговора не може више остварити. Међутим, у пракси се уговарају и другачији модалитети обавезе издржавања који не подразумевају свакодневни лични контакт између уговорних страна, на пример, када је уговором прецизирано да се обавеза даваоца издржавања састоји у томе да примаоцу издржавања плаћа рачуне, лечење, негу и услуге трећих лица и да му финансира свакодневне животне потребе. Ако је уговором о доживотном издржавању обавеза даваоца издржавања тако предвиђена, она се може извршити а да се при томе уговорне стране уопште не виде. У таквим ситуацијама прималац може, без оправданог разлога, прекинути сваки контакт са даваоцем издржавања, одбити да прима издржавање, а онда тражити раскид уговора због поремећених односа. Често је такво понашање примаоца издржавања подстакнуто његовом жељом да закључи уговор о доживотном издржавању са неким другим лицем. Тада заиста постоји неподношљив однос између уговорника, а како је за раскид уговора ирелевантна кривица за поремећај

односа, прималац може захтевати да се раскине уговор иако је скривео поремећај међусобних односа. Следствено томе, у Преднацрту грађанског законика Републике Србије примаоцу издржавања се даје могућност да се без оправданог разлога посвађа са даваоцем и тако *de facto* исходује једнострано раскид уговора. Да би спречио такав исход, Врховни суд Србије морао је у једном случају¹⁸ да одступи од своје праксе да је за раскид уговора о доживотном издржавању ирелевантна кривица за поремећај међусобних односа и да одбије примаочев захтев за раскид уговора јер постоји његова искључива кривица за неизвршавање уговорних обавеза. У образложењу те одлуке стоји: „Безразложно онемогућавање извршења уговора од стране тужиле као примаоца издржавања представља самовољу која не може добити своје оправдање у праву на признање тој странци посебног права на раскид уговора.“

5. ЗАКЉУЧАК

Скица за законик о облигацијама и уговорима објављена је пола века пре Преднацрта грађанског законика Републике Србије. Та чињеница, сама за себе, могла би да наведе на закључак да су њене одредбе којима се уређује уговор о доживотном издржавању превазиђене, а да предложена решења једног знатно млађег законског преднацрта могу боље да одговоре потребама данашњег времена. Међутим, након пажљиве анализе одредаба о уговору о доживотном издржавању у Скици за законик о облигацијама и уговорима и у Преднацрту грађанског законика Републике Србије намеће се другачији закључак: одредбе из Скице за законик о облигацијама и уговорима више одговарају потребама данашњег српског друштва него одредбе Преднацрта грађанског законика Републике Србије, који је објављен пре три године.

Разлог такве контрадикторности лежи у другачијем приступу нормативном уобличавању. Проф. Константиновић је студиозно приступио кодификаторском послу, свестан многих практичних изазова које треба да реши нормирањем одређеног правног института.¹⁹ Насупрот

¹⁸ Пресуда Врховног суда Србије, Рев 81/2003 од 22. јануара 2003, према Антић, Ђурђевић 2003, 242–243.

¹⁹ О томе најбоље говоре сведочења његових савременика. Тако је једним свечаним поводом проф. Миодраг Орлић, некадашњи Константиновићев студент и факултетски сарадник, забележио: „Што се тиче Константиновића, његова делатност је поред наставе на Правном факултету била усмерена на

таквом приступу, редактори Преднацрта грађанског законика Републике Србије, или бар они у чију одговорност спада рад на одредбама о уговору о доживотном издржавању, задовољили су се без претераног промишљања одредбама из старијих законских текстова и преузели их потпуно несвесни битно другачијих друштвених околности у којима су настајали текстови које преузимају.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Антић, Оливер, Дејан Ђурђевић. 2003. *Приручник за наследно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [2] Благојевић, Борислав. 1954. *Наследно право*. Београд: Научна књига.
- [3] Благојевић, Борислав. 1955. *Наследно право ФНРЈ с освртом на права других држава*. Београд: Научна књига – Просвета.
- [4] Ђурђевић, Дејан. 2/2009. Увођење уговора о наслеђивању у српско право. *Анали Правног факултета Универзитета у Београду* 57: 186–211.
- [5] Ђурђевић, Дејан. 2018. *Институције наследног права*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [6] Jelčić, Olga. 2003. Ugovori o doživotnom i dosmrtnom izdržavanju. *Novo nasljednopravno uređenje*, ur. Mihajlo Dika. Zagreb: Narodne novine.
- [7] Курдулија, Момчило. 1976. *Приручник за наследно право*. Београд: Савремена администрација.
- [8] Lange, Knut Werner. 2011. *Erbrecht*. München: Beck.
- [9] Lange, Heinrich, Kurt Kuchinke. 2001. *Erbrecht*. München: Beck.
- [10] Марковић, Божидар С. 1955. *Закон о наслеђивању – са објашњењима и напоменама*. Београд: Савез удружења правника Југославије.

разматрање оних правних питања која су била од одлучујуће важности за даљи развој права и стварање новог законодавства. Резултати Константиновићевог стварања нису намењени непосредно студентима... него судијама и адвокати-ма који ће га примењивати и професорима који ће га разрађивати, коментарисати и о њему предавати. То научно дело је у вишој сфери права, јер садржи језгро које ће стално, изнова инспирисати будући рад у области Грађанског права“ (Орлић 2006, 52).

- [11] Орлић, Миодраг. 2006. Скица за портрете тројице професора Грађанског права. *Сто шездесет пет година Правног факултета Универзитета у Београду*, ур. Миодраг Јовановић. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Службени гласник.
- [12] Перовић, Слободан. 1964. *Формални уговори у грађанском праву*. Београд: Научна књига.
- [13] Перовић, Слободан. 1995. *Коментар Закона о облигационим односима*. Београд: Савремена администрација.
- [14] Суботић, Невенка. 1–2/1960. Форма уговора о доживотном издржавању. *Правни живот* IX.
- [15] Вукотић, Милош. 10/2017. Раскид уговора о доживотном издржавању због поремећених односа. *Правни живот* 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.

Др Катарина ДОЛОВИЋ БОЈИЋ*

ПРАВНЕ ГАРАНЦИЈЕ ПРАВА СВОЈИНЕ

Ове године се навршава 125 година од рођења и 40 година од смрти Михаила Константиновића, некадашњег редовног професора Правног факултета у Београду. Од многих тема из области грађанског права којима се проф. Константиновић бавио, ауторка издваја институт права својине, тачније питање правних гаранција права својине. Бавећи се појмом права својине, Константиновић је отворио питање ограничења права својине те проблематизовао идеју о њеној неповредивости.

У овом раду, иако је у основи инспирисан Константиновићевим редовима о „питању својине“, како је сам насловио један од својих чланака посвећених тој теми, анализира се појам правних гаранција права својине. Ауторка у раду нуди и критеријуме за разликовање појмова ограничења права својине од неких других појмова, само наизглед сродних овом појму, сматрајући да је прецизна терминологија основ система који чини скелет стварног права. На тај начин би се кључни део стварног права могао систематизовати кроз три целине: право својине, ограничења и оптерећења права својине.

Кључне речи: *Право својине. – Правне гаранције права својине. – Неповредивост права својине. – Ограничење права својине. – Одузимање права својине.*

* Ванредни професор, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, k.dolovic@ius.bg.ac.rs.

1. УВОД

Значај права својине посматран са аспекта њеног титулара и његових индивидуалних интереса, посебно уважавајући његову правну сигурност, као и из угла остваривања јавних интереса сваког друштва (економски, културни, одбрамбени), наметнуо је потребу прописивања правних гаранција за заштиту права својине. Те гаранције могу бити двојакe: прво, *правне гаранције неповредивости права својине* и, друго, *правне гаранције под којима право својине*, чија неповредивост данас очигледно није и не може бити апсолутна, *може бити одузето и ограничено*.

Гаранције права својине прописане су у националним законодавствима, а имајући у виду њихов значај, предмет су регулисања и међународног права. У међународном праву право на мирно уживање имовине спада у корпус међународно признатих и заштићених људских права (Хибер 1996, 203). „Ова универзалност, а нарочито стање националних права, чини да се може говорити о правилима која улазе у цивилизацијску тековину човечанства, која дакле карактер правила међународног права не дугује (само) потписивању и ратификацији међународних конвенција“ (Хибер 1996, 2013). У том смислу се и у Првом протоколу уз европску Конвенцију о људским правима и основним слободама прописује да свако физичко и правно лице има право на несметано уживање своје имовине те да нико не може бити лишен своје имовине, осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права.

2. ГАРАНЦИЈЕ НЕПОВРЕДИВОСТИ ПРАВА СВОЈИНЕ

2.1. Увод

Корени идеје о неповредивости права својине сежу до времена Француске револуције, односно 1789. године и доношења Декларације о правима човека и грађанина. У тој декларацији право својине је дефинисано као „неповредиво и свето право“ којег нико не може бити лишен „осим у случају законом предвиђене и очите јавне нужде, уз услов праведне и предвиђене штете“.¹ Такође, у Декларацији се у природна и вечита права човека убраја, између осталог, и право својине.

¹ Декларација о правима човека и грађанина, чл. 17.

Стога се може закључити да Декларација право својине сматра природним, вечитим, неповредивим и светим правом човека. Михаило Константиновић је период након доношења Декларације о правима човека и грађанина назвао „старим схватањем својине“, будући да је о појму својине писао 1925. године, у време када су већ увелико продирале „нове правне формуле“ и „нова схватања својине“. Сматрао је да су та „стара схватања својине“, настала након што је француска револуција окончана, морала бити осуђена на пропаст, будући да сам индивидуализам, који Револуција ствара, полази од нетачне претпоставке да је човек по природи независан (Константиновић 1982а, 284). „Независан човек“ је по Константиновићу „једна апсурдна апстракција“, а „кад се резонује на апсурдним претпоставкама, долази се до апсурдних закључака“ (Константиновић 1982а, 285): власник може вршити своје право својине и на начин „штетан за заједницу“ (Константиновић 1982а, 285) будући да је својина право које постоји једино у интересу њеног титулара и ради задовољења његових личних потреба и прохтева (Константиновић 1982а, 286).

Ипак, не може се рећи да се у тексту Декларације не указује на то да идеја о неограничености, неповредивости и светости права својине ипак није апсолутна. Наиме, Декларацијом се дозвољава да право својине, ипак, некада и под одређеним условима, може бити ограничено. Захтева се да ти услови буду предвиђени законом, да разлог за ограничење буде „очита јавна нужда“ (јавни интерес) те да сопственик буде правично обештећен. У Декларацији се не даје нека потпунија слика о самим овлашћењима која чине садржину права својине, па Константиновић даје своју дефиницију појма својине: својина је право на основу којег се једна ствар налази стално подвргнута искључивој вољи сопственика (Константиновић 1982а, 282) који је овлашћен, баш због тога што је сопственик, да ствар употребљава, ужива је, њоме располаже, као и да је не употребљава. Та Константиновићева дефиниција осликава, међутим, појам права својине и независно од текста саме Декларације, као што се и у самој Декларацији указује на релативни карактер неповредивости, односно неограничености права својине (Константиновић 1982а, 282). Тај либерални концепт права својине који је озваничен Декларацијом нашао је своје место и у француском Грађанском закону, чија дефиниција права својине остаје неизмењена већ више од два века, утичући током читавог тог периода на законске текстове многих других земаља (Николић, Мидоровић 2018, 67).

Међутим, у Европи се од средине 19. века развија идеја о социјалној функцији својине (Медић 2020, 21–22), по којој својина више није индивидуално право него социјална функција, те не постоји само у интересу власника већ у интересу читавог друштва. То што је неко власник

ствари не значи да је може употребљавати како жели и да има само право; власник има и дужност да осим што поступа са ствари у свом интересу, то чини и у општем интересу. Основ схватања својине као социјалне функције² јесте у потреби међузависности и солидарности чланова једне заједнице. Константиновић објашњава да та потреба обично настаје онда када се појави опасност по читаву заједницу, те као пример наводи рат за време којег постоји дужност обрађивања земље будући да је то у општем интересу (Константиновић 1982а, 287).

2.2. Појам неповредивости права својине

Како је право неповредиво баш због тога што је право, израз неповредивост права својине чист је плеоназам (Хибер 1998, 32). Израз „неповредивост“ права својине осликава особину својине изведену из појма неограничености својине (Хибер 1998, 9). Такође, на неповредивост права својине мисли се и онда када се говори о праву на мирно уживање имовине, што је синтагма својствена пре свега међународним актима. Тако схваћен појам неповредивости значио би да би сваки „атак“ на својину, у смислу одузимања или ограничавања, водио неминуовно повреди тог права.

Ипак, у историји није било нити ће икада бити друштва у коме би било могуће да право својине на непокретностима буде неограничено.³ Како не може бити речи о неповредивости права својине у неком апсолутном смислу, ни сам појам правних гаранција права својине не може бити потпуно исцрпљен појмом неповредивости права својине. Другим речима, мора се говорити о двојакости гаранција права својине: с једне стране, о гаранцијама неповредивости права својине, али, с друге стране, и о гаранцијама под којима та неповредивост може бити

² Уз социјалну функцију права својине иде и идеја о забрани злоупотребе права. О забрани злоупотребе права прво су почели да говоре француски судови – судови земље Декларације, у којој је индивидуализам тријумфовао и одатле био пренет у остале земље. Више о томе вид. у Константиновић 1982d, 261–281.

³ Приватна својина је била основни облик својине у Риму будући да су њу Римљани познавали током целе историје и на њој изградили своју моћ, славу и право. Ипак, и у римском праву је *plena in re potestas* значила потпуну власт на стварима у границама конкретних друштвених, економских и правних односа, односно да власник може радити све осим онога што му је законом забрањено. Још је Закон XII таблица поставио многе границе вољи власника, како границе у општем интересу, тако и границе у интересу суседа. Стојчевић 1981, 133–134.

„повређена“, односно под којима својина може бити одузета или ограничена. Ма колико било широко и „апсолутно“ право својине, сваки власник своје право остварује у друштву, а безгранично коришћење ствари убрзо би угрозило саме темеље друштва и довело у питање опстанак свачијег права својине (Станојевић 2003, 246). Дакле, будући да неповредивост својине није (и не може бити) апсолутна, она се може дефинисати и као „самоограничење државе, које се састоји у њеној обавези да се уздржи од сваког акта, па и оног заоденутог у форму закона, којим се одузима или ограничава (приватна) својина, изузев када је то у јавном (општем) интересу, и по правилу уз накнаду“ (Хибер 1998, 30).

Када је реч о праву својине, можемо издвојити два односа: један правни, који настаје између власника и свих трећих лица која су дужна да се уздржавају од повреде својинских овлашћења, и други фактички, који настаје између власника и ствари и који материјализује правни однос (Ковачевић Куштримовић, Лазић 2009, 59). Наиме, анализом одредаба закона/законика којима се прописују гаранције неповредивости права својине управо се указује на дужност свих трећих лица да се уздржавају од повреде права својине, с једне стране, и на садржину права својине – овлашћења која има титулар, због чега се својина и назива потпуном влашћу на ствари, с друге стране. Истина, далеко би прецизније било говорити о најпотпунијој власти на ствари, имајући у виду законска ограничења права својине, а посматрано опет у односу на остала стварна права.

3. ГАРАНЦИЈЕ ПОД КОЈИМА ПРАВО СВОЈИНЕ МОЖЕ БИТИ ОДУЗЕТО И ОГРАНИЧЕНО

3.1. Увод

Није могуће дефинисати право својине без помена његових ограничења. Другим речима, сваки покушај анализе и објашњења тог појма без указивања на чињеницу да је реч о ограниченом праву био би неуспешан. Право својине се врши у друштву, па између власникове слободе и општих интереса постоји узајамни однос. Право својине је ограничено у свим правним системима и управо то указује на значај социјалне функције права својине. Модерне државе су све више склонепрописивању ограничења права својине. Без тога би модерно друштво тешко функционисало. Чак је интересантно да је то ограничење израженије у Западној него у Источној Европи (Николић 2014, 87–88). Приликом прописивања свих ограничења права својине не би се смеле повредити гаранције права својине. Јавноправним нормама прописују

се гаранције праву својине будући да приватно (грађанско) право није у стању да спречи јавноправне утицаје на власништво (Gavella 2007, 355). Иако је временом број ограничења права својине постајао све већи, право својине је појмовно остајало исто, односно и даље омогућава власнику потпуну власт на ствари (Gavella 2007, 355). Ипак, као што смо већ раније навели, право својине није најисправније дефинисати као потпуну власт на ствари⁴ будући да би то указивало на неограниченост права својине, што није и не може бити могуће. Далеко прецизније би било говорити о најпотпунијој власти на ствари.

3.2. Појам ограничења права својине

У правнотеоријским разматрањима ограничења права својине аутор⁵ обично дају дефиницију ограничења права својине. Запажа се да се у већини тих дефиниција појам ограничења права својине посматра у

⁴ „Кажеш ли о каквој ствари моја је, то је највише што казати можеш“ – Валтазар Богишић, Општи имовински законик за Црну Гору, чл. 1105. Константиновић је о Општем имовинском законуку овако писао: „Постоји у нашој земљи један законик о коме се врло мало говори, а који је један од најбољих на свету... Тај законик... о коме су се страни правници најповољније изразили, могао би... да се протегне на целу земљу... Што је црногорска средина примитивна, то не значи да би црногорски законик био неподесан за остале, културно развијене крајеве наше земље. Јер, тај је законик много напреднији од самог аустријског Грађанског законика.“ Константиновић 1982с, 392.

⁵ Цитираћемо само неке од домаћих писаца који уочавају сложеност појма ограничења права својине те настоје да развију његов ужи и шири појам. „У најширем смислу речи под ограничењима својине обухватамо све границе објективног права и сва оптерећења субјективним правима трећих која сужавају начелну слободу најпотпунијег коришћења и располагања стварима од стране власника“; „Као својинска ограничења у ужем смислу сматрамо само ограничења постављена правним поретком, а не ограничења садржаја својине која произлазе из правног посла.“ Стојановић 1998, 59.

„Појам ограничења права својине у најширем смислу подразумева све границе права својине које објективно право поставља, као и сва њена оптерећења субјективним правима трећих лица која сужавају вршења својинских овлашћења власника. У ужем смислу овај појам подразумева ограничења прописана објективним правом.“ Рашовић 2005, 108.

„Ограничење својине подразумева сужавање власникових овлашћења било на основу закона, било правним пословима са трећим лицима /на пример конституисање плодуживања/. Истина неки правни писци под ограничењима права својине подразумевају само она која произлазе из закона, а не и вољна ограничења.“ Ковачевић Куштримовић, Лазић 2006, 103.

ширем и ужем смислу, што, према нашем мишљењу, не само да појам ограничења права својине чини недовољно прецизним већ уноси и непотребне термилошке нејасноће. Када кажемо нејасноће, мислимо на недовољно разграничење појмова ограничења и оптерећења права својине, будући да извештан број аутора под ограничењем својине у ширем смислу сматра оптерећење својине – вољно ограничење и ограничење у ужем смислу – законско ограничење. Ипак, у неком другом смислу, а када потпуно оставимо по страни појам оптерећења права својине (јер му овде и није место), чини се да има смисла говорити о појмовима ограничења својине у ширем и ужем смислу. Наиме, под ограничењем права својине у ширем смислу подразумевало би се одузимање права својине и ограничење права својине у ужем смислу.

Под појмом ограничења права својине (у ужем смислу) подразумевају се само законом прописане границе у којима се уопште може постати титулар права својине на одређеним стварима и у одређеном обиму и у оквиру којих се могу вршити својинска овлашћења која произлазе из права својине. Из овако одређеног појма ограничења права својине произлазе и његове карактеристике: прво, ограничење права својине мора бити изричито прописано законом, дакле, не може се претпостављати; друго, ограничење права својине је ван појма права својине; треће, ограничење права својине је ван воље титулара права својине и, на крају, четврто, ограничења права својине се могу односити на субјект својине, објект својине по врсти и обиму и на садржину својинских овлашћења (Доловић, 2012, 508).

3.2.1. Ограничење права својине и одузимање и оптерећење права својине

Појам ограничења права својине треба разграничити од појмова одузимања и оптерећења права својине. Та разграничења немају само термилошки већ и суштински значај.

3.2.1.1. Ограничење и одузимање права својине

Најпре, неопходно је истаћи да се право својине може одузети, али и ограничити, само на основу закона.⁶ У разграничењу појмова одузимања и ограничења права својине ни у правној теорији ни у пракси нема

⁶ Законом о основама својинскоправних односа (ЗОО) прописује се да се право својине може одузети или ограничити у складу са уставом и законом, *Службени лист СФРЈ* 6/80 и 36/90, *Службени лист СРЈ* 29/96 и *Службени гла-*

тешкоћа. Није погрешно некада употребити појам ограничења у неком ширем смислу, на начин да се тиме укаже на то да својина некада, када закон то дозвољава, може бити одузета или ограничена, те да се о неповредивости права својине не може говорити у апсолутном смислу.

Одузимање права својине увек подразумева промену титулара права својине, дотадашњи титулар престаје бити власник одузете ствари и самим тим он губи својинска овлашћења држања, располагања и коришћења одузете ствари.

Када се право својине ограничава, по правилу, нема промене титулара права својине. Када је реч о ограничењима права својине у вези са њеном садржином, никада се не мења титулар права својине, дотадашњи власник ствари и даље остаје власник ствари, али су та овлашћења, или само неко од њих, ограничена у смислу наступања дужности за власника да нешто пропушта, трпи или чини (Стојановић 1963, 39). У ограничењу права својине у односу на субјект својине, могуће су две ситуације, зависно од тога да ли је одређени субјект већ био титулар права својине у моменту прописивања конкретног ограничења или није. Уколико није био титулар права својине, онда је ствар јасна, будући да не може ни постати титулар права својине. Међутим, ако је већ био титулар права својине, онда могу наступити две последице: прва, да дотадашњи титулар задржи право својине као стечено право, и друга, да му својина буде одузета, свакако уз накнаду, и у том случају се мења титулар права својине. Када је реч о ограничењу права својине у вези са објектом својине, битно је да ли се ограничење односи на немогућност да одређени субјект буде власник одређене ствари у целини или делимично. Уколико је у питању ограничење да одређени субјект не може бити власник одређене ствари само у одређеном обиму, јасно је да дотадашњи титулар и даље остаје титулар права својине која је квантитативно смањена. Међутим, ако је у питању ограничење права својине у смислу да одређени субјект не може уопште поседовати одређену ствар, поставља се питање да ли је већ био или није био власник те ствари у моменту прописивања ограничења те, ако није био, он и не може постати власник те ствари, а ако је био, или ће остати титулар права својине по основу стечених права или ће му својина бити одузета уз накнаду.

сник РС 115/2005 – др. закон, чл. 8.

3.2.1.2. Ограничење и оптерећење права својине

Поједине тешкоће евентуално могу настати у разграничењу појмова ограничења права својине и оптерећења права својине. Те тешкоће, према нашем мишљењу, последица су, прво, неуважавања чињенице да су стварноправни односи у појединим правним системима још увек у принципу регулисани у духу грађанских законика који су донети у време када се својина сматрала неограниченим стварним правом, и друго, преузимања из тих правних система појединих законодавних решења, без њиховог прилагођавања духу домаћег законодавства, односно прихваћеном схватању појма својине као ограниченог стварног права.⁷

Ограничење права својине и оптерећење права својине свој основ морају имати у закону. Разлика је у томе што се право својине може ограничити само законом, тако да се ограничења права својине примењују непосредно на основу закона, дакле, закон је непосредан основ, док је у случају оптерећења права својине законски основ само могућност да дође до оптерећења права својине, а да би оно наступило, уз законски основ, потребна је и воља титулара права својине да својину оптерети, односно потребан је правни посао, тако да је закон само посредни основ (Vedriš 1983, 177). Непосредни правни основ настанка оптерећења својине најчешће је двострани правни посао – уговор. Ипак, право својине може бити оптерећено и једностраним правним послом, када је воља изјављена изричито – тестамент. У случају да оптерећење права својине настаје применом института одржаја, могло би се, начелно, рећи да је ту воља исказана прећутно.

Ограничење права својине је ван воље титулара права својине, оно наступа на основу закона и независно од воље титулара, а да би наступило оптерећење права својине, потребна је воља титулара да оптерети ствар чији је власник. Дакле, оптерећење права својине је последица слободне воље титулара права својине да ли ће и у којој мери оптеретити своје право својине, односно да ли ће у прописаним границама права својине конституисати право трећих лица на својој ствари.⁸ Коначно,

⁷ Сматрамо да су управо то разлози због којих се у правнотеоријским разматрањима код нас, најблаже речено, стварају терминолошки проблеми у виду нејасноћа и непрецизности у вези са, на пример, појмовима суседског права, стварних службености и „законских службености у општем интересу“, односно јавноправних ограничења и „ограничења у општем друштвеном интересу“.

⁸ „But consensual limitations can simultaneously be presented as not really limitations of ownership 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.

ограничење права својине може се односити и на субјекте и на објекте права својине, као и на садржину својинскоправних овлашћења, док се оптерећење права својине односи само на својинскоправна овлашћења.

3.2.2. *Врсте ограничења права својине*

У правној теорији су честе поделе ограничења права својине. Једна од најчешћих подела ограничења права својине је на а/ јавноправна ограничења и б/ приватноправна ограничења (Стојановић 1998, 59).

Критеријум за такву поделу ограничења права својине је преовлађујући интерес који је определио законодавца да пропише одређено ограничење права својине. Јавноправна ограничења прописана су у јавном (општем) интересу, док су приватноправна ограничења прописана у интересу појединих титулара права својине. За обе врсте ограничења права својине заједничко је да морају бити прописане законом, али док су норме којима се прописују јавноправна ограничења права својине императивне природе и садржане у бројним законима, па се из тих разлога не могу мењати вољом заинтересованих лица, норме приватноправних ограничења су диспозитивне природе, садржане у грађанскоправним законима и могу се мењати вољом заинтересованих лица.

4. ПРАВНЕ ГАРАНЦИЈЕ ПРАВА СВОЈИНЕ У ПРАВУ СРБИЈЕ (и текстовима Нацрта и Преднацрта)

У Републици Србији право својине има уставне и законске гаранције. Када је реч о гаранцијама неповредивости права својине, Уставом Републике Србије се гарантује мирно уживање својине и других имовинских права стечених на основу закона.⁹ Уставом је такође прописано да сви облици својине – приватна, задружна и јавна – имају једнаку правну заштиту.¹⁰

Када је реч о законским гаранцијама права својине¹¹, Законом о основама својинскоправних односа у основним начелима прописује гаранције неповредивости права својине – власник има право да своју

⁹ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС* 98/2006, чл. 58, ст. 1.

¹⁰ Устав Републике Србије, чл. 86, ст. 1.

¹¹ У нашем праву својина је први пут била регулисана српским Грађанским закоником у којем је стајало да је „...сваки Србин савршени господар својих добара, тако да је он властан ова по својој вољи уживати, с њима по вољи

ствар држи, да је користи и да њоме располаже у границама одређеним законом и свако је дужан да се уздржава од повреда права својине другог лица.¹²

Иако Нацрт законика о својини и другим стварним правима и Преднацрт грађанског законика РС нису постали део нашег позитивног права (а сва је прилика да ни у будућности неће), није на одмет анализирати и њихове одредбе посвећене правним гаранцијама права својине, и то из најмање два разлога: прво, реч је о текстовима који су, посебно посматрано у односу на период доношења ЗОСО, новијег датума и, друго, обе радне групе биле су састављене од великог броја практичара (пре свега судија) и теоретичара права.

Тако, Нацртом законика о својини и другим стварним правима прописано је да је „право својине (је) најшире право лица (власника) да, у границама закона и правног поретка, по свом нахођењу поступа са ствари која му припада, а нарочито да је држи, употребљава, присваја користи од ње, мења јој својства и намену, отуђи је или на други начин њоме располаже, све остале искључи од утицаја на ствар, захтева је од свакога ко је држи без правног основа, као и да не врши своја овлашћења у погледу ње“.¹³ Реч је, дакле, о правним гаранцијама неповредивости права својине које произлазе из саме дефиниције тог права.

У тексту Преднацрта грађанског законика, такође, прописане су правне гаранције права својине на начин што се најпре дефинише то стварно право, и то навођењем овлашћења која има титулар тог права и у погледу саме ствари и у односу на сва трећа лица.

Када је реч о правним гаранцијама под којима се право својине може одузети и ограничити, чија неповредивост, као што смо видели, није и не може бити апсолутна, Уставом Републике Србије је прописано да

располагати и свакога отуда искључити...“ Констаниновић је изнео свој став о српском Грађанском законик из 1844. године – тзв. Хаџићевом законик, називајући га једним од најгорих законика, и то не само по садржини, већ и по техници и форми. Писао је о манама аустријског Грађанског законика по чијем узору је настао српски Грађански законик – тачније, СГЗ је у основи превод АГЗ. Вид. Констаниновић 1982с, 385–391.

¹² Законом је прописана и забрана злоупотребе права – власник остварује право својине у складу са природом и наменом ствари и забрањено је вршење права својине противно циљу због кога је законом установљено или признато. Видети Закон о основама својинскоправних односа, чл. 4.

¹³ Нацрт законика о својини и другим стварним правима, чл. 79, <https://ius.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2020/10/NACRT-ZAKONIKA-O-SVOJINI.pdf>, последњи приступ 15. октобра 2022.

право својине може бити одузето или ограничено само у јавном интересу утврђеном на основу закона и уз накнаду која не може бити нижа од тржишне.¹⁴ Занимљиво је да се у следећем ставу истог члана Устава прописује да се законом може ограничити начин коришћења имовине.¹⁵ Примећујемо да уставотворац у једном ставу говори о праву својине, док одмах у следећем ставу истог члана прелази на појам имовине. То мешање појмова права својине и имовине није, наравно, својствено само творцу нашег Устава, те нам се чини да је у оба става реч о праву својине, тачније, у првом случају је реч о одузимању и ограничењу самог права својине, док је у другом случају реч о објекту права својине – ствари, те могућности да, по слову Устава, буде ограничен начин коришћења те ствари. Поставља се питање да ли је уопште став 3 цитираног члана неопходан, будући да је у претходном ставу већ прописана могућност ограничења права својине. Другим речима, уколико је прописана могућност ограничења права својине а зна се шта све обухвата појам ограничења те на који се све начин може ограничити право својине, питамо се због чега постоји потреба да се у следећем ставу посебно прописује могућност једног од могућих видова ограничења права својине – ограничење у погледу садржине.

Када је реч о законским гаранцијама права својине, имајући у виду обим рада, поменућемо само гаранције које су прописане одредбама ЗОСО, иако се одредбе којима се прописују могућност и поступак одузимања и ограничавања права својине налазе и у многим другим законима.¹⁶ У основним начелима Закона о основама својинскоправних

¹⁴ Устав Републике Србије, чл. 58, ст. 2.

¹⁵ Устав Републике Србије, чл. 58, ст. 3.

¹⁶ Вид., на пример, само нека. Према Закону о пољопривредном земљишту (*Службени гласник РС* 62/2006, 65/2008 – др. закон, 41/2009, 112/2015, 80/2017 и 95/2018 – др. закон, чл. 59), власник, односно корисник пољопривредног земљишта дужан је: 1) да обрадиво пољопривредно земљиште редовно обрађује и да примењује мере прописане овим законом и другим прописима; 2) да поступа као добар домаћин и по правилима кодекса добре пољопривредне праксе. Према Закону о шумама (*Службени гласник РС* 30/2010, 93/2012, 89/2015 и 95/2018 – др. закон, чл. 7), сопственик, односно корисник шума дужан је да спроводи мере заштите шума, да штити шуме и шумска земљишта од деградације и ерозије, да извршава планове газдовања шумама, као и да спроводи остале мере прописане овим законом и прописима донетим на основу овог закона. Према Закону о културним добрима (*Службени гласник РС* 71/94, 52/2011 – др. закони, 99/2011 – др. закон, 6/2020 – др. закон и 35/2021 – др. закон, чл. 31), власник културног добра је дужан да га чува и одржава и спроводи утврђене мере заштите.

односа прописане су гаранције у вези са могућношћу одузимања и ограничавања права својине – право својине се може одузети или ограничити у складу са уставом и законом.

Творци Нацрта су такође регулисали питање могућности ограничења права својине. Наиме, у Нацрту се прилично детаљно регулише питање ограничења права својине посвећујући том институту шест чланова.¹⁷ Нацрт најпре прописује општа ограничења права својине, да би, затим, наредна два члана посветио „ограничењима на основу посебних прописа“ и „осталим ограничењима у јавном интересу“. У та три члана аутори Нацрта се углавном држе тога да се право својине може ограничити искључиво законом. На два места ипак постоје одступања: прво, у ставу 1 чл. 80 наводи се да је „власник дужан у границама закона и правног поретка...“ и, друго, члан 81 је насловљен као „Ограничења на основу посебних прописа“. Прво одступање може створити дилему због тога што се поставља питање како одредити појам правног поретка те шта тај појам све обухвата осим важећих закона једне земље. Друго, пак, одступање, може створити забуну у смислу што појам „прописа“ обухвата и законе и подзаконске акте, па се питамо да ли се и подзаконским актима може ограничити нечије право својине. Ипак, садржина чл. 81 показује да су аутори Нацрта ипак имали у виду законске прописе.

Међутим, чини се да одредба чл. 83, ст. 1 ствара далеко више недоумица. Најпроблематичнији је сам назив члана који гласи „Ограничења на основу правног посла“. Наиме, том одредбом је прописано да „ако закон не пропише друкчије, власник може да право својине услови, орочи, ограничи или оптерети“. У вези са одредбом чл. 83, ст. 1 морамо нагласити да се, према нашем мишљењу, право својине може ограничити само законом, како је то уосталом прописано и Уставом, а да вољна располагања својином не могу имати значај ограничења већ само оптерећења својине, односно ограничења својине у мери у којој је прописано искључиво законом искључује вољно располагање. Даље, сама формулација става 1 поменутог члана је нејасна будући да се употребљавају појмови ограничења и оптерећења, и то све на основу правног посла, без икаквог указивања на то шта се, према мишљењу аутора, подразумева под једним, а шта под другим појмом. Чини се да је једино извесно да аутори не сматрају да је реч о синонимима будући да се набрајају различите могућности које су на располагању имаоцу права својине (власнику ствари).

¹⁷ Нацрт законика о својини и другим стварним правима, чл. 80–85.

Када је, пак, реч о тексту Преднацрта грађанског законика, он, као уосталом и било који позитивноправни пропис о својини или пак само преднацрт/нацрт таквог прописа, предвиђа могућност ограничења и одузимања права својине будући да је неспорно да неповредивост својине није апсолутна те да, самим тим, ни право својине није неограничено.¹⁸ Ипак, у тексту Преднацрта примећујемо једну специфичност. Наиме, чл. 1611 Нацрта носи назив „Претпоставка да право својине није ограничено“. Када кажемо специфичност, не мислимо на сам наслов члана, већ на чињеницу да је један такав члан уопште садржан у неком законском, тачније тексту преднацрта законика. Наиме, творци Преднацрта под претпоставком о неограничености права својине сматрају да би требало поћи од правила да право својине није ограничено ни у погледу садржине ни у погледу трајања. Ипак, два су начина да се та претпоставка обори: први, у случају да неко поседује право које ограничава нечију својину – дужан је доказати да такво ограничење постоји¹⁹ и, други, у случају да је право својине ограничено у јавном (општем) интересу – онај ко то тврди дужан је доказати да такво ограничење постоји.²⁰ Садржина цитиране одредбе отвара бројна питања: прво, због чега су творци сматрали да је таква одредба неопходна у законском тексту будући да је данас у свим правним порецима неспорно да је право својине ограничено право те да неповредивост права својине није апсолутна; друго, неспорно је мешање појма ограничења и оптерећења права својине (осим уколико се под правима трећих не мисли на суседска права која представљају ограничење права својине у приватноправном интересу, али она су опет прописана законом, те не видимо потребу да се доказује њихово постојање); треће, право својине се ограничава на основу закона, тако да не видимо потребу да се прописује да ко то тврди мора исто и доказати – зашто би се доказивало нешто што стоји у закону – супротно, оно што није прописано као ограничење у закону не може се ни доказивати будући да такво ограничење неспорно не постоји.

¹⁸ Преднацрт грађанског законика РС, чл. 1610, ст. 2. https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html, последњи приступ 15. октобра 2022.

¹⁹ Преднацрт грађанског законика РС, чл. 1611, ст. 1.

²⁰ Преднацрт грађанског законика РС, чл. 1611, ст. 2.

5. ПРАВНЕ ГАРАНЦИЈЕ ПРАВА СВОЈИНЕ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Дефиниција права својине, која је утицала на грађанске законике многих земаља, садржана у чл. 544 француског Грађанског законика, никада није мењана, те и данас чини део позитивног права Француске. Према тој одредби, својина је право уживања и располагања стварима, на најапсолутнији начин, под условом да се не користе на начин који је забрањен законима и уредбама. Ипак, временом се поље ограничења права својине, садржано у другом делу дефиниције, проширивало, утичући тако неминовно повратно на први део дефиниције – поље неповредивости (неограничености) права својине, које се, последично, сужавало (Bergel, Bruschi, Cimamonti 2010, 107; Larroumet 2006, 86). Могло би се рећи да су редактори француског Грађанског законика још од његовог доношења 1804. године разматрали границе апсолутизма права својине, пре свега зарад очувања јавних интереса (Larroumet 2006, 94–95). Иако саме границе апсолутизма нису настале након, већ истовремено са Грађанским закоником, само стварно право је временом дубоко трансформисано у односу на период с почетка 19. века (Larroumet 2006, 95).

Како би указао на неограниченост/неповредивост права својине, француски законодавац се опредељује за суперлатив „најапсолутнији“, који би, дакле, требало да укаже на то да власник не подлеже никаквим ограничењима у вршењу свог права. Појам апсолутности указује на нешто што није ничим везано, спутано (Mathieu 2006, 82). Ипак, како француски писци сами пишу, тај „апсолутизам“ својине је релативан и представља једну илузију и претераност, будући да су ограничења била прописана још 1804. године, а од тада се њихов број само увећавао (Bergel, Bruschi, Cimamonti 2010, 107). Како се број ограничења временом повећавао, то се и појам „апсолутности“ права својине мењао, тако да данас можемо рећи да је право својине оно право које свом титулару даје најпотпунију власт на ствари, односно најшири круг овлашћења.

Немачким Грађанским закоником је прописано да власник може, у мери у којој то не би било у супротности са законом и правима трећих лица, радити са својом ствари шта хоће по својој слободној вољи и искључити било какав утицај других лица.²¹ Та одредба одређује садржину права својине као апсолутног/неповредивог права: у позитивном смислу као могућност да се власник може понашати према ствари по својој слободној вољи, а у негативном смислу да може искључити

²¹ Немачки Грађански законик, § 903.

утицаје свих трећих лица на ствари. Ипак, та одредба указује и на релативни карактер апсолутности/неповредивости права својине те чињеницу да се право својине може вршити на начин који није супротан закону и правима трећих. Немачки законодавац на истом месту смешта и ограничења својине прописана законом и права трећих, те се на тај начин може десити да се оба појма грешком подведу под исти те сматрају ограничењима права својине. На тај начин резонују и коментатори немачког Грађанског законика те сматрају да својина може бити ограничена законом и правима трећих (Meller-Hannich 2020, 1757). Ипак, под појмом ограничења права својине требало би сматрати само она прописана законом, док би сва она вољна „ограничења“ требало сматрати оптерећењима права својине.

Швајцарским Грађанским закоником је прописано да је власник ствари слободан да њоме располаже онако како он сматра да је то погодно, али у оквиру закона; власник има права и да захтева повраћај ствари од било кога код кога се ствар нађе и да је заштити од свих недозвољених утицаја.²²

Италијанским Грађанским закоником је прописано да власник има право да ужива и располаже стварима потпуно и искључиво у оквиру граница и уз поштовање обавеза које правни систем намеће.²³

Према мађарском Грађанском законнику, власнику на предмету права својине припада потпуна и искључива правна власт, у границама утврђеним прописима. Чињеница да се мађарски законодавац опредељује за појам „правних прописа“ уместо за појам „закона“, што је далеко чешће у текстовима закона/законика којима се регулише та материја, указује на то да се желело прибећи флексибилнијем приступу, односно могућности да својина буде ограничена и законима и подзаконским актима (Николић 2014, 87).

Француски и мађарски грађански законик се издвајају од већине других управо по флексибилнијем приступу начина ограничења права својине, будући да омогућавају ограничавање својине и подзаконским актима, а не само законским. У Француској је то у складу са француском традицијом у којој је значајна материја често уређена актима који нису закони – у случају ограничења права својине, у питању су уредбе (Хибер, 1998, 31).

²² Швајцарски Грађански законик, чл. 641, ст. 1 и 2.

²³ Италијански Грађански законик, чл. 832.

6. ЗАКЉУЧАК

Питање правних гаранција права својине изузетно је сложено. Његова комплексност умногоме превазилази обим једног научног чланка. Уколико бисмо настојали да се тим питањем бавимо подробније, то би захтевало најпре детаљан историјски осврт на развој права својине, појам права својине, њене особине и ограничења. Другим речима, питањем гаранција права својине неопходно је бавити се на нивоу монографског дела. Ипак, идеја да упркос томе одаберемо баш ово питање као тему научног чланка настала је из жеље да се подсетимо живота и дела проф. Михаила Константиновића.

Значај права својине посматран са аспекта њеног титулара и његових индивидуалних интереса, посебно уважавајући његову правну сигурност, као и из угла остваривања јавних интереса сваког друштва, наметнуо је потребу прописивања правних гаранција за заштиту права својине. Гаранције права својине су двојаке: прво, правне гаранције неповредивости права својине и, друго, правне гаранције под којима се право својине може одузети и ограничити. Израз „неповредивост“ права својине осликава особину својине изведену из појма неограничености својине. Такође, на неповредивост права својине мисли се и онда када се говори о праву на мирно уживање имовине, што је синтагма својствена пре свега међународним актима. Из француског права нам долази идеја о апсолутности права својине, што би такође могао бити синоним неограничености, односно неповредивости права својине.

Појам неповредивости/неограничености/апсолутности значио би да би сваки „атак“ на својину, у смислу одузимања или ограничавања, водио неминовној повреди тог права. Ипак, у историји није било нити ће икада бити друштва у коме би било могуће да је право својине на непокретностима неограничено. Како не може бити речи о неповредивости права својине у неком апсолутном смислу, ни сам појам правних гаранција права својине не може бити потпуно исцрпљен појмом неповредивости права својине. Очигледно је да грађански законици, прописујући неповредивост права својине, имају у виду један правни однос који настаје између власника и свих трећих лица која су дужна да се уздржавају од повреде својинских овлашћења, с једне стране, и садржину права својине, односно овлашћења која власник има на својој ствари, с друге стране, због чега се својина и сматра најпотпунијом влашћу на ствари (посматрано у односу на друга стварна права).

Под појмом ограничења права својине подразумевају се само законом прописане границе у којима се уопште може постати титулар права својине на одређеним стварима и у одређеном обиму и у окви-

ру којих се могу вршити својинска овлашћења која произлазе из права својине. За разлику од тога, одузимање права својине увек подразумева промену титулара права својине – дотадашњи титулар престаје бити власник одузете ствари и самим тим он губи својинска овлашћења држања, располагања и коришћења одузете ствари. Поједине тешкоће евентуално могу настати у разграничењу појмова ограничења права својине и оптерећења права својине. Ограничење права својине и оптерећење права својине свој основ морају имати у закону. Разлика је у томе што се право својине може ограничити само законом, тако да се ограничења права својине примењују непосредно на основу закона, дакле, закон је непосредни основ, док је у случају оптерећења права својине законски основ само могућност да дође до оптерећења права својине, а да би оно наступило, уз законски основ, потребна је и воља титулара права својине да својину оптерети, тако да је закон само посредни основ.

ЛИТЕРАТУРА

- [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] Доловић, Катарина. 3/2012. Суседско право – појам, карактеристике и однос према стварним службеностима. *Страни правни живот*. Београд: Институт за упоредно право.
- [6] Ковачевић Куштримовић, Радмила, Мирослав Лазић. 2009. *Стварно право*. Ниш: Пунта.
- [7] Константиновић, Михаило. 3–4/1982а. Питање својине – Од својине индивидуалног права ка својини социјалној функцији. *Анали Правног факултета у Београду* 72: 282–293.
- [8] Константиновић, Михаило. 3–4/1982b. Друштвена својина. *Анали Правног факултета у Београду* 72: 575–581.
- [9] Константиновић, Михаило. 3–4/1982c. Југословенски грађански законик. *Анали Правног факултета у Београду* 72: 384–396.

- [10] Константиновић, Михаило. 3–4/1982d. Забрана злоупотребе права и социјализација права. *Анали Правног факултета у Београду* 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] Медић, Душко. 10/2020. Ограничења права својине. *Годишњак факултета правних наука*: 21–34. Бања Лука.
- [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] Николић, Душан, Слобода Мидоровић. 1/2018. Савремена европска правна теорија о социјалној функцији права својине: немачка доктрина. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*: 65–78.
- [16] Николић, Душан. 4/2014. Апсолутност својине у француском праву. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*: 85–101.
- [17] Рашовић, Зоран. 2005. *Стварно право*. Београд: Службени лист СЦГ – Правни факултет у Подгорици.
- [18] Стојановић, Драгољуб. 1998. *Стварно право*. Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу.
- [19] Стојановић, Драгољуб. 1963. *Позитивно-правна ограничења приватне својине*. Београд: Институт за упоредно право.
- [20] Станојевић, Обрад. 2003. *Римско право*. Београд: Службени лист СЦГ.
- [21] Стојчевић, Драгомир. 1981. *Римско приватно право*. Београд: Савремена администрација.
- [22] Хибер, Драгор. 1998. *Својина у транзицији – реприватизација и повратак начелу неповредивости права својине*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [23] Хибер, Драгор. 1996. Право на мирно уживање имовине, облици његовог угрожавања и могућности поновног успостављања у југословенском праву. 203–227. *Право људских права*, прир. Константин Обрадовић, Милан Пауновић. Београд: Београдски центар за људска права.

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. ОБЛИГАЦИЈЕ И УГОВОРИ

/

3. OBLIGATIONS AND CONTRACTS

Др Нина ЗУПАН, LL.M. (Leiden)*

**КОНСТАНТИНОВИЋЕВА КОНЦЕПЦИЈА УРЕЂЕЊА
ЗАСТАРЕЛОСТИ: ДА ЛИ СУ ИДЕЈЕ О УТИЦАЈУ ВРЕМЕНА
У ПРАВУ ИЗДРЖАЛЕ УТИЦАЈ ВРЕМЕНА НА ПРАВО?**

Михаило Константиновић је идејни творац Закона о застарелости потраживања из 1953. године. У овом чланку се истражује на који начин је надоградио и премашио аустријски Општи грађански законик, који је до тада важио на великом делу југословенских територија, било непосредно било посредством концепата усвојених у Грађанском законiku за Краљевину Србију. Његове темељне идеје су касније, уз мање (делимично неосмишљене) измене, преузете у Закон о облигационим односима, тако да неколико деценија није било потребе за већом реформом области застаривања. Савремене тенденције у тој области теже унеколико другачијој концепцији застаривања, којом се још већа пажња посвећује уравнотежењу положаја повериоца и дужника, као и обједињавању система. Међутим, треба узети у обзир да су оне последица савременијег дискурса о људским правима у приватном праву и проблема са применом делимично застарелих и непрегледних правила о застаривању у европским правним системима, где – за разлику од земаља некадашње Југославије – правила понегде нису осавремењена сто и више година.

Кључне речи: *Застаривање. – Михаило Константиновић. – Закон о застарелости потраживања. – Право на судску заштиту. – Упоредно право.*

* Судија Окружног суда у Крању, Словенија, nina.zupan1@gmail.com.

1. УВОД

Застарелост није новитет савременог права већ класичан приватноправни институт.¹ Његови корени, као и корени института одржаја, изворно потичу још из антике и римског права. У време римског формуларног поступка *praescriptio longi temporis* је подразумевао процесну одбрану, приговор који су поседници у провинцијама ван Италије могли да поднесу против тужбе власника ради враћања ствари уколико су држаоци ту ствар имали у дуготрајној државини (десет или двадесет година) (Jansen 2012, 156). Право опште временско ограничење остваривања захтева на тридесет година уведено је у време цара Теодосија II (Triggiano 2013, 41). *Praescriptio longi temporis* је касније, када је донет Јустинијанов *Corpus Iuris Civilis*, временом постао општи темељ за одржај непокретности и имао је дејство стицања права, а у међувремену је, по узору на тај институт, уведена и општа, на већину осталих захтева применљива одбрана застаревања.

У средњем и новом веку, одржај и застаревање су се у Европи развијали истовремено. Германском правном окружењу, које је имало одлучујући значај и за правни развој на подручју некадашње Југославије, у време *mos italicus* и каснијег *usus modernus pandectarum*, својствена је рецепција римског права, уз истовремен утицај уобичајеног покрајинског права, као и канонског права и схоластичке филозофије. На основу свих тих утицаја развиле су се теорије о намерама и дејствима утицаја времена на права, док су правила о застаревању и одржају временом кодификована у грађанским законима појединачних немачких покрајина.

Најзначајнија од тих кодификација за нас је аустријски Општи грађански законик² (ОГЗ) из 1812. године, који је све до краја Другог светског рата³ важио⁴ на подручју данашње Словеније, Хрватске и Босне и Херцеговине; истовремено је на њему био заснован и Грађански законик за Краљевину Србију (СГЗ) из 1844. године (види нпр. Nikolić 2013, 77–82). На развој југословенског приватног (првенствено облига-

¹ Наравно, застарелост је позната и у другим правним областима, рецимо у кривичном и управном праву. У овом раду ћемо се усредсредити само на приватно, превасходно облигационо право.

² У изворнику *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*.

³ Прецизније, до доношења Закона о неважности правних прописа донетих пред 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, *Службени лист ФНРЈ* 86/1946.

⁴ Понегде у целини, на другим местима само за одређене правне области; понегде са каснијим новелама, а понегде без њих.

ционог) права утицали су и немачки Грађански законик⁵ (BGB) из 1900. године и швајцарски Облигациони законик⁶ (OR) из 1911. године. Све те три кодификације, које у нешто измењеном облику у својим изворним државама важе и данас, садрже и општа правила о застаревању.

Замена предратних прописа у Југославији био је дуготрајан, вишедесетогодишњи процес. Занимљиво је да је управо Закон о застарелости потраживања (ЗЗП) донет релативно брзо, 1953. године.⁷ У литератури није објашњена одлука југословенског законодавца да област застаревања потраживања уреди самосталним законом. Правац доношења прописа у то време већ сам по себи није указивао на намеру да се целокупан корпус приватног права сачува у јединственој кодификацији сличној ОГЗ јер су донети закони којима су одвојено уређиване појединачне области наследног и породичног права. Основни концепти стварног права су промењени под утицајем национализације, а област облигационог права још увек није била поново уређена.

Идејни творац ЗЗП је био проф. Михаило Константиновић (Николић 2010, 198). Он није предвидео да застаревање буде уређено у оквиру облигационог права, што потврђује чињеница да његова каснија Скица за законик о облигацијама и уговорима (Константиновић 1969) није садржала посебно поглавље о застаревању већ само одређене посебне одредбе које не можемо пронаћи у ЗЗП. То се односи, на пример, на одредбе о утицају застоја и прекида застаревања, као и одрицања од застаревања на однос између солидарних дужника, о утицају радњи једног солидарног повериоца којима се прекида застаревање на однос према осталим солидарним повериоцима, о могућностима пребијања застарелог потраживања, о застаревању јемствене обавезе и застаревању права примаоца упута (асигнатора), о застаревању потраживања из уговора о осигурању и сл.

2. КОНЦЕПТ СИСТЕМА ЗАСТАРЕВАЊА ИЗ ЗАКОНА О ЗАСТАРЕЛОСТИ ПОТРАЖИВАЊА

Иако је на великом делу југословенске територије постојала дугогодишња традиција примене ОГЗ, Константиновићева концепција уређења застаревања у ЗЗП удаљила се од ОГЗ у више значајних

⁵ *Bürgerliches Gesetzbuch*

⁶ *Obligationenrecht*.

⁷ *Службени лист ФНРЈ* 40/1953, 57/1954, *Службени лист СФРЈ* 29/1978.

својстава. Најзначајнија концептуална промена је потпуно одвајање уређења застаревања од уређења одржаја, који су у ОГЗ уређени у истом поглављу и за њих су важила одређена заједничка правила.⁸ Та одлука се чини логичном за југословенско право, у којем се примењивао другачији својинскоправни и стварноправни систем него у остатку Европе,⁹ али она у стварности није била усклађена са специфичностима новог стварноправног уређења. Наиме, застаревање је још пре тога потпуно одвојено од одржаја, рецимо, у немачком BGB и швајцарском ОР. Мада се оба поменута института односе на негативне последице утицаја времена на права правних субјеката, она се ипак разликују у значајним својствима. Одржај је ограничен на права стварног права, нарочито на право својине, а истицање времена не доводи само до губитка права једног лица већ је битно да исто право последично стиче друго лице. Домет застаревања је шири и простире се на бројна правна подручја и у њима регулисана права, али подразумева „само“ губитак захтева за заштиту права – то супротној странци у супстантивном смислу ништа не доноси већ је само штити од могућности да поверилац своје основно материјалноправно право покуша да оствари на суду. Основно право повериоца ипак не престаје већ постоји и даље, као тзв. натурална облигација те основа за евентуално добровољно испуњење.

Закон о застарелости потраживања је надмашио ОГЗ јер је пратио модерне германске дискусије и на подручју утврђивања дејства застаревања. Према одредбама ОГЗ, застаревање подразумева губитак „права“ које се у законски одређеном времену није извршавало.¹⁰ Виндшајдов концепт захтева („*Anspruch*“) у време ступања на снагу ОГЗ, наиме, још није био познат.¹¹ Због тога је одредба ОГЗ која је остала непромењена до

⁸ Застаревање и одржај су у истом поглављу били уређени и у СГЗ (§§ 922–950а).

⁹ Са поменутим значењем одржаја, нарочито у области некретнина.

¹⁰ §1451 ОГЗ.

¹¹ У делу „Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts“ из 1856. године Виндшајд (*Windscheid*) је најдоследније спровео разликовање од римске *actio* и формулисао појам материјалноправног захтева („*Anspruch*“), који подразумева право субјекта да од другог захтева одређено чињење, допуштање или пропуштање. Није реч о томе да би римски *actio* у свом језгру био искључиво процесни институт, већ о томе да је римско право постојало као систем тужби – из сваке тужбе коју је претор дозволио произишло је право тужиоца; данашње право чини систем права и њихових правозаштитних (материјалноправних) захтева, док је њихово процесно остваривање сасвим одвојено питање (Baldus 2011, 7). Уколико се у данашњем праву *actio* схвата као процесно право на тужбу које не каже ништа о њеној материјалноправној основаности, захтев представља материјалноправно право да се захтева остварење основног права (Storme 1995, 5).

данашњих дана дуго правила проблеме у савременој аустријској правној теорији. Дилема је у теорији и судској пракси коначно разрешена у корист става да није у питању губитак материјалноправног права самог већ само његовог остваривања тужбом (у материјалноправном смислу – тужба је дозвољена, али захтев није основан), док право, барем код потраживања, и даље постоји као натурална обавеза (Schwimann, Kodek 2016, 1408; Vollmeier 2009, 145). С друге стране, у члану 1 ЗЗП већ се говори о престанку „права да се захтева испуњење обавезе“, које наступа када протекне законски одређено време у којем би поверилац могао да захтева испуњење. Тиме је разрешена дотадашња несагласност у томе да ли се застаривањем губи само материјалноправно право или пак само правозаштитни захтев – потраживање после застаривања постоји и даље, али више не може да се остварује тужбом, већ постоји само још као натурална обавеза (Станковић 1969, 7–8).

Треће подручје у којем се ЗЗП показао као модеран закон јесте трајање општег рока застаривања који је износио десет година.¹² У ОГЗ општи рок застаривања је износио чак тридесет година; и СГЗ је познавао дугачак општи рок застаривања од двадесет четири године. У том смислу ЗЗП је премашао и тада важећи немачки BGB, у којем је општи рок и даље био тридесет година, и приближио се, рецимо, швајцарском ОР или италијанском *Codice Civile*, који су још тада познавали, а познају и данас, општи рок застаривања од десет година. Генерално, историјски развој дужине рока застаривања у Европи усмерен је на скраћивање тих рокова и указује на две тенденције. Прва, старија, била је диверсификација рокова застаривања у односу на различиту природу захтева: осим општег рока, били су уведени и краћи, посебни рокови застаривања. Друга, савременија тенденција јесте скраћивање општег рока застаривања. Наиме, раст броја посебних рокова застаривања значио је да се општи рок застаривања примењивао много ређе, па је из тог разлога његов смисао доведен у питање, док је истовремено јачало уверење да је вишедеценијски рок озбиљно предугачак.

Пошто је десетогодишњи рок застаривања за многе захтеве још увек предугачак, ЗЗП се није одрекао широке лепезе посебних рокова застаривања – које је, у поређењу са ОГЗ, још додатно диверсификовао

¹² Чл. 14 ЗЗП. Десетогодишњи рок је важио и за јудикатна потраживања и за застаривање самог права из којег произлазе појединачна повремена потраживања (чл. 23 и 16 ЗЗП).

и, осим трогодишњег посебног рока¹³ (који је најчешћи посебан рок у ОГЗ), увео и категорије потраживања за која су важили једногодишњи и двогодишњи посебни рокови застаривања.¹⁴ Међутим, посматрано упоредноправно, није се показало да је претерано ширење палете посебних рокова застаривања приступ који би могао да донесе добре резултате. На пример, у Немачкој је превелики број посебних рокова (због чега се често може наићи на сликовиту фразу о „барокној раскоши форме застаривања“, вид. Peters, Zimmermann 1981, 187),¹⁵ заједно са недвосмислено озбиљно предугачким општим роком застаривања, био један од најзначајнијих разлога за реформу уређења застаривања која је спроведена 2002. године. Наиме, тај институт није био прегледно уређен, што је повећавало правну несигурност (Peters, Zimmermann 1981, 178–185; Hattenauer 2019, 590–596). Иако ширење палете посебних рокова у ЗЗП само по себи није имало такву последицу, поставља се питање да ли је заиста било потребно. Одређене групе потраживања биле су подвргнуте краћим роковима, што указује на покушај рудиментарне заштите слабијих уговорних странака – двогодишњи рок је важио за потраживања различитих професионалних група за плаћање испоручене робе или обављеног посла односно услуга, а једногодишњи рок за тзв. потраживања из домаћинства (за плаћање електричне енергије и плина, воде, одржавање чистоће и других потраживања која се испоручују домаћинствима) и за потраживања за коришћење телефона, поште, радија, претплату на повремене публикације. Дужници које застаривање у тим случајевима штити најчешће су потрошачи,¹⁶ а поверилац је, с друге стране, најчешће субјекат који се својом делатношћу професионално бави на тржишту. И поред тога се чини да је додата вредност тако кратких рокова мала, уз чињеницу да је још

¹³ Тај рок је у ЗЗП важио за повремена потраживања (па и за камату), ануитете, закупнине и најамнине (чл. 15 и 18 ЗЗП). Новина коју ОГЗ није познавао јесте трогодишњи рок застаривања за међусобна потраживања привредних организација, занатлија и осталих носилаца делатности из уговора о испоруци робе и из уговора о раду и услугама закљученим у оквиру њихове делатности (чл. 17 ЗЗП).

¹⁴ Чл. 21 и 22 ЗЗП.

¹⁵ Укупан број посебних рокова застаривања премашао је сто (Hattenauer 2019, 580–583).

¹⁶ Али не увек – за уговоре који се односе на послове између привредних субјеката или занатлија и сл. био је прописан трогодишњи рок застаривања.

раније остварен трогодишњи посебан рок застаревања за многа поменута потраживања исто тако кратак и за њих погодан, и да не обраћа пажњу на слабости које доноси уситњавање правног уређења.¹⁷

Одредбама ЗЗП су и на другим подручјима отклоњени одређени недостаци или нејасне формулације ОГЗ. Тако су, рецимо, прилично прецизно одређени почетак тока и истицање рока застаревања. Док је одредбама ОГЗ тренутак почетка тока застаревања био одређен само посредно – што је могло да се закључи из навода да је за застаревање довољан временски период неизвршавања права „које би могло да се извршава“¹⁸ (према томе, ток застаревања покреће објективна могућност извршавања права), у ЗЗП је изричито одређено да застаревање почиње да тече првог дана после дана када је поверилац имао право да захтева испуњење обавеза (односно за омисивне обавезе после дана када је дужник поступио против своје обавезе), а истиче истицањем последњег дана рока.¹⁹ Почетак тока застаревања је јасније одређен за одштетна потраживања. Сачуван је трогодишњи субјективни рок, који је познавао и ОГЗ, и тече од упознавања оштећеног са штетом и њеним проузроковачем. С друге стране, у ОГЗ није био наведен почетак тока тридесетогодишњег објективног рока, што у аустријској теорији још и данас изазива различите интерпретације.²⁰ У ЗЗП је објективни рок скраћен на десет година и јасно је одређено да тече од настанка штете.²¹ Међутим, за одштетна потраживања за штету проузроковану кривичним делом уведено је потпуно ново правило: примењује се рок потребан за застаревање кри-

¹⁷ У теорији се краткоћа посебних рокова застаревања за потраживања те врсте и некада и данас темељила првенствено на карактеру потраживања која обично проистичу из послова намењених задовољавању свакодневних потреба, која су често су периодична и доспевају у кратким временским интервалима – неплаћен дуг који би се гомилао дуже време временом би могао да премаши материјалне способности дужника ако би био обавезан да га исплати одједном, а то је у супротности са повременим карактером тих потраживања (Станковић 1969, 55 и 87). Међутим, на томе се не заснива разлика између једногодишњег, двогодишњег и трогодишњег рока застаревања. Наиме, за друга повремена потраживања важи трогодишњи рок застаревања који би могао да важи, рецимо, и за потраживања из домаћинства.

¹⁸ „Der Nichtgebrauch eines Rechtes, das an sich schon hätte ausgeübt werden können“, §1478 ОГЗ.

¹⁹ Чл. 2 и 3 ЗЗП.

²⁰ Према једним ставовима рок тече од тренутка штетног поступања, а према другим од тренутка настанка штете (вид. Schwimann, Kodek 2016, 1529; Fenyves *et al.* 2012, роб. бр. 48 к §1489).

²¹ Члан 19, ст. 1 и 2 ЗЗП.

вичног гоњења, ако је дужи од грађанскоправног рока застаривања; на ток рока утиче и евентуални застој или прекидање застаривања кривичног гоњења.²² Према одредбама ОГЗ, у таквим случајевима је важио само тридесетогодишњи објективни рок који је текао од тренутка извршења кривичног дела.²³ Јасноћа је изостала код застаривања уговорних одштетних потраживања: она, према ЗЗП, застаривају у року који је потребан за застаривање уговорног потраживања,²⁴ али момент почетка застаривања није одређен, због чега може да буде спорно да ли и овде важе правила за уговорна потраживања.²⁵

У ОГЗ и ЗЗП су слично уређени разлози за застој и прекидање тока рока застаривања. Код застоја тока рока застаривања реч је о класичној палети разлога какви су постојали у готово свим европским системима: интензивни међуљудски односи између странака правног односа (брачна заједница, однос родитеља и деце, стараоца и штићеника у време трајања родитељског права, односно старатељства), због којих би било неумесно да се од повериоца тражи судско остваривање захтева, и препреке које повериоцу онемогућавају да оствари захтев, нарочито виша сила или оправдано одсуство повериоца. У националним законима ти разлози су додатно прецизирани. У ЗЗП у те разлоге је, рецимо, уврштен и однос између лица запослених у туђем домаћинству и послодавца и члана његовог домаћинства, уколико су у питању потраживања према послодавцу; застој тока рока важио је и за потраживања лица у војној служби за време рата или мобилизације.²⁶ У том закону се први пут помиње појам „несавладиве препреке“ које онемогућавају судско остваривање потраживања. То је правни стандард који обухвата више од саме околности потпуног престанка рада правосуђа предвиђене ОГЗ, којом се судовима омогућава да флексибилно процењује положај повериоца. У ЗЗП је одлагање истицања рока (када се ток рока не зауставља већ се на одређено краће време само одгоди његово истицање, односно наступање застаривања) проширено са потраживања малолетних и пословно неспособних лица која немају заступника и на случајеве међусобних потраживања заоставштине трећих лица и потраживања против лица која се налазе на служењу

²² Члан 20 ЗЗП.

²³ §1489 ОГЗ.

²⁴ Члан 19, ст. 3 ЗЗП.

²⁵ Као почетак тока застаривања у тадашњој теорији је утврђен тренутак када је дужник прекршио уговорну обавезу и када је оштећени сазнао за штету (Станковић 1969, 74).

²⁶ Чл. 25 ЗЗП.

војног рока или на војним вежбама.²⁷ И у ОГЗ и у ЗЗП постоје два начина прекидања застаревања: када дужник призна дуг (изричито или посредно, нпр. плаћање дуга или камате, осигурање)²⁸ и када поверилац пред судом предузима радње ради остваривања потраживања. О томе ЗЗП садржи много прецизнија правила него ОГЗ – наиме, у ЗЗП су одређене радње које долазе у обзир приликом одређивања момента од којег рок почиње да тече поново и последице процесних ситуација када нема мериторне одлуке о захтеву.

У ЗЗП су слично, а понегде прецизније уређени начин остваривања и последице застаревања. Сачувано је правило о поштовању застаревања само на приговор дужника,²⁹ које се прилично афирмисало у већини европских кодификација, правило о праву повериоца на намирење из ствари дате у залогу и после застаревања обезбеђеног потраживања које је из ручне залогe проширено и на регистарску залогy³⁰ и правило о изостанку кондикцијског захтева у случају добровољног измирења застарелог дуга.³¹ Два нова правила, која у ОГЗ нису била позната, односе се на дејство застаревања главног потраживања на застаревање споредних потраживања и на дејство застаревања потраживања главног дужника на застаревање јемствене обавезе.³² Међутим, у ЗЗП је рестриктивније уређена аутономија странака у вези са застаревањем, односно питање да ли странке правног односа могу нека од правила о застаревању да замене сопственим диспозитивним правом. У ОГЗ, као, на пример, и у немачком BGB, било је допуштено³³ споразумно олакшавање наступања застаревања (нарочито скраћивањем рокова застаревања), док је у ЗЗП (слично као, рецимо, и у швајцарском ОР³⁴) предвиђена потпуна когентност режима застаревања.³⁵ Делимично је ограничена и дужникова једнострана аутономија – он не може унапред

²⁷ Чл. 29 и 30 ЗЗП. Наступање застаревања се одгађа краће време после испуњења одређених услова, на пример, када малолетник постане пунолетан или добије заступника; када је заоставштина предата наследнику или је постављен њен старатељ; када се лице врати са служења војног рока или војних вежби.

²⁸ Члан 31 ЗЗП.

²⁹ Члан 11 ЗЗП.

³⁰ Члан 9 ЗЗП.

³¹ Члан 8 ЗЗП.

³² Члан 10 ЗЗП.

³³ У § 1502 ОГЗ забрањује се продужавање рокова, па је, на основу закључивања *a contrario*, такво њихово скраћивање дозвољено.

³⁴ Члан 129 ОР.

³⁵ Члан 5 ЗЗП.

да се одрекне застаривања (такво правило је садржано и у ОГЗ³⁶), али застаривања може да се одрекне писменим признањем застареле обавезе после наступања застаривања.³⁷ Наравно, поверилац једнострано не може да утиче на застаривање које је већ наступило. Међутим, активно може да спречи наступање застаривања тако што ће свој захтев правовремено остварити судским путем.

Истичемо да је ЗЗП садржао одредбу која није била карактеристична за германско правно окружење, те је нису познавали, а ни данас је не познају ни ОГЗ ни BGB или ОР. Наиме, изричито је предвиђено да се правила о застаривању не примењују када је законом одређен рок за подношење тужбе или извршење одређене радње јер би, у противном, право било изгубљено.³⁸ Наиме, у питању су рокови који су у теорији одређени као тзв. преклузивни рокови.

3. ЗАСТАРЕВАЊЕ У ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

Одлука југословенског законодавца да после 25 година стави ван снаге ЗЗП и да области које су њиме биле уређене пренесе у законик којим ће облигациони односи бити целовито регулисани, на основу које је 1978. године усвојен Закон о облигационим односима³⁹ (ЗОО), није посебно објашњена. При томе се нису десиле веће садржинске промене уређења, што указује на то да је ЗЗП био закон који у пракси није стварао потешкоће. Истина је да је већ и ЗЗП, термилошки, уређивао само застаривање „потраживања“, за разлику од ОГЗ, у којем је било речи и о „правима“, при чему треба узети у обзир да ОГЗ није уређивао само облигациона права већ и права стварног, наследног и

³⁶ § 1502 ОГЗ. Према устаљеном тумачењу у аустријској теорији и пракси, „унапред“ подразумева пре наступања застаривања (вид. нпр. OGH 7 Ob 153/15у, пресуда од 16. 10. 2015. и др.; Fenuves *et al.* 2012, роб. бр. 7 к §1502). Међутим, судска пракса пређашњем одрицању приговору застаривања не одузима свако значење – ако исто то произлази из околности конкретног случаја, уколико се дужник унапред (неважеће) одрекао застаривања, али је касније ипак остваривао приговор застаривања, поверилац успева позивањем на *replicatio doli* јер је, наводно, такво поступање дужника било супротно доброј вери и поштењу (Schwimann, Kodek 2016, 1589).

³⁷ Члан 6 ЗЗП.

³⁸ Члан 12 ЗЗП.

³⁹ Службени лист СФРЈ 29/78 и др.

породичног права, као и лична права.⁴⁰ Застаревању „потраживања“ одговара и терминологија ЗЗП која се односи на носиоце права и обавеза. Наиме, коришћени су искључиво појмови „вјеровник“ и „дужник“, док је у ОГЗ коришћена шира лепеза израза. Чим се говори о застаревању потраживања која су по својој природи облигациона права, не чини се више необичним да се тај институт уређује у закону који се тиче облигационих односа. Међутим, и поред тога, у југословенској теорији се још за време важења ЗЗП водила расправа о томе шта је заправо предмет застаревања који се регулише поменутиим законом. Наиме, постојао је консензус да застаревању у начелу нису подвргнута само облигациона права већ да то могу да буду и друга права. Тако је било могуће наћи ставове да се ЗЗП додуше примењује непосредно на застаревање потраживања као облигационо право, али су одредбе његовог општег дела примењиве и на застаревање других застарљивих приватноправних права, уколико појединим прописима за њих нису предвиђене посебне одредбе (Stanković 1969, 5–6; Raspor 1982, 77).⁴¹ Будући да таквих одредаба није било, поменути став мора да је превагнуо и након што је застаревање уређено у 300. Већ тада је у теорији критиковано то што је одељак о застаревању смештен у VI поглавље законика, под насловом „Престанак обавеза“. Наиме, таква систематика није усклађена са природом института застаревања јер је већ тада било јасно да то не подразумева престанак саме обавезе већ само правозаштитни захтев, дакле могућност повериоца да захтева његово испуњење (Raspor 1982, 9–10). Структура одељка о застаревању остала је иста, чланови су добили своје наслове, неки од њих сједињени су у један члан, док су други раздвојени у више чланова, а већином су остали садржински непромењени.

Међу значајније промене које су законом ипак донесене спада скраћење општег рока застаревања са десет на пет година.⁴² Такође, са десет на пет година скраћени су објективни рок за одштетна потраживања (док је субјективни рок остао трогодишњи) и рок за застаревање самог права из којег потичу повремена потраживања.⁴³ Рок за застаревање јудикатних потраживања (потраживања утврђених

⁴⁰ Имајући у виду да сва права, од бројних права која су регулисана у ОГЗ, нису по својој природи застарива, одредбама тог закона је морала чак изричито да буде искључена застаривост неких од њих.

⁴¹ За разлику од ОГЗ, у ЗЗП се пак није наводило која права нису застарива; изузетак је само одредба о незастаривости законског права на издржавање (чл. 16 ЗЗП).

⁴² Члан 371 300.

⁴³ Члан 373. и чл. 376, ст. 2 300.

судском одлуком) остао је исти – десет година.⁴⁴ Није јасно да ли се скраћење општег рока застаревања заснивало на основаним дилемама о примерености десетогодишњег рока или је у питању само општа идеја да дужника треба још боље заштитити; међутим, првенствено није јасно да ли се тада размишљало и о положају повериоца. Наиме, у систему застаревања увек треба настојати да се нађе равнотежа између интереса повериоца и дужника – на вагу су стављени право повериоца на судску заштиту и дужников интерес за могућност ефикасне одбране од захтева, који се истовремено подудара и са јавноправним интересом за што брже успостављање правне сигурности и стабилизовање правних односа. Што су рокови застаревања краћи, то више пажње треба посветити положају повериоца, јер може да дође до прекомерног задирања у његова права.

Двоструко скраћивање општег рока застаревања подразумевало је да би истовремено постојала чак четири кратка и релативно слична рока застаревања – осим петогодишњег општег рока, још и једногодишњи, двогодишњи и трогодишњи посебни рокови застаревања. То не би имало посебног смисла. Због тога је законодавац сачувао само трогодишњи и једногодишњи рок из ЗЗП, а двогодишњи је укинуо. Сва потраживања која су раније застаревала у року од две године, по 300 подвргнута су општем року застаревања (рок се за њих у ствари продужио) или неком од посебних рокова. Нова је опширна одредба о роковима застаревања код осигуравајућих уговора⁴⁵ – ти уговори се нису налазили у ЗЗП јер је Константиновић посебну одредбу о њиховој застарелости предвидео у делу Скице о уређењу уговора о осигурању.⁴⁶ Садржај 300 и Скице је у том делу сличан.

Промене у другим поглављима одељка о застаревању биле су мање, делимично само стилске. Поглављу о застоју застаревања додата је одредба према којој је застаревање у застоју и између ванбрачних партнера, све док постоји ванбрачна заједница.⁴⁷ Та новина је за оно време била напредна – у законима германских система се, када је реч о утицају на ток застаревања, ни данас не изједначавају брачне и ванбрачне заједнице. Последишно, такво тумачење, с обзиром на јасне за-

⁴⁴ Члан 379, ст. 1 300.

⁴⁵ Члан 380 300.

⁴⁶ Члан 901 Скице.

⁴⁷ Члан 381 300.

конске одредбе, одбацује и судска пракса,⁴⁸ док део правне теорије то критикује (за аустријско право вид. нпр. Eupeltauer 1991, 28, и Fenuves *et al.* 2012, роб. бр. 3, 7 к §1495). Међутим, избрисана је одредба о одлагању истицања рока застаревања за међусобна потраживања заоставштине и трећа лица, највероватније због система преласка заоставштине на наследнике већ самом смрћу оставиоца;⁴⁹ тада је прецизиран тренутак од којег тече рок за подношење нове тужбе у случају да је прва одбачена због ненадлежности.⁵⁰

4. ЗАКОН О ЗАСТАРЕЛОСТИ ПОТРАЖИВАЊА И ЗАКОН О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА У СВЕТЛУ САВРЕМЕНИХ ТРЕНДОВА УРЕЂЕЊА ЗАСТАРЕВАЊА

4.1. Општи и посебни рокови застаревања

4.1.1. Савремене смернице

Већ је поменуто да у Европи процес скраћивања рокова застаревања првобитно није био повезан са скраћивањем општег рока већ са диверсификацијом рокова и, последично, остваривањем краћих посебних рокова застаревања. Те рокове су познавале и ране велике грађанскоправне кодификације у 19. веку и на прелазу у 20. век јер су општи рокови застаревања били вишедеценијски. Брзим развојем правног промета и све ширим обимом послова који нису били обухваћени текстовима првобитних кодификација, процес се временом измакао контроли јер се повећавањем обима подручног законодавства у 20. веку знатно повећао и број различитих потраживања за која су важиле различити краћи посебни рокови застаревања. Постепен раст броја изузетака од општег рока застаревања имао је две последице. Прво, општи рок застаревања, који је према општем ставу био предугачак, примењивао се све ређе, па је стога његов смисао постао упитан. Друго, велика диверсификација и распршеност уређења посебних рокова застарелости рокова рушиле су кохерентност и транспарентност систе-

⁴⁸ У Немачкој је такав став прихваћен рецимо у одлукама OLG Nürnberg, пресуда од 22. 11. 2013 – 14 W 1107/13, OLG Brandenburg, пресуда од 8. 5. 2007 – 11 U 142/06, OLG Cologne, пресуда од 8. 12. 1998 – 13 U 105/98.

⁴⁹ Нису набрајани случајеви других радњи којима се (осим подношења тужбе) прекида застарелост већ је примењена само још генерална клаузула.

⁵⁰ Од правоснажности одлуке о одбацивању; исто важи и за случај одлуке, којом суд упути на надлежан суд.

ма застаревања и тиме смањивале правну сигурност. Све то важи и за германски правни простор.⁵¹ Проблеми су били нарочито очигледни у Немачкој, где су осамдесетих година прошлог века покренуте суштинске академске дискусије и припреме на измену BGB, које су се односиле и на регулисање застаревања.⁵² Тежња ка што већој примени краћих рокова указивала је на целисходност приступа којим се одређује краћак општи рок застаревања, којим би требало да се покрије што већи спектар захтева; а изузетака, дакле посебних (дужих или краћих) рокова, требало би да буде што мање. Такав приступ је изабрала Немачка, која је после скоро двадесетогодишње дискусије реформисала уређење те области 2002. године.⁵³ Њене реформне идеје наишле су на снажан одјек у међународној заједници те су у сличној, понегде и мало измењеној форми, прихваћене и у бројним међународним академским реформским моделима, као што су Начела европског уговорног права (PECL), Заједнички референтни оквир (DCFR), Заједничко европско трговинско право (CESL) и Начела међународних привредних уговора – PICC.⁵⁴

Међутим, манипулисање искључиво дужином рока, без уважавања осталих елемената система застаревања, може да доведе до прекомерног задирања у положај повериоца. Скраћивање објективних рокова повезано је са смањивањем заштите поверилаца – што је краћи рок, већи део поверилаца неће имати истинску могућност да остваре захтев, односно да добију ефикасну заштиту својих права. За уређење застаревања од одлучујућег значаја није само ток одређеног времена већ је битна и чињеница да је у том времену поверилац остао пасиван

⁵¹ У Немачкој је пролиферација норми којима су одређивани различити посебни рокови застарелости довела до стања које се, према процени правних теоретичара, састојало од стотину различитих одредаба (Zimmermann 2002b, 27). Тај проблем је уочен и у Аустрији (Bydlinski, Vollmaier 2011, 238). Швајцарска иначе познаје већи број посебних рокова, али пошто је општи рок нешто краћи него у Немачкој и Аустрији („само“ десетогодишњи), проблем је био мањи; део теорије и даље сматра да је та област уређена непрегледно и неусклађено (Huguenin, Thouvenin 2011, 310).

⁵² Прву опширну анализу постојећег стања и предлог реформи на подручју застарелости припремили су Цимерман и Петерс (види Zimmermann, Peters 1981). До ступања на снагу BGB 2002. године, о предлозима је више пута расправљано у широј академској заједници и радним групама извршне власти, а нови концепт застарелости се при томе делимично променио.

⁵³ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts од 26. новембра 2001, који је ступио на снагу 1. јануара 2002.

⁵⁴ Principles of European Contract Law, Draft Common Frame of Reference, Common European Sales Law, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts.

по свом избору. То се дешава када је свестан свог захтева и лица дужника и истовремено га објективно ништа не омета у остваривању захтева. То се може назвати одређивањем другачијег момента почетка тока рока застаревања или застоја тока рока застаревања. Одређивање погодне дужине рока подразумева уравнотежење I) интереса повериоца који мора да има истинску могућност да оствари свој захтев, то јест да се уопште упозна са њим, да затим има примерено време да размисли о остваривању тог захтева у судском поступку и да квалитетном и доказима подржаном тужбом повећа своје изгледе за успех у поступку, и II) интереса дужника, што подразумева да што краће време буде изложен захтевима повериоца, да се не погоршава могућност његове одбране и да на одговарајући начин може да планира будуће располагање својом имовином.⁵⁵ Главни проблем је у томе што су интереси повериоца и интереси дужника у вези са почетком рока и дужином рока дијаметрално супротни: за повериоца је повољнији дуг субјективни рок, а за дужника кратак објективни рок. Према томе, интереси и једног и другог могу да буду одговарајуће уравнотежени само ако важи дужи објективни рок или пак кратак субјективни рок. Објективни почетак тока рока тешко је спојив са веома кратким роковима застаревања (Zimmermann 2002a, 80; Storme 1997, 82).

Према томе, основна карактеристика савременог приступа уређивању застарелости није само скраћивање општег рока застаревања већ преваходно његова промена из објективног у субјективни рок.⁵⁶ Алтернативно решење је одржање (и скраћење) објективног рока уз истовремено увођење додатног разлога за застој тока рока – који не може да почне да тече док поверилац није упознат са околностима захтева и самим дужником.⁵⁷ Дејство је потпуно исто као у случају субјективног рока. Предност застоја тока рока у односу на субјективно условљен по-

⁵⁵ Иако застарелост прати и јавноправне циљеве (правну сигурност), у приватном праву су првенствени индивидуални интереси странака. Међутим, брже успостављање стабилности правних односа, која је у јавном интересу, и олакшање дужниковог положаја, што је постигнуто кратким роковима застарелости, не могу да превагну над положајем повериоца. То је још очигледније када се узму у обзир околности да је у савременом праву право повериоца на судску заштиту заштићено као уставно право и основно право човека (између осталог, у члану 6 Европске конвенције о људским правима – ЕКЉП).

⁵⁶ За ово решење одлучили су се рецимо Немачка и Француска, а налазимо га и у CESL и PICC. У Аустрији је такво реформно решење предложено, али још није усвојено.

⁵⁷ Такво решење је предложено у PECL и DCFR, а од држава га је остварила рецимо Данска.

четак тока рока јесте у томе што терет тврдње и доказивања у погледу околности који се налазе у сфери повериоца лежи на повериоцу, а не на дужнику. (Zimmermann 2002a, 107; Lando *et al.* 2003, 177–178). Дужник може да се ослони на објективни почетак рока, док изузетак којим се утемељује застој застаревања доказује поверилац. Друга предност је у томе што се већ из законског уређења јасно види да је услов за почетак тока рока (такође) доспеће захтева – оно покреће ток рока, а неупознатост са захтевом затим прави застој (Lando *et al.* 2003, 177). Доспеће захтева је предуслов за ток рока и у систему са субјективним почетком рока али је до тог закључка треба доћи тек логичким тумачењем закона (застаревање против повериоца не може да тече док он не може да остварује захтев, што, наравно, није могуће ако захтев уопште још није настао ни доспео). Правни лаик то може да превиди. Уређење са застојем застаревања може да има психолошку предност и за повериоца. Такође, правном лаику може да буде тешко да схвати која врста и количина информација ће се сматрати правнорелевантним упознавањем које утиче на ток рока застаревања; можда ће такође погрешно сматрати да ће ток рока покренути тек правно одређење захтева након што се посаветује са адвокатом. Уколико сам буде погрешно проценио у ком тренутку се упознао са захтевом (правно релевантно), можда ће предуго одгађати његово остваривање. Пошто ће поверилац-лаик инстинктивно мислити првенствено на почетак тока рока и његову дужину, опасност да ће захтев због сопствене погрешке остварити са закашњењем биће већа у уређењу у којем је почетак тока рока субјективно условљен. Но, међутим тамо где неупознавање „само“ прави застој застарелости, а иначе рок почиње да тече у објективно одредивом року, просечан лаик ће највероватније првенствено покушати да поступа по том објективном року и прво ће потражити савет стручњака; уколико се са захтевом буде упознао касно, то му неће ићи на штету јер ће ток застаревања бити у застоју.

Кратак субјективни рок пак ни као општи рок застарелости не постоји самостално већ је обично допуњен још прилично дужим објективним роком који би требало да обезбеди да дужник не буде изложен захтеву (иако поверилац није упознат са њим) неограничен временски период.⁵⁸ Тамо где је застој тока застарелости субјективно

⁵⁸ Историјски, комбинација субјективног и допунског објективног рока прво се појавила у вези са захтевима за накнаду штете, а у Европи преовлађује и данас. Временом је у већем броју уређења преузета и за одређене насљедноправне захтеве, често и за захтеве у вези са богаћењем, а према савременим смерницама остварује се и као општи рок застарелости примењив на већину захтева.

условљен, допуњују се два објективна рока – краћи, који може да буде у застоју, и дужи, максималан период, који не може да буде у застоју и после чијег истека захтев у сваком случају застарева. Не постоји јединствено решење дужине допунског објективног рока, али преовлађује десетогодишњи рок, док дужи рок обично важи само за захтеве за накнаду штете, нарочито за тзв. личну штету.⁵⁹ Уколико објективни рок допуњује општи субјективни рок, почетак његовог тока обично се везује за доспеће захтева јер је то најранији моменат у којем поверилац може да оствари захтев. Посебности пак важе за објективни рок који допуњује субјективни у одштетним захтевима, за које се почетак течења рока уређује тако што се везује или за моменат штетног догађаја или за моменат настанка штете.⁶⁰

4.1.2. ЗЗП и ЗОО

С обзиром на то да су се савремене идеје о кратком општем року за застарелости условљеном субјективном везном околношћу за почетак његовог течења појавиле тек пред крај 20. stoleћа и да су првенстве-

⁵⁹ Такве дужине је објективни рок који допуњава општи субјективни рок или замењује период застоја застарелости, у свим инструментима модела, у Немачкој (где је десетогодишњи рок један од два допунска рока која истовремено постоје и тече од настанка штете) и у Данској. Десетогодишњи објективни рок је прописан као допунски рок за захтеве за надокнаду штете и захтеве у вези са богаћењем у швајцарском праву и за одређене захтеве за накнаду штете у шведском праву, док у Аустрији допуњује субјективни рок у захтевима из уговора о осигурању. Француска познаје двадесетогодишњи објективни рок који допуњује краћи општи субјективни рок, док Низоземска и Белгија двадесетогодишњи објективни рок остварују само као допунски рок за одштетне захтеве. Тридесетогодишњи рок познају Аустрија (као објективни рок који допуњује субјективни у одштетним захтевима и у неким захтевима из области наследног права), Немачка (где је тридесетогодишњи рок један од два допунска рока која истовремено постоје и тече од штетног догађаја даље) и Данска (где важи у случају личне или еколошке штете уместо десетогодишњег допунског рока). Иначе, у неким другим уређењима тридесетогодишњи рок је афирмисан као допунски рок за одштетна потраживања због посебних видова штете (нарочито еколошке штете, штете због јонизујућих зрачења и сл. – види нпр. швајцарско, низоземско, шпанско уређење и др.).

⁶⁰ У литератури је погодност везног тренутка у одштетним захтевима већ дуже време предмет дискусије без јасних одговора. Дискусија превазилази домет овог рада, али треба поменути да судска пракса Европског суда за људска права у последње време указује на то да барем у случајевима личне штете било какво ограничавање објективним роковима може да буде проблематично.

но биле условљене искуствима држава у којима су до тада преовлађавали веома дугачак општи рок застарелости и преобиље посебних рокова застарелости, Константиновићевој концепцији уређења застарелости из средине 20. века заиста не може много да се приговори. Наиме, полазећи од уређења у ОГЗ, Константиновић је, као што је већ објашњено, отклонио бројне недостатке аустријског законика, а нарочито одлучно предугачак општи рок застарелости. При томе не треба previdети да је одређивањем десетогодишњег објективног рока заправо поштовано опште правило да су, са аспекта заштите повериоца, неспојиви кратак рок и објективна везна околност за његов почетак. Десетогодишњи рок је довољно дугачак да се њиме положај повериоца углавном не угрожава. И не на крају, то се види из модерних смерница уређења застарелости где је кратак субјективни рок допуњен дужим, управо десетогодишњим максималним објективним роком. У том погледу ЗЗП је својевремено спадао у најсавременије законе.

Скуп посебних рокова застарелости тада, према предвиђањима, још није био толико несавладив да би могао да побуђује озбиљне сумње у правну сигурност корисника система. Додуше, истина је да је одређивање нове категорије потраживања за која је важио двогодишњи рок било највероватније непотребно – грешка је брзо отклоњена ступањем на снагу 300. Учесници у припреми 300 су пак – уважавајући чињеницу да је у 300 општи рок застарелости чак скраћен напола – ипак посветили недовољно времена размишљању о потреби даљег постојања свих осталих кратких посебних рокова застарелости. То се нарочито односи на потраживања за која је важио једногодишњи рок застарелости. У германском правном окружењу ниједан од правних система (немачки, аустријски, швајцарски) не познаје тако кратак рок за упоредиве врсте потраживања – рецимо, трогодишњи или петогодишњи рок, иако се дужина рока утврђује на основу потпуно истих разлога као код нас.⁶¹ Укидање једногодишњег рока можда би било проблематично када би га заменио општи петогодишњи рок. Резервни трогодишњи рок који је, рецимо, важио и за остала повремена потраживања не би суштински, односно несразмерно отежавао положај дужника у одбрани у поступку.

⁶¹ Као што су опасност претераног оптерећивања дужника због гомилања повремених и других учесталих потраживања и за дужника специфични изазови доказивања да су испуњени свакодневни послови мањег значаја (Schwimann, Kodek 2016, 1467, и Fenuves *et al.* 2012, роб. бр. 3 к §1486 за ABGB; Honsel *et al.* 2007, 743, за ОР; Mansel 2001, 374, за BGB).

Осетно краћи петогодишњи општи рок застарелости из 300 по дужини и подручју практичне примене сам по себи, и поред своје објективне природе, није био много проблематичан. Пошто се примењивао претежно на захтеве уговорног карактера, могло се очекивати да ће се у пет година од доспећа захтева поверилац са тим захтевом и са дужником сигурно упознати. Неупознавање са таквим захтевима је заправо редак изузетак – у уговорном односу поверилац је по правилу већ од почетка упознат са садржајем односа и захтевима који из њега произлазе, као и, наравно, са саговорачем. Другачија је ситуација са неуговорним захтевима, нарочито за накнаду штете, а претежно и са захтевима у вези са богаћењем, па и са уговорним захтевима за накнаду штете. У захтевима те врсте знатно су учесталије ситуације да поверилац не зна за околности на којима се заснива захтев (настанак штете, штетно поступање; прелазак имовине, непостојање правног основа) и/или за проузроковача штете, односно за богаћење. Најпогоднији начин за решавање тог проблема јесте везивање почетка течења застарелости за субјективну околност, то јест за упознавање повериоца са захтевом и дужником. За деликтне одштетне захтеве трогодишњи субјективни рок у комбинацији са дужим допунским објективним максималним роком важио је и у ОГЗ и у ЗЗП, а затим и у ЗОО. То решење је, упоредноправно, и данас готово универзално усвојено, а у неким правним системима се у одређеним случајевима остварује чак искључиво субјективни рок. У поређењу са ЗЗП, у којем је важио десетогодишњи објективни допунски рок, законодавац је скраћивањем тог рока на пет година (највероватније по инерцији – јер је исто толико скратио и општи рок застарелости) оштећеног ставио у битно неповољан положај. Због краткоће петогодишњег рока у случају неуговорних односа може да се догоди да захтев повериоца застари због тога што је истекао објективни рок још пре него што је субјективни рок уопште почео да тече, дакле још пре него што се оштећени упознао са захтевом и проузроковачем штете. Додуше, оштрину кратког рока унеколико ублажава околност да тече од тренутка настанка штете, а не већ од штетног догађаја (као што важи у одређеним страним правним системима), али тиме нису отклоњени сви недостаци. Можда се на тај начин решава са аспекта застарелости горући проблем латентне штете (карактеристичан случај су болести са дугим латентним периодом, нпр. азбестне болести), која се манифестује тек након дугог низа година или деценија од штетног поступања – наиме, може се сматрати да је болест, дакле штета, „настала“ тек када је постала споља препознатљива. С друге стране, пак, не решавају се проблеми када дуже времена није регистровано да је оштећеном причињена друга врста штете (на пример, због тога што је проузрокована на ствари која се ретко употребљава

или коју поверилац не контролише стално јер ју је проузроковач дуже време успешно прикривао или пошто дуже време није позната правно релевантна узрочна веза) или пак када му није познат проузроковач штете. Петогодишњи објективни допунски рок је тада био упоредно-правни раритет.⁶² У време доношења 300, у важећем старом немачком BGB (пре реформе) и аустријском ОГЗ је, рецимо, био одређен чак тридесетогодишњи допунски рок, а у швајцарском ОР десетогодишњи (истина, сва три су се односила на штетно поступање).⁶³ Данас допунски објективни рокови упоредноправно такође остају дугачки, а у области одштете за тзв. личну штету (због задирања у живот, тело, личност човека и достојанство, као и полни интегритет) у одређеним правним системима се чак и укидају.⁶⁴

⁶² Изузетак у том смислу је Италија, где и данас знају само за петогодишњи објективни рок који тече од штетног поступања и где субјективни рок за застаревање одштетних захтева уопште не познају (чл. 2947 *Codice Civile*).

⁶³ § 852 BGB (предреформска варијанта); § 1489 ОГЗ; чл. 60 ОР (предреформска варијанта). Додуше, у ОГЗ се не одређује изричито тренутак почетка тока рока, при чему се аустријска судска пракса заснива на ставу да тај рок тече од штетног догађаја, а барем новија теорија на ставу да тече од настанка штете (вид. напомену 20).

⁶⁴ У Немачкој после реформе општи рок застарелости важи и за одштетне захтеве за обичну штету, што подразумева комбинацију трогодишњег субјективног и десетогодишњег објективног рока који тече од настанка штете, као и још једног тридесетогодишњег објективног рока који тече од штетног поступања (релевантан је онај објективни рок који истиче први). За личну штету важи, осим субјективног рока, само тридесетогодишњи објективни рок који тече од штетног поступања; за намерно проузроковану личну штету субјективни рок пак не важи већ само тридесетогодишњи објективни рок повезан са настанком штете. Вид. §§ 197 и 199 BGB. У Швајцарској су реформом из 2020. године продужили субјективни рок на три године, а објективни допунски рок за одштетне захтеве за личну штету, који тече од штетног поступања, на двадесет година (чл. 60 ОР). У Низоземској важи комбинација петогодишњег субјективног и двадесетогодишњег објективног рока; изузетак чине еколошка штета и штета због опасних супстанци за које, осим петогодишњег субјективног, важи и тридесетогодишњи објективни рок. Према новом решењу, за личну штету (уместо раније важеће комбинације петогодишњег субјективног и тридесетогодишњег објективног рока везаног за штетно поступање) важи само петогодишњи субјективни рок (вид. чл. 3:310 *Burgerlijk Wetboek*). У Данској се та област уређује слично као у Немачкој, с тим што само за подручје одштета због професионалних болести по новом важи још само субјективни рок (§3 *Forældelsesloven*). У Француској важе десетогодишњи и двадесетогодишњи објективни рок (не допуњава га субјективни рок) за одштетне захтеве због личне штете (телесних повреда), односно штете проузроковане мучењем или сексуалном злоупотребом малолетне деце, који теку од стабилизације штете (чл. 2226 *Code Civil*), а десетогодишњи субјективни рок за случајеве еколошке штете (чл. 2226-1

Поменуто је већ да је недостатак ЗЗП била нејасноћа када почиње да тече рок за уговорне одштетне захтеве – а у ЗОО није искоришћена прилика да се недостатак отклони. Приликом доношења ЗЗП, као и ЗОО, законодавац је пропустио још једну прилику да можда, по угле-ду на швајцарско право, комбинацију субјективног и објективног рока застарелости, осим за деликтне одштетне захтеве, уведе и за захтеве по основу богаћења. За њих је тако важио општи објективни рок застарелости, што је његовим скраћивањем на пет година могло по-стати проблематично. Наиме, у спектар захтева те врсте спада и део оних код којих – слично као код одштетних захтева – може доћи до ситуације да поверилац дуже време не буде упознат са околностима захтева. У вези са захтевима неоснованог богаћења ваља додати и да само подређивање тих захтева режиму комбинованог субјективно-објективног рока неће отклонити све проблеме у вези са њима. Нарочи-то уређење захтева који су сродни захтевима за испуњење, према којем за захтеве за испуњење важи један рок, а за захтеве у вези са неоснова-ним богаћењем сасвим други рок застарелости, изазива конфузију код обе странке правног односа уређења застарелости.⁶⁵ Карактеристичан случај су захтеви за повраћај који потичу из неважећих или ништавих уговора за које би иначе за захтеве за испуњење важили другачији ро-кови⁶⁶ или пак захтеви који би, уколико би постојао важећи правни основ били захтеви за испуњење па би за њих важио другачији рок.⁶⁷ Те потешкоће⁶⁸ се могу отклонити решењем за које се залажу творци савремених реформских академских модела: јединствен општи рок за-старелости који је субјективног карактера и важи за већину захтева, укључујући кондикцијске.

Code Civil). У Белгији за одштетне захтеве важи комбинација петогодишњег субјективног и двадесетогодишњег објективног рока (чл. 2277 *et seq.*, *Burgerlijk Wetboek*).

⁶⁵ Тај проблем је пре реформе био познат и у Немачкој (вид. Peters, Zimmermann 1981, 292).

⁶⁶ На пример, када би за уговорне захтеве важио трогодишњи рок, а за кондикцијске захтеве петогодишњи рок.

⁶⁷ На пример, када треба да се плати накнада за коришћење која је по природи сродна најамнини, али за прву важи петогодишњи рок, а за потоњу (као повремено потраживање) трогодишњи рок.

⁶⁸ Па и многе друге, на пример, потешкоће у избору правилног захтева и њему одговарајућег рока застарелости када је у питању конкуренција захтева у вези са богаћењем и одштетних захтева за које су у ЗЗП и ЗОО важили различити рокови застарелости.

Још неколико других, нових одредаба 300 није било најбоље дорађено, а детаљније разматрање тог питања превазилази обим овог рада. Укратко, треба поменути уређење застарелости за захтеве из уговора о осигурању који су делимично подвргнути субјективном року, међутим, режим је био непотребно компликован, али би га било могуће поједноставити;⁶⁹ изненађујуће је и уређење застарелости захтева зајмопримца за предају ствари која је предмет зајма⁷⁰ и регресног захтева послодавца према запосленом односно правног лица према члановима органа правног лица за надокнаду штете трећем лицу,⁷¹ за који су рокови објективни и изузетно кратки.

4.2. Остали елементи система застарелости

Каталог разлога за застој и прекидање течења рока застарелости у 33П и 300 био је класичан и није одступао од упоредивих правних система, а у одређеним погледима био је и напреднији.⁷² Исти разлози су углавном остали и у савременом праву, које им додаје првенствено један разлог за застој или за одлагање истицања рока: време преговора

⁶⁹ На пример, чл. 380, ст. 1 300 (који, међутим, није оригинална идеја аутора 300 већ потиче још из Константиновићеве Скице). Истини за вољу, не постоји посебно основан разлог за покретање тока застаревања потраживања осигураваача; наиме, постоје два различита режима зависно од околности да ли је осигураваач за наступање осигуравајућег случаја сазнао још у години његовог наступања или тек касније.

⁷⁰ Чл. 559 300.

⁷¹ Чл. 170 и 172 300.

⁷² Шире одређење несавладивих препрека уместо више силе; проширење ефеката застоја застаревања и на потраживања између ванбрачних партнера. Треба напоменути да се у академским моделима у односима међу супружницима не предвиђа више разлога за застој застаревања; и мањем делу правне литературе постоје мишљења да у том односу застој није одговарајући (вид. нпр. Zimmermann 2002а, 140). Тај став је дискутабилан и националне регулативе га нису усвојиле у реформама већ су задржале разлог за застој застаревања. Друга новина академских модела (усвојила ју је и немачка регулатива) јесте то што се радње повериоца за остваривање захтева (нпр. тужба и сл.) сврставају у разлоге за застој тока рока уместо у разлоге за његово прекидање. Крајњи ефекат је сличан јер крај поступка обично резултира било успостављањем јудикатног потраживања било одбијањем захтева са дејством *res judicata*. Због тога је само ретко могуће да се исто потраживање поновно остварује како би могла да се прикаже разлика између тога да ли је рок поновно текао од почетка или ће даље тећи само остатак рока који још није протекао.

између странака о спорном захтеву.⁷³ Постоје убедљиви аргументи за његово увођење. Залагања за мирно и споразумно решење спора треба подржати јер је за странке тог односа по правилу финансијски, психолошки и логистички повољније – ризик и неизвесност у погледу решења спора су мањи, остварена је уштеда на трошковима формалних механизма за решавање спорова, странке саме себи диктирају ток преговора, а споразумно решење спора је за обе странке прихватљивије јер је у питању по правилу узајамно попуштање и ниједна странка не „побеђује“ нити „губи“. Преговори могу да трају дуго, због тога поверилац ризикује да ће његов захтев у међувремену застарети; дужник може привидном спремношћу за преговарање да обмане повериоца и убеди га да не остварује захтев.⁷⁴ Терање повериоца на судско остваривање захтева да би избегао застаривање изузетно негативно утиче на преговоре.

У савремено доба, одредбе о застоју застаривања потраживања лица запослених у домаћинству послодавца и потраживања поверилаца који се налазе у војној служби упоредноправно су ретке, архаичне појаве, а целисходност њихове даље примене упитна. Уникум са снажном дискутабилном додатом вредношћу у данашње време је и одлагање истицања рока застаривања у случају служења војног рока. У време ступања на снагу ОГЗ (из којег потиче одредба о утицају војне службе), боравак повериоца у иностранству због војне или државне цивилне службе представљао је озбиљну препреку за остваривање захтева јер је тада комуникација, с обзиром на технолошку неразвијеност, била отежана. У савремено доба уобичајене мисије у иностранству више не значе потпуну одсеченост од домовине; осим тога, судско остваривање захтева претежно се одвија уз помоћ овлашћених лица, односно опуномоћеника. Слично важи и за време служења војног рока. У околностима конкретних случајева, било би подесније процењивати стварну нарушеност могућности приступа суду и положаје разматрати у контексту непремостивих препрека за остваривање захтева.

У погледу ефеката и последица застарелости уређења, ЗЗП и ЗОО у време њиховог ступања на снагу нису суштински одступали од упоредноправних уређења, а значајније концептуалне промене за сада не

⁷³ Тај разлог налазимо у немачком и швајцарском правном систему, у практично свим академским реформским моделима, а признаје га и аустријска судска пракса.

⁷⁴ Дужникове приговоре застарелости у таквим случајевима упоредноправна уређења су још пре увођења новог разлога за застој течења рока разматрала у оквиру начела добре вере и права (вид. Zimmermann 2002a, 143).

налазимо ни у савременом праву. Нешто је другачији само угао посматрања ефеката: PECL, DCFR, CESL и немачко уређење ефекат застарелости одређују са становишта дужника.⁷⁵ Истицањем рока застарелости наступа застарелост која ствара право на одбијање испуњења обавезе, другим речима: приговор против захтева повериоца (Palandt, 2017, 249). У ЗЗП и 300 је, с друге стране, било одређено да застарелост наступа истицањем времена, а тиме престаје и право на захтев за испуњење обавезе (аспект повериоца), а затим се сасвим одвојено додаје да суд не сме да се обазире на застарелост уколико се дужник на њу не позива.⁷⁶ Угао посматрања који се усредсређује на права дужника омогућује јасније правно-теоретско извођење положаја уколико дужник не уложи приговор: тек употребом приговора „гаси“ се материјалноправни захтев и обавеза мења у натуралну обавезу, а неупотреба оставља захтев нетакнутим и такође утуживим.⁷⁷ Текстуализација каква је понуђена у ЗЗП– и 300, наравно, ни у чему није била судбоносна, као ни остале неконзистентности, које су највероватније биле последица непрецизне редакције – са номотехничког аспекта би било адекватније коришћење јединственије терминологије. Наиме, застаревају захтеви, а изузетно право из којег потичу захтеви, а не потраживања, обавезе, дугови и слично, што све су термини који се спорадично могу пронаћи у оба закона.

4.3. Аутономија странака у вези са застаревањем

Одредбама ЗЗП и 300 изричито је искључена могућност да странке правним послом продуже или скрате законски прописани рок застаревања или да одреде да застаревање одређено време неће тећи.⁷⁸ У ЗЗП је та одлука тада највероватније деловала смислено – у поређењу са немачким или аустријским системом, у којима је уз тридесетогодишњи општи рок застаревања допуштено барем договорно скраћивање рокова, нови десетогодишњи општи рок из ЗЗП

⁷⁵ PECL, чл. 14:501/1, DCFR, чл. III-7:501/1, CESL, чл. 185/1, BGB, § 214, ст. 1.

⁷⁶ На аспект повериоца усредсређују се, рецимо, и PICC (чл. 10.1/1) и LC (чл. 1/1).

⁷⁷ Једнаки су и теоријски ставови у Швајцарској, чији ОР иначе не садржи никакву изричиту одредбу о дејству застаревања (Honsell *et al.* 2007, 792). У одређивању дејства застаревања аустријско решење је архаично; предложена је реформа у складу са немачким уређењем (вид. Bundesministerium Justiz, Textvorschlag Verjährung, <https://www.bmj.gv.at/themen/Zivilrecht/Reform-des-Verj%C3%A4hrungsrechts.html>, 5).

⁷⁸ Члан 5 ЗЗП, члан 364. 300.

чинио се довољним компромисом, у који странке правног односа не би требало да задиру како мењањем појединачних елемената не би поништиле циљеве и сврхе уређења застаревања. Такође, рецимо Швајцарска усваја десетогодишњи општи рок, али аутономију странака забрањује.⁷⁹ Првим предлогом ЗОО (што је могуће пронаћи у литератури) – уважавајући осетно скраћење законски утврђеног општег рока застаревања – била је предвиђена могућност продужавања рокова, али је југословенска теорија аутономију странака на подручју застаревања претежно одбацивала истичући јавне интересе.⁸⁰ Предлог због тога није био усвојен.

Но, међутим, већа уговорна аутономија странака једна је од смерница савременог уређења застаревања, и то (без обзира на тежњу за увођењем кратких субјективних рокова) у оба правца: и у погледу могућности олакшавања и у погледу отежавања наступања застаревања.⁸¹ Бојазан да би странке непромишљеним интервенисањем прекомерно искривиле циљеве застаревања може се спречити преваходно одређивањем минималног и максималног периода који може да протекне до наступања застаревања, чега се уређења која омогућавају аутономију и послужују. Осим тога, мора да постоји могућност судске контроле поштености таквог договора, односно његове усаглашености са прописаним ограничењима – најпогодније је, у случају да је неусаглашен договор ништав, да се последично примени законски режим. У сваком случају, уговорна аутономија претпоставља одређени степен зрелости и рационалности странака. С једне стране, изричит уговорни договор о режиму застаревања за странке представља познато право. Странке на то питање већ од самог почетка обраћају

⁷⁹ Још у реформи швајцарског уређења застаревања из 2020. године страх од поништавања циљева и намена застаревања кумовала је одбијању могућности увођења аутономије странака (вид. *Obligationenrecht: Revision des Verjährungsrechts, Bericht über das Ergebnis des Vernehmlassungsverfahrens, Bundesamt für Justiz, August 2012, 13–14*). Међутим, ни швајцарско уређење није сасвим круто. Одредба члана 120 ОР у пракси се тумачи флексибилно – њен домет се своди само на рокове из поглавља ОР о застаревању (према томе, важи за општи рок застарелости, за петогодишњи посебан рок за потраживања свакодневног живота и сл.), али не и на рокове из других делова ОР и из других закона. За њих је дозвољено продужавање до десет година и скраћивање рока које је поштено према повериоцу.

⁸⁰ Тако објашњава Цигој (1984, 1153), који је иначе лично сматрао да је петогодишњи општи рок за непрофесионалне субјекте на тржишту изузетно кратак и залагао се за могућност договорног продужавања. Под утицајем ОГЗ, одређени аутори су били склони могућности евентуалног договорног скраћивања рокова.

⁸¹ Допуштају је, рецимо, академски реформни модели и немачко уређење.

посебну пажњу и последично су и унапред упознате са тим колико времена ће имати на располагању за остваривање захтева, односно за одбрану од њега, па у ту сврху могу да уложи одговарајућу енергију и средства. На системском нивоу то подразумева и поједностављивање уређења застаревања јер странке могу одређивањем сопственог режима застаревања да избегну потенцијалне неизвесности у вези са тиме који ће законски рок застаревања важити за њихов однос. С друге стране, уговорна аутономија подразумева и одређени ризик да ће крајњи резултат бити ван законски дозвољених оквира мењања уређења застарелости. Странке ће променити више елемената, већи је ризик јер њихово садејствовање може да буде непредвидљиво, а често ће бити видљиво тек *post festum*. Разумне странке ће мењати што мање да би резултати били предвидљиви; наиме, претпоставка за већи обим промена биће добро разумевање система застаревања јер, у супротном, то може бити мач са две оштрице.

С обзиром на то, права уговорна аутономија погодна је само за односе равноправних субјеката. Веће ограничење аутономије погодно је, на пример, за потрошачке уговоре јер би потрошачи, у супротном, могли често да буду подвргнути мењању режима застаревања на њихову штету. Такође, не може да се тврди да просечан потрошач коме су услови наметнути обраћа неку посебну пажњу на њихов садржај. Могу да се потпуно искључе промене на штету потрошача или пак да се предвиди општа могућност судске контроле поштености услова у којима није могуће неразумно одустати од начела која је законодавац имао у виду када је уређивао застаревање (вид. нпр. Palandt 2017, 232).

4.4. Преклузивни рокови

Обим овог рада премашује детаљнију дискусију о материјалноправном институту преклузије у приватном праву. Укратко, треба напоменути да је у ЗЗП била унета одредба, која је касније преузета у ЗОО, којом је била искључена примена одредаба о застаревању на преклузивне рокове, дакле рокове по чијем истицању се потпуно гаси само право. Иако је то можда добронамерна одредба намењена лакшем раздвајању својстава рокова застарелости и преклузивних рокова, изузетно је уставноправно проблематична са савременог становишта. Наиме, њоме се, између осталог, искључује и свака примена правила о застоју

течења рокова;⁸² међу разлозима који диктирају застој застаревања налазе се и они који корисника права потпуно спречавају да оствари спорни захтев или право, као што је постојање несавладивих препрека или процесна неспособност корисника права. Ситуација у којој повериоца, објективно посматрано, у кратком преклузивном року не би могао да остварује своје право, па би право после истека рока ипак било неповратно изгубљено, сигурно би представљао задирање у уставно и конвенцијски заштићено право повериоца на судску заштиту. То задирање би могло да има оправдање само у изузетним случајевима у којима је коначно разрешење односа од толико великог значаја да би одлагање наступања преклузије због застоја тока рока било у супротности са јавноправним интересима или остваривање права после одређеног времена више не би постигло праву намену. Међутим, прегледом палете преклузивних рокова у националним уређењима може брзо да се уочи да постоји већи број рокова који не подразумевају такве изузетне случајеве.

5. ЗАКЉУЧАК

Константиновићев систем застаревања који је заживео у ЗЗП у то време је значио добру равнотежу између континуитета добро познатог ОГЗ и отклањања његових најочигледнијих недостатака. Управо ово потоње је омогућило да се ЗЗП у свом језгровитом облику – са одређеним мањим променама које су донели ЗОО, а после распада Југославије и национална законодавства – у суштини примењује и данас. Такође, треба узети у обзир да су савремене смернице застаревања које теже нешто другачијој концепцији застаревања (концепт кратког општег субјективног рока или другачијег утицаја упознатости повериоца са захтевом на ток рока и дужег допунског објективног рока, смањење броја посебних рокова, већа уговорна слобода странака у вези са режимом застаревања) последица практичних проблема који се јављају због све веће непрегледности европских система застаревања, која у време настајања ЗЗП можда још није била толико изражена колико неколико деценија касније. Такође, последица су и савременијег и све ширег дискурса о људским правима и слободама, који до одређене мере треба поштовати и приликом

⁸² У аустријским и немачким прописима, где преклузија није систематски регулисана, дозвољена је разумна употреба одређених елемената застареле, посебно правила о застоју застаревања. Негде то изричито дозвољава закон, другде тако одлучује јуриспруденција.

озакоњавања правила у хоризонталним односима између појединаца у приватном праву. Одатле и усредсређивање не само на положај дужника већ и на положај повериоца – наиме, застаривање угрожава његово конвенцијско и уставно право на судску заштиту. Иако у светлу савременог права и Константиновићеве идеје имају недостатке који су приказани у овом раду, ипак се чини да би без тих идеја системима застаривања у државама некадашње Југославије данас реформе биле много више потребне него што то сада можемо да тврдимо.

ЛИТЕРАТУРА

- [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 Extinctive Prescription in European Property Law. *European Property Law Journal* 1: 154–166.
- [10] Константиновић, Михаило. 1969. *Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима*. Београд: Центар за документацију и публикације Правног факултета у Београду.
- [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. *Zivilrechtswissenschaft 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 državlanskega zakonika*, ur. Ada Polajnar Pavčnik. Ljubljana: GV Založba.
- [14] Николић, Душан. 3/2010. Утицај истакнутих правника на обликовање права у Европи и Србији. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 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>, последњи приступ 10. јула 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 Verjährungsrecht – ein Vorbild für Europa? 7 i nasl. Ingo Koller, Herbert Roth, Reinhard Zimmermann. *Schuldrechtmodernisierungsgesetz*. 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.

УДК 347.451(497.11) ; 347.124(497.11)

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK13A

Др Ненад ТЕШИЋ*

О ПРОТИВПРАВНОСТИ ЦЕСИЈЕ У БЛОКАДИ: ПРИЛОГ ТЕОРИЈИ О ПОСТОЈАЊУ ЗАБРАЊЕНИХ УГОВОРА КОЈЕ НЕ ПРАТИ САНКЦИЈА НИШТАВОСТИ

Цесија је један од уобичајних послова у савременом привредноправном промету. Слично се може рећи за уступање уместо испуњења – посебну врсту цесије када дужник на име дуговане чинидбе уступи повериоцу своје потраживање. Из угла платног промета, посредно испуњење новчане обавезе путем цесије је начело дозвољено, са истом правном снагом као и плаћање путем рачуна (непосредно испуњење новчане обавезе). Према закону, правна лица и предузетници могу међусобне новчане обавезе измиривати и уговарањем промене поверилаца, с тим што таква трансакција није допуштена уколико су њихови рачуни у тренутку плаћања блокирани ради извршења принудне наплате. Прихваћени нормативни приступ, без изречног прописивања грађанскоправне санкције за правни посао супротан забрани, отвара простор за различита тумачења, што у српском праву често не значи ништа друго до „устоличење правне несигурности“.

Кључне речи: *Цесија. – Блокада рачуна. – Забрањени уговори. – Прекршај. – Ништавост.*

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, nenad.tesic@ius.bg.ac.rs.

1. УВОД

Ако се у српском праву нешто може назвати сизифовским послом, онда је то усаглашавање судске праксе у погледу уговора о цесији. Само што је утихнула расправа о томе да ли се чл. 48 Закона о извршењу и обезбеђењу (2015)¹ суштински разликује од некадашњег чл. 23 ЗИО (2011)², којим поводом је Привредни апелациони суд (ПАС) успео у „епском подухвату“ да направи разлику у правним последицама између прелаза и преноса потраживања³, након чега су били неопходни правни став Врховног касационог суда (ВКС)⁴, аутентично тумачење законодавца⁵ и одлука Уставног суда РС (о допуштености уступања потраживања утврђеног извршном исправом)⁶, изнова је отворено питање које нам се чинило давно решеним⁷, а тиче се допуштености цесије предузете од cedenta чији је рачун у блокади.

¹ Закон о извршењу и обезбеђењу – ЗИО, *Сл. гласник РС* 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење и 54/2019.

² *Сл. гласник РС* 31/2011, 99/2011 – др. закон, 109/2013 – одлука УС, 55/2014 и 139/20.

³ Такво рестриктивно тумачење односне норме извргли смо благовремено оштрој критици. Тешић 2017, 75–108.

⁴ „Правила о промени извршног повериоца и извршног дужника у току извршног поступка суштински су непромењена, без обзира на чињеницу што је сада наслов чл. 48. ‘Прелаз потраживања’ уместо ранијег ‘Пренос и прелаз’ и што су извршним исправама додате и веродостојне исправе. Очигледно је да је нови закон оба појма ујединио у један (прелаз потраживања).“ Правни став усвојен на седници Грађанског одељења ВКС одржаној 19. септембра 2017.

⁵ Аутентично тумачење одредбе чл. 48 Закона о извршењу и обезбеђењу, *Службени гласник РС* 106/15 и 106/16 – аутентично тумачење објављено је у *Сл. гласнику РС* 61, у Београду, 14. децембра 2017. године Народна скупштина Републике Србије, председник Маја Гојковић, с.р. Опширније видети у Тешић 2018, 364.

⁶ „Имајући у виду наведено, као и то да се тумачење садржине одредбе чл. 48. ст. 1. ЗИО изражено у оспореном акту разликује од аутентичног тумачења доносиоца спорне норме, Уставни суд оцењује да се, у конкретном случају, као произвољан исказује закључак Привредног апелационог суда у оспореном решењу да подносилац уставне жалбе не може бити извршни поверилац у том поступку, јер до промене извршног повериоца означеног у извршној исправи и оног означеног у предлогу није дошло прелазом, већ преносом потраживања закљученим у складу са одредбом чл. 436. ст. 1. 300. На основу изложеног и одредаба члана 89. ст. 1. и 2. Закона о Уставном суду [...], Уставни суд је у тачки 1. изреке усвојио уставну жалбу, те утврдио да је [...] повређено право подносиоца уставне жалбе на правично суђење, зајемчено одредбом чл. 32. ст. 1. Устава, док је у тачки 2. изреке поништио оспорено решење и одредио да исти суд поново одлучи о жалби извршног дужника.“ Уставни суд, Уж-10097/2016, 25. 4. 2019.

Дилему која је овом приликом доспела у средиште наше пажње, ПАС је језгровито форумулисао на следећи начин:

„Да ли су ништави правни послови закључени, одн. извршени противно одредби чл. 46. ст. 3. Закона о платном промету и касније одредби чл. 5. ст. 2. Закона о обављању плаћања правних лица, предузетника и физичких лица која не обављају привредну делатност?“⁸

Правна недоумица о којој је реч покреће читаву „лавину“ претходних (пот)питања. На овом месту навешћемо само неке..

Да ли је забрањена свака цесија, без обзира на то да ли су цедент и цесионар претходно били у неком дужничко-поверилачком односу, или само она цесија којом цедент упркос блокади рачуна измирује постојећу новчану обавезу? Да ли се прописана забрана односи на облигационоправно дејство цесије или на платнопрометну радњу којом се на рачуну учесника евидентира претходно извршено плаћање? Да ли се забраном цесије у блокади штити јавни интерес или приватни интереси уступичевих поверилаца? Да ли је цесија упркос забрани само прекршај или је погађа санкција двоструке природе: цивилна и казнена?

Према Закону:

„Правна лица и предузетници могу међусобне новчане обавезе измиривати и уговарањем промене поверилаца, односно дужника у одређеном облигационом односу... и на други начин у складу са законом.“⁹

Правна лица и предузетници не могу измиривати међусобне новчане обавезе на начин из става 1. овог члана, уколико су њихови рачуни у тренутку плаћања блокирани ради извршења принудне наплате, осим ако друкчије није утврђено законом којим се уређује порески поступак.“¹⁰

Како одговор на постављено питање о правним последицама цесије у блокади није очигледан, до њега је могуће доћи пажљивом применом правила тумачења правних норми у складу са прихваћеним канонима.

⁷ Правним последицама цесије предузете упркос блокади рачуна бавили смо се у монографији: Продаја и пренос потраживања (Тешић 2007, 160).

⁸ Питање 24, Питања и одговори – Материјално право, Двадесет осмо саветовање судија Привредних судова Републике Србије, Радни материјал, 75.

⁹ Закон о обављању плаћања правних лица, предузетника и физичких лица која не обављају делатност, *Сл. гласник РС* 68/2015 чл. 5, ст. 1 (у даљем тексту: Закон о обављању плаћања).

¹⁰ Закон о обављању плаћања, чл. 5, ст. 2.

2. ЈЕЗИЧКО (ГРАМАТИЧКО) ТУМАЧЕЊЕ

Граматичко тумачење конкретне норме је, чини се, „од двоструког значаја, јер служи као почетна и завршна – ограничавајућа – тачка тумачења“.¹¹

2.1. Круг субјеката које погађа забрана

Ако упоредимо норму којом је дефинисан предмет Закона о обављању плаћања, да се тим „законом уређују права и обавезе правних лица, предузетника и физичких лица која не обављају делатност, у вези са отварањем текућег и другог платног рачуна, као и обављањем платних трансакција преко тог рачуна“ и норму о забрани цесије током блокаде рачуна, очигледно је да се норма коју овде тумачимо односи на нешто ужи круг субјеката. Забрана цесије током блокаде рачуна погађа само правна лица и предузетнике. Иако им је дата могућност да отворе рачун ради предузимања платних трансакција, физичка лица која не обављају делатност нису адресати предметне норме. Разлог за такво опредељење може се тражити у ставу законодавца да рачун физичког лица које не обавља делатност и не може бити блокиран.¹² Како у пракси на основу решења о извршењу ипак долази до блокаде рачуна физичких лица, остаје нам само да закључимо да су физичка лица законом изузета од прописане забране цесије у блокади.

2.2. Круг обавеза на чије се измирење забрана односи

2.2.1. Међусобне новчане обавезе

Забрани подлежу само оне цесије којима се посредно измирују међусобне обавезе.¹³ Ако нема међусобних дужничко-поверилачких односа, уговор о цесији није ни закључен ради измирења обавезе.¹⁴

¹¹ Таква улога граматичког тумачења правне норме сматра се уобичајном. W. Fikentscher, Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung, Mitteleuropäischer Rechtskreis, Band III, 1976, 670, наведено према: Samardžić 2012, 84.

¹² ЗИО чл. 310.

¹³ Према мишљењу неких аутора, плаћање не постоји ако не постоји новчана обавеза која је пуноважно настала (Радовић 2016, 26).

Обавеза коју цедент посредно измирује путем цесије мора бити новчана.¹⁵ Дакле, таква да је дужник, по правилу, дужан да исплати онај број новчаних јединица на који обавеза гласи.

Супротно томе, ако трговац нафтом и нафтним дериватима своје потраживање на испоруку одређене количине дизел горива од добављача (неновчано потраживање) уступи другом трговцу, коме одраније дугује исту или већу количину горива, измирујући неновчани дуг, јасно је да такав посао не подлеже забрани цесије прописаној Законом о обављању плаћања.

2.3. Посредно измирење обавезе се врши као платна трансакција

Према Закону, плаћање међусобних обавеза и потраживања уговарањем промене поверилаца врши се као платна трансакција између учесника.¹⁶ На такву природу цесије коју погађа прописана забрана исправно указује ПАС у једној одлуци:

„Није прихватљив материјално-правни закључак првостепеног суда да због чињенице да је у време закључења спорног уговора рачун тужиоца био у блокади, тужилац није могао своје новчане обавезе измирити на други начин, односно преносом права својине на непокретности-ма које су у његовом власништву.“ (...) „Овакво поступање уговорних страна не може се сматрати кршењем правила садржаних у принудном пропису, јер се поменути Закон о платном промету на овакав вид понашања и не односи, обзиром да се исти примењује искључиво на платне трансакције.“¹⁷

¹⁴ „На основу утврђеног чињеничног стања првостепени суд закључује да уговор о цесији чија се ништавост тражи није закључен у циљу измиривања међусобних обавеза уступиоца привредног друштва 'Arag Plus'... и стицаоца привредног друштва 'Exporto'..., да наведена привредна друштва немају међусобних дужничко-поверилачких односа, те да се стога не може применити одредба чл. 5. ст. 2. Закона о обављању плаћања...“ Пресуда Привредног суда у Новом Саду П 561/2019, 1. 10. 2019. Наведено према: ВКС, Прев. 193/2021, 14. 7. 2021.

¹⁵ Закон о облигационим односима – 300, *Сл. лист СФРЈ* 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ* 31/93, *Сл. лист СЦГ* 1/2003 – Уставна повеља и *Сл. гласник РС* 18/2020, чл. 394.

¹⁶ Закон о обављању плаћања, чл. 5, ст. 4.

¹⁷ ПАС, Пж. 2204/2015, 25. 11. 2015. Судска пракса привредних судова, *Билтен* 1/2016, *Paragraf Lex*.

Дајући одговор на слично питање о компензацији на основу Закона о платном промету, ПАС износи становиште примењиво и на забрану цесије током блокаде.

„Разматрани члан закона регулише специфичне случајеве безготовинског плаћања¹⁸ у промету... Постоје следеће суштинске разлике између трансакција плаћања (плаћање по налогу дужника и наплата по налогу повериоца), с једне стране, и разматраних облика плаћања (пренос хартија од вредности, асигнација, цесија, преузимање дуга, компензација и други начини испуњења новчаних обавеза према Закону о облигационим односима и другим законима), с друге стране. Другим речима, плаћања наведена у разматраној законској одредби представљају начине плаћања у промету, али се они разликују од трансакција плаћања, те се поставља питање разликовања означених појмова.

Постоје следеће суштинске разлике између трансакције плаћања и плаћања у смислу члана 46. Закона о платном промету.

Прва, код трансакција плаћања заиста постоји пренос динарских новчаних средстава са рачуна дужника, било да се одређена сума новца у готовини исплаћује повериоцу, или се врши пренос одређене суме новца са рачуна дужника на рачун повериоца (члан 2. тачка 25. закона). Из тог разлога се код трансакције плаћања увек смањује салдо на рачуну дужнику. Супротно томе, код компензације, као облика испуњења новчане обавезе, не постоји пренос новчаних средстава са рачуна дужника, већ се само преко рачуна учесника евидентирају обавезе измирене на један од означених начина.

Дакле, суштина разматраних облика плаћања није у преносу новчаних средстава са рачуна дужника, већ у евидентирању извршених плаћања. Пошто се обрачун спроводи у корист и на терет рачуна одређеног имаоца, то се спровођењем наведених облика плаћања не мења салдо на рачуну његовог имаоца, односно учесника, као што је то случај, на пример, приликом спровођења компензације.

Наиме, није спорно то да се према 300 новчана обавеза може испунити компензацијом (чл. 336. – 377. 300). Ако се испуњење новчане обавезе врши на описани начин, то се спровођењем описаног основа гаси потраживање повериоца, те је додатни обрачун на рачуну повериоца и дужника ирелевантан са гледишта облигационог права. Наведено

¹⁸ Чини се да овде формално није реч о „правом“ безготовинском плаћању које је антипод готовинском плаћању. О разлици између готовинског и безготовинског (жиралног) платног промета видети у Радовић 2016, 43.

потврђује и став 4. разматраног члана закона, јер предвиђа да се обавезе измирене на начин из става 1., 2. и 3. овог члана евидентирају преко рачуна код банке, најмање један пут месечно, по правилу, крајем месеца. Самим тим што законодавац говори о томе да се преко рачуна евидентирају измирене обавезе по означеном основу, говори да, суштински и временски, радње измирења обавезе путем компензације имају приоритет, а да евидентирање на рачуну има чисто формални или обрачунски карактер. Поред тога, у ставу 5. разматраног члана закона се не наводи да овај облик плаћања представља трансакцију плаћања, већ да се само врше – спроводе, као и трансакција плаћања.

Трећа суштинска разлика произилази из претходно наведене две разлике. Наиме, компензација представља плаћање према ЗОО, док евидентирање ових плаћања, тј. њихов обрачун на рачуну учесника представља плаћање сходно Закону о платном промету. Другим речима, компензација је законом прописани облик безготовинског плаћања (став 2. разматраног члана), док евидентирање или обрачун ових основа на рачуну учесника представља плаћање у смислу правила платног промета (став 4.). Дакле, плаћање у смислу разматраног члана закона по својој правној природи и правном дејству не представља акт плаћања у промету, већ чисто платну-прометну радњу којом се на рачуну учесника евидентирају претходно извршена плаћања.¹⁹

2.4. Блокада рачуна као окидач за активирање забране

Прописана забрана се односи на посредно измирење обавезе путем цесије, ако су „њихови рачуни у тренутку плаћања блокирани“. Притом то не може бити било која блокада рачуна, већ само она чији је циљ принудна наплата.²⁰ Сам Закон о обављању плаћања се не бави начином успоставља блокаде ради принудне наплате, али односно правило лако проналазимо у актуелном Закону о платном промету. Према том извору, принудна наплата са рачуна клијента врши се са свих

¹⁹ Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној 3. 4. и 26. новембра 2015. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној 30. новембра 2015. године. Судска пракса привредних судова, *Билтен* 4/2015, *Paragraf Lex*.

²⁰ Пореска управа може одговарајућим решењем одузети додељени ПИБ пореском обвезнику до отклањања уочених сметњи, на пример из разлога што овај не прима упућена писмена на регистрованој адреси седишта, што ће имати за последицу блокаду рачуна обвезника, али без наступања забране посредног измирења новчаних обавеза из Закона о обављању плаћања. Вид. Закон о пореском поступку и пореској администрацији, чл. 26, ст. 13 и 14.

рачуна клијента код банака на којима он има средства, и то на основу: „1) извршних решења пореских, царинских и других надлежних органа – према времену пријема; 2) извршних судских решења, других извршних наслова, законских овлашћења – према времену пријема; 3) налога поверилаца на основу доспелих хартија од вредности, (евидентираних) меница или овлашћења које је дужник дао својој банци и свом повериоцу – према времену пријема“.²¹

Поставља се питање да ли је за активирање забране у погледу цесије неопходно да буду блокирани рачуни обе уговорне стране или је довољно да је у блокади само цедентов рачун. С обзиром на то да законодавац употребљава множину „њихови рачуни“ и да је реч о изузетку од општег правила, то јест да је посредно измиривање новчане обавезе путем цесије начелно допуштено, могло би се помислити да је цесија забрањена само ако су блокирани рачуни и једне и друге уговорне стране, прецизније и стране која посредно измирује новчану обавезу и стране којој се обавеза измирује. Ипак, такво разумевање односне норме чини се сувише рестриктивним. Неспретно употребљена множина може се разумети као последица тежње редактора законског текста да се диспозицијом једне норме обухвате и правна лица и предузетници, као и да се забрана, осим цесије, протегне и на друге врсте посредног измирења новчане обавезе, као што су: компензација,²² асигнација,

²¹ Закон о платном промету *Сл. лист СРЈ* 3/2002 и 5/2003 и *Сл. гласник РС* 43/2004, 62/2006, 111/2009 – др. закон, 31/2011 и 139/2014 – др. закон, чл. 47, ст. 1.

²² Приступ да се забрана посредног измирења новчане обавезе активира само ако су рачуни оба уговорника у блокади, и то и оне уговорне стране која обавезу измирује и оне којој се обавеза измирује, има више смисла код компензације. На сличном становишту стоји и ПАС: „Након ступања на снагу Закона о изменама и допунама Закона о платном промету *Службени гласник РС*, 31/2011, ради спровођења компензације неопходно је и да рачуни компензанта и компензата не буду блокирани ради извршења принудне наплате.“ Видети одговоре на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној 3. 4. и 26. новембра 2015. и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној 30. новембра 2015. године. Судска пракса привредних судова, *Билтен* 4/2015, *Paragraf Lex*. Сличним поводом, Врховни касациони суд (ВКС) заузима супротно становиште да је и у случају компензације за примену прописане забране довољно да је блокади рачун стране која је дала изјаву о компензацији. „Рачун тужиоца био је у непрекидној блокади у периоду од 03.05.2011. године до 15.10.2012. године, односно и дана 30.07.2011. године када је тужени дао изјаву о компензацији, па применом чл. 46. ст. 3. тада важећег Закона о платном промету произилази

преузимање дуга²³ и др. Сматрамо да се предметна забрана активира ако је у блокади рачун оне стране која цесијом посредно измирује новчану обавезу, што се може закључити и из околности да је прекршајна санкција приписана само за субјекта који, спречавајући прилив новчаних средстава на свој рачун, путем цесије, отежава принудно намирење претходно евидетираних новчаних обавеза код банке.

2.5. Искључење дејстава забране

Чак и ако су испуњене све поменуте претпоставке за активирање забране посредног измирења новчане обавезе путем цесије, прописана забрана је без дејства ако је друкчије утврђено законом којим се уређује порески поступак. Законодавац и на том месту привилегује фискус у односу на остале повериоце, на начин да порески обвезник без обзира на блокаду рачуна може путем цесије посредно измити новчану обавезу по основу јавних прихода.²⁴

да је једнострана изјава о компензацији туженог... у супротности са принудним прописима, односно да је ништава и да не производи правно дејство применом члана 103. ЗОО.“ ВКС, Прев. 571/2019, 12. 11. 2020.

²³ Опширније о институтима преузимања дуга, приступања дугу и преузимању испуњења видети у Караникић Мирић 2010, 229–257.

²⁴ „Порески обвезници – правна лица, предузетници или физичка лица, као и фонд који обављају делатност, чији су рачуни у тренутку плаћања блокирани ради извршења принудне наплате код организације надлежне за принудну наплату, могу међусобне новчане обавезе измиривати и уговарањем промене повериоца, односно дужника у одређеном облигационом односу (асигнација, цесија и др.), искључиво ради испуњења обавеза по основу јавних прихода на које се примењује овај закон.“ Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Сл. гласник РС* 80/2002, 84/2002 – испр., 23/2003 – ис пр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – др. закон, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. др. закона, 61/2007, 20/, 72/2009 – др. закон, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – испр., 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – аутентично тумачење, 112/2015, 15/2016, 108/2016, 30/2018, 95/2018, 86/2019 и 144/2020, чл. 19, ст. 3. Ради обезбеђења равноправности поверилаца у односу на природу потраживања према блокираном привредном субјекту, укинута су остали изузеци, односно могућност да на било који од тих начина плаћања дужници чији су рачуни блокирани због неизмирених обавеза врше исплате са својих, блокираних рачуна (исплата зарада, накнада трошкова доласка и одласка на посао, отпремнина, солидарна помоћ у случају смрти члана породице и сл.). Негован 2011, 168.

2.6. Запрећена санкција

Законодавац за поступање супротно забрани цесије у периоду блокаде рачуна ради принудне наплате изречно прописује прекршајну санкцију, и то за правно лице које посредно измирује новчану обавезу у блокади²⁵ и за одговорно лице у правом лицу.²⁶

Из горе наведеног произилази да граматичко тумачење односне норме нуди одговор на питање када је цесија тражбине у блокади противправна. Међутим, остаје нејасно да ли, осим санкције за прекршај усмерене на субјекта који се оглуши о прописану забрану, још нека приватноправна последица погађа сам уговор о уступању тражбине упркос блокади.

3. ИСТОРИЈСКО ТУМАЧЕЊЕ

3.1. Нацрт закона

Ако се загледамо у историјске околности које су претходиле нормирању забране посредног измирење новчане обавезе путем цесије у блокади, јасно је да је таква норма последица појаве значајног броја блокираних субјеката у правном промету.²⁷

У Нацрту закона о обављању плаћања била је изричито предвиђена ништавост цесије у следећој формулацији:

„Послови из става 1. овог члана (чл. 5 Нацрта закона) не производе правно дејство у периоду извршења принудне наплате са рачуна повериоца и/или дужника у одређеном облигационом односу, осим ако друкчије није утврђено законом којим се уређује порески поступак.“

²⁵ Закона о обављању плаћања, чл. 7, ст. 1.

²⁶ Закона о обављању плаћања, чл. 7, ст. 2. Прекршајној одговорности услед уступања тражбине упркос блокади подлеже и предузетник. Закон о обављању плаћања, чл. 7, ст. 3.

²⁷ Према објављеним подацима, у Србији је 2010. године пословало око 10.000 привредних субјеката чији су рачуни били у блокади дуже од три године. Аутоматски у стечај, *Политика* 31. март 2010. <https://www.politika.rs/scc/clanak/129650/Automatski-u-stecaj>. Такво привредно окружење навело је законодавца да у Закон о стечају унесе правила о аутоматском стечају, ипак Уставни суд је у одговарајућем поступку утврдио да су односне норме – чл. 150 до 154 Закона о стечају, противне Уставу Републике Србије. Уставни суд бр. ИУз-850/2010, 12. 7. 2012.

Такву стилизацију односне норме прати и одговарајуће образложење да се „одредба из Закона о платном промету о забрани измирења међусобних новчаних обавеза уговарањем промене промене поверилаца, односно дужника у одређеном облигационом односу, пребијањем (компензацијом) и на други начин у случају када су рачуни правног лица или предузетника блокирани ради извршења принудне наплате, уз запрећену прекршајну казну, показала дискутабилном са становишта надзора и примене у пракси... Новим начином уређивања овог питања стварају се услови за бољу заштиту поверилаца у поступку принудне наплате и отклањају одређене дилеме које су се јављале током примене Закона о платном промету, уз истовремено уважавање судске праксе и правила о ништавости правних послова из прописа којима се уређују облигациони односи.“²⁸

Осим тога, пада у очи да Нацртом закона није прописана прекршајна санкција за посредно измирење новчане обавезе путем цесије упркос блокади рачуна ради принудне наплате. Јасно је, дакле, опредељење у Нацрту закона да цесија упркос блокади рачуна не производи правно дејство, ни грађанскоправно, ни оно у сфери прекршајног права.

3.2. Предлог закона

У Предлогу закона о обављању плаћања, понавља се некадашња норма о противправности посредног измирења новчане обавезе путем цесије током блокаде рачуна. У поглављу образложења Предлога закона које носи наслов „Објашњење основних правних института и појединачних решења“, предлагач не каже ништа о грађанскоправној санкцији која евентуално погађа такав посао цесије.²⁹

Изгледа да аргумент припремних радова није нарочито користан за проналажење садржине предметне норме. Ипак, не можемо се отети утиску да је предлагач закона одустао од првобитне замисли из Нацрта да за послове посредног измирења обавезе закључене током блокаде рачуна изречно пропише санкцију ништавости. На сцену је

²⁸ Образложење Нацрта закона о обављању плаћања правног лица, предузетника и физичког лица које не обавља делатност. <http://vs3836.cloudhosting.rs/misljenja/1016/obr/obrazlozenje,%2029.06.2015.pdf>, 3.

²⁹ Предлог закона о обављању плаћања правног лица, предузетника и физичког лица које не обавља делатност, чл. 5. <http://vs3836.cloudhosting.rs/misljenja/1016/obr/obrazlozenje,%2029.06.2015.pdf>.

тако враћено претходно нормативно опредељење из Закона о платном промету, према коме је поступање супротно законској забрани изречно санкционисано новчана казном.

Очигледно је да помоћ у проналажењу правог смисла односне норме морамо потражити у другим правилима тумачења.

4. АУТОРИТЕТ СУДСКИХ ОДЛУКА

4.1. Тумачење од стране Привредног апелационог суда

У одговору на питање са почетка наше студије, ПАС се изјашњава на следећи начин. „Чланом 46. ст. 2. и 3. Закона о платном промету (*Службени гласник РС* 3/2002) (који је у погледу цесије идентичан са чл. 5, ст. 2 и 3 Закона о обављању плаћања, прим. аут.) предвиђено је да правна лица и физичка лица која обављају делатност могу међусобне новчане обавезе измиривати и уговарањем промене поверилаца, односно дужника у одређеном облигационом односу (асигнација, цесија и др.), пребијањем (компензација) и на други начин, у складу са законом. Изузетно од става 2. овог члана правна лица и физичка лица која обављају делатност не могу измиривати обавезе по основу асигнације и цесије ако као асигнанти (упутиоци потраживања), односно cedenti (уступиоци потраживања) имају неизмирене обавезе евидентирани код банке у моменту плаћања... Из наведеног следи да су уговори закључени супротно прописаној забрани, уговори противни принудном пропису. Уговор који је противан принудном пропису је ништав сходно чл. 103. ст. 1. 300, осим ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију, или ако закон у одређеном случају не прописује што друго.

Тачно је да је чланом 50. Законом о платном промету поступање супротно забрани из члана 46. тог закона предвиђено као извршење привредног преступа, за који се изриче новчана казна, као и да је чланом 7. Закона о обављању плаћања..., поступање супротно установљеној забрани из члана 5. тог закона, прописано као извршење прекршаја за који је такође предвиђена новчана казна, међутим, чињеница да је поступањем супротно установљеној забрани учињен привредни преступ или прекршај, која одговорност се утврђује у посебном поступку, не утиче на чињеницу да су такви уговори ништави, као противни принудном пропису.

Грађанскоправна последица ништавости уговора је прописана чланом 104. Закона о облигационим односима и подразумева обавезу да свака страна врати другој оно што је примила. Последица утврђења прекршајне или одговорности по основу привредног преступа, је плаћање новчане казне у буџет РС и не утиче на правну ваљаност уговора. Изрицање новчане казне за привредни преступ или прекршај, као санкције у том поступку, није, и не може бити циљ на који упућује чл. 103. ст. 1. 300, док Закон о платном промету и Закон о обављању плаћања..., не предвиђа другу грађанскоправну санкцију нити прописује што друго.“

У светлу реченог, ПАС предлаже правно схватање по коме су уговори закључени супротно забрани из чл. 46. ст. 3. Закона о платном промету, као и чл. 5. ст. 2. Закона о обављању плаћања..., ништави.³⁰

Такво правно схватање ПАС доследно примењује и у једном конкретном случају (поводом посредног измирења обавезе путем компензације). „Према налажењу Привредног апелационог суда, установљена забрана из одредбе чл. 46. ст. 3. Закона о платном промету *има за циљ заштиту општег правног интереса свих учесника платног промета* и њоме се спречава фаворизовање појединих поверилаца у односу на повериоце чије се потраживање приоритетно намирује у поступку принудне наплате са рачуна њиховог дужника. Стога првостепени суд није дао разлоге о битној чињеници да ли кршење такве норме има за последицу ништавост правног посла којим се она нарушава сагласно чл. 103. ст. 1. 300. Законом прописана забрана кршења императивних законских норми може се искључити само изузетно у законом допуштеним случајевима, па се изузетак код примене ништавости правног посла закљученог противно императивним прописима мора рестриктивно тумачити, а законом прописана кривична или прекршајна санкција повреде императивних норми има за циљ њихову доследну примену, а не изузимање прекршиоца од прописане санкције ништавости таквог правног посла установљеног одредбом чл. 103. ст. 1. 300. Стога се прекршилац те забране не ослобађа грађанско правне одговорности, односно санкције ништавости правног посла закљученог противно императивној правној норми. У конкретном случају, законом није прописана ни допуштена примена друге грађанско правне санкције за учињену повреду императивне забране установљене одредбом чл. 46. ст. 3. Закона о платном промету, јер могућност таквог изузимања

³⁰ Одговор на питање 24, Питања и одговори – Материјално право, Двадесет осмо саветовање судија Привредних судова Републике Србије, Радни материјал, 76–77.

није прописана законом којим се уређује порески поступак. Таква могућност није допуштена ни са становишта повреде циља због кога је установљена забрана прописана одредбом чл. 46. ст. 3. Закона о платном промету.”³¹

Прихваћеним приступом ПАС значајно одступа од свог ранијег становишта да је „измирење обавезе супротно чл. 46. ст. 3. Закона о платном промету санкционисано прекршајном одговорношћу и као такво није супротно члану 103. 300... Наведене законске одредбе не предвиђају ништавост таквих послова као санкцију... чланом 50. ст. 1. тач. 5. Закона о платном промету предвиђена је прекршајна одговорност у виду новчане казне за поступање противно забрани измирења обавеза..., из чега јасно следи да циљ повређеног правила упућује на другу санкцију, односно новчану казну, те да њихово предузимање супротно одредби чл. 46. ст. 3 Закона о платном промету нема за последицу ништавост правних основа по којима су и предузети.”³²

4.2. Тумачење од стране Врховног касационог суда

4.2.1. Одлуке којим је ВКС утврдио ништавост посла цесије у блокади

У једном случају који је по ревизији доспео пред ВКС, ревизијски суд „прихвата дате разлоге другостепеног суда у погледу оцене пуноважности побијаног правног посла – уговора о уступању потраживања који су закључили првотужени и друготужени. У конкретном случају ради се о ништавом правном послу имајући у виду да је предузет супротно одредби чл. 5. ст. 2. Закона о обављању плаћања... Правилно другостепени суд закључује да је *циљ наведене законске одредбе да се спречи изигравање права приоритетног намирења поверилаца – трећих лица која су по редоследу принудне наплате приоритетног карактера.*

Без утицаја су ревизијски наводи којима се указује да друготужени пре закључења уговора о уступању потраживања није био у облигационом односу са првотуженим, те да уговором о цесији нису намириване обавезе, већ да се радило о продаји потраживања. Ово из разлога што је према утврђеном чињеничном стању друготужени у моменту закључења уговора о цесији био у блокади и то за износ од преко

³¹ ПАС, Пж. 190/2019, 19. 2. 2020. *Paragraf Lex*.

³² ПАС, Пж. 4470/2016, 11. 5. 2017. *Paragraf Lex*.

66.000.000,00 динара. Уступањем потраживања за који није утврђено да је примљена било каква противвредност, друготужени практично умањује своју активу и онемогућава или отежава намирење поверилаца који су у поступку принудне наплате, чиме се практично повређују одредбе члана 5. Закона о обављању плаћања... Из наведених разлога се овакав правни посао мора подвести под одредбу чл. 5. ст. 2. Закона о обављању плаћања..., јер је противан циљу наведене законске одредбе.

Генерална санкција за кршење императивних законских одредби прописана одредбом члана 103. 300, јесте ништавост, и она се само у рестриктивно одређеним случајевима може избећи (ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује што друго). Из наведених разлога, чињеница да је Законом о обављању плаћања..., прописана прекршајна одговорност правних лица која су поступила супротно наведеној законској одредби, не искључује грађанскоправну санкцију која је установљена Законом о облигационим односима, а то је ништавост уговора.

Ревизијски суд је имао у виду наводе првотуженог да је ПАС у ранијим одлукама стајао на становишту да овакви правни послови нису ништави управо због чињенице да је прописана друга санкција, али ВКС истиче да је правно становиште о санкцији наведених правних послова изражено у побијаној другостепеној одлуци у сагласности са актуелном судском праксом ВКС.³³

Иако одлуке у којима ВКС заузима став по коме посао цесије у блокади погађа санкција ништавости преовлађују, такво поступање суда није без изузетка.

³³ ВКС, Прев. 193/2021, 14. 7. 2021. Слично становиште ВКС заузима и у вези са посредним измирењем обавезе путем компензације. „Да би уговорена компензација имала правно дејство потребно је да буде у сагласности са позитивним прописима којима је регулисан начин измирења новчаних обавеза... Према ВКС, циљ наведене одредбе је заштита општег правног интереса свих учесника платног промета и таквом нормом се спречава фаворизовање појединих поверилаца у односу на повериоце чија се потраживања приоритетно намирују у поступку принудне наплате са рачуна њиховог дужника односно заштита и спречавање оштећења поверилаца у поступку принудне наплате. Сходно томе, сваки облик плаћања уговорен супротно цитираној одредби Закона о платном промету је недозвољен, а сваки уговор којим је предвиђена компензација као начин плаћања, а који је закључен у тренутку блокаде рачуна дужника је ништав, у смислу одредбе чл. 103. 300, с обзиром да се ради о уговору који је противан принудним прописима...“ ВКС, Прев. 390/2021, 16. 12. 2021.

4.2.2. Одлуке којим је ВКС одбио захтев за утврђење ништавости посла цесије у блокади

У једном случају који се нашао пред ВКС, суд резонује на следећи начин: „Према утврђеном чињеничном стању, тужилац је правноснажном пресудом Трговинског суда у Београду П број 3863/04 од 16.03.2006. године обавезан да овде трећетуженом, испоручи 2.000 тона ваљане жице... одређених димензија, а утврђено је и да тужилац обавезу из наведене пресуде није извршио. Потраживање по наведеној пресуди, трећетужени као уступилац је пренео на првотуженог и друготуженог уговором о преносу и прелазу потраживања... Уговором је предвиђено да је пренос извршен по основу постојећих дуговања које трећетужени као преносилац има према прво и друготуженом као пријемницима, те је констатовано да се преносилац преносом ослобађа дуга према пријемницима који је установљен извршним судским одлукама...

Неосновани су и наводи ревизије да ни првостепени ни другостепени суд нису правилно применили одредбе чл. 46. Закона о платном промету који је био на снази у време закључења предметног уговора... Неосновани су наводи са разлога што ако правно лице чији је рачун у блокади, плати обавезу на један од начина предвиђених у ст. 2. чл. 46. Закона о платном промету..., то нема за последицу ништавост уговора по основу кога је дошло до измирења обавезе а ако је новчана обавеза измирена супротно чл. 46, ст. 3 овог закона, та радња представља прекршај за који је истим законом прописана новчана казна као санкција.“³⁴

У не тако давној прошлости, врховни судови у региону југоисточне Европе, у више наврата су тумачили сличне забране за чију повреду је законом прописана друга санкција на начин да је предузети правни посао кажњив, али без утицаја забране на његово правно дејство.^{35, 36, 37, 38}

³⁴ ВКС, Прев. 19/2017, 13. 4. 2017.

³⁵ „Правно ваљан је уговор о продаји возила увезеног из иностранства уноточ забрани да се такво возило не смије продавати прије истека рока који је одређен у закону, с тим да страна која је повредила забрану сноси одговарајуће последице.“ ВСМ РЕв 874/82, 19. 5. 1983. Видети Хајдаревић, Тајић, Симовић 2011, 136.

³⁶ „Отуђење пре одређеног рока моторног возила увезеног уз ослобађање од пореза на промет за одређене категорије инвалида, не доводи до ништавости уговора о продаји, већ само до законом предвиђене обавезе плаћања пореза.“ ВСХ, Рев. 2713/88, 18. 5. 1989, ПСП 45/1990, 63. Видети Хајдаревић, Тајић, Симовић 2011, 137–138.

У једном случају који је доспео пред ВКС, суд допуњава правну норму на начин да не сматра ништавим сваки посао цесије у блокади већ само ону цесију којом су оштећена трећа лица са приоритетом у наплати.

„Закон о платном промету који је важио у време закључења уговора прописивао је да уступиоци не могу измиривати обавезе путем цесије ако имају неизмирене обавезе евидентирани код банке у моменту плаћања. Међутим, сама чињеница да је уговор о цесији закључен у време кад је рачун једног од потписника уговора, конкретно првотуженог као дужника био у блокади не утиче на правно дејство истог, ако таквим начином измирења обавеза нису оштећена трећа лица као повериоци који имају приоритет у наплати са рачуна првотуженог као дужника у поступку принудне наплате. У конкретном случају произлази да је у време закључења уговора једина евидентирана обавеза код банке била обавеза првотуженог према тужиоцу. Зато закључењем спорног уговора није повређена императивна одредба чл. 46. Закона о платном промету. Тужилац као поверилац није могао самог себе да изигра закључењем спорног уговора. На туженима је сходно чл. 231. ЗПП био терет доказивања, да су закључењем уговора о цесији били оштећени повериоци који су имали приоритет у наплати потраживања, у поступку принудне наплате, што је у конкретном случају изостало. Такође, из утврђеног чињеничног стања не произилази да је наведени уговор био предмет побијања од стране стечајног дужника и стечајних повериоца, као доказ да су истим оштећени други повериоци. Зато су неосновани наводи друготуженог као ревидента да уговор о уступању потраживања од 07.07.2006. године не производи правно дејство.“³⁷

Противречна тумачења и колебање судске праксе генеришу неизвесност у погледу овог важног питања за правни промет, нарочито у оним случајевима када се појави потреба да се предузму службене

³⁷ „Околност да је закључивањем уговора почињен привредни преступ (уговорањем веће цене од стварне цене) не чини сама по себи уговор ништавим.“ ВСПРХ, II Рев. 7/90, 5. 12. 1991, ИО 4/1994, одл. 24. Видети Хајдаревић, Тајић, Симовић 2011, 138.

³⁸ „Ако се циљ забране тиче само једне од стране, а не самог посла, не утиче на правну ваљаност правног посла. Такав уговор може опстати ако другачије није одређен.“ ВСПС, РЕВ. 117/94, 14. 12. 1994. *Билтен ВСПС* I/1999, одл. 73. Видети Хајдаревић, Тајић, Симовић 2011, 138.

³⁹ ВКС, Прев. 115/2019, 9. 7. 2020.

радње пред надлежним јавним бележником који ће, ако је рачун цедента у блокади, под утицајем неуједначене судске праксе, по правилу, одбити да овери уговор о цесији.⁴⁰

5. АУТОРИТЕТ ПРАВНЕ НАУКЕ – *OPINIO IURIS*

Познато је да се у проналажењу инспирације сликари и други уметнички ствараоци често окрећу „старим мајсторима“. Пролазећи кроз сличан мотивациони процес, помислили смо да је у конкретном случају путоказ за откривање правог смисла предметне норме могуће пронаћи међу „класицима“ српског приватног права.

5.1. Мишљење професора Константиновића

И у време проф. Константиновића субјектима који обављају трговинску делатност законом је било „забрањено обављање одређених послова“ (Константиновић 1982а, 549).

У својој студији „Забрањени уговори у трговини“, проф. Константиновић (1982а, 554) анализирао је већи број случајева који су се нашли пред Главном државном арбитражом уочавајући притом три групе забрањених уговора од којих су „најмногобројнији и практично најважнији“ у пракси „уговори закључени противно забрани који су, по правилу, пуноважни“. Ту спадају уговори закључени противно правилу да се трговинска предузећа и радње могу бавити само оном трговинском делатношћу која је предмет њиховог пословања.⁴¹ Осим те забране, одговарајућом уредбом била су регулисана и бројна друга ограничења, тако да „уговори закључени противно таквим прописима повлаче за собом разне управне мере и казнене санкције против привредне организације, као и одузимање остварене користи, али они по правилу нису ништави“ (Константиновић, 1982а, 555). Према проф. Константиновићу (1982а, 555) за то има више разлога. Пре свега, ови

⁴⁰ Закон о јавном бележништву, *Сл. гласник РС* 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – др. закон, 93/2014 – др. закон, 121/2014, 6/2015 и 106/2015, чл. 53, ст. 2, тач. 2.

⁴¹ Уредба о трговинској делатности и трговинским предузећима и радњама 23. децембар 1953. са изменама и допунама од 2. јула 1955, *Сл. лист* од 17. августа 1955, чл. 12.

уговори нису забрањени уопште, само су забрањени одређеним учесницима у промету у тачно одређеним ситуацијама. Они не вређају јавни поредак, „напротив њихово закључивање представља редовну појаву“.

5.2. Мишљење професора Круља

Проф. Круљ (у Благојевић, Круљ 1983, 340) заузима идентичан став да је забранама прописаним ради регулисања промета „законодавац очигледно ишао за тим да предупреди фактичко предузимање одређених радњи и пословање одређених лица на недозвољен начин, а не да огласи ништавим правне послове који су о својој садржини (‘сами по себи’) дозвољени...

Противзаконита је само одређена фактичка радња која је оквалификована као прекршај, чије је извршење запређено казном. „Сврха забране се постиже изрицањем казне, а не ништавошћу уговора“ (Круљ у Благојевић, Круљ 1983, 343).

5.3. Мишљење професора Милошевића

Посве супротно становише заузима проф. Милошевић. Према његовом учењу, „свакако да су овакви уговори ништави. Не може се сматрати да су они пуноважни са становишта имовинског права, када повлаче и одређене кривичне санкције (новчану казну за привредне преступе и прекршаје). Ови уговори у дакле апсолутно ништави“ (Милошевић 1967, 27).

6. СИСТЕМСКО ТУМАЧЕЊЕ

На смисао одређене норме често указује место које тумачено правило заузима у правном поретку. Норма о забрани цесије током блокаде не налази се у системском већ у посебном закону од свега неколико чланова којима се регулише „обављање плаћања“.⁴² Такав приступ по-

⁴² Законодавац посебним законом тежи да дисциплинује промет и предупреди негативне појаве у обављању плаћања, али без помињања посла цесије и његове садржине која је регулисана у 300 као системском закону. Упоредити Круљ у Благојевић, Круљ 1983, 339.

средно указује на природу друштвене вредности која се штити односно нормом, а непосредно да законодавац таквом нормом не регулише дејства уговора о цесији већ искључиво цесију као платно-трансакциону радњу посредног измирења новчане обавезе.

Осим тога, норму о противправности цесије у блокади треба довести у везу са другим нормама у систему права, испитујући пре свега да ли је то правило у складу са осталим нормама или им противречи.

6.1. Однос правила и изузетка

Једно од правила које можемо искористити за тумачење предметне норме је и оно да се изузеци уско тумаче (*exceptiones non sunt extendendae*). Норма о забрани цесије у блокади одступа од неколико важних приватноправних принципа.

6.1.1. Приватна аутономија је правило

Прописивање противправности одређеног правног посла је изузетак од општег правила да су уговорници слободни да уређују своје односе у складу са начелом аутономије воље. Само „неки правни послови су због своје садржине законом забрањени. Та забрана потиче од закона и мора бити изречно предвиђена“ (Марковић 1927, 243).

6.1.2. Забране располагања се, по правилу, изречно прописују

Законом о извршењу и обезбеђењу прописана је забрана располагања предметом извршења или обезбеђења. „Немају правно дејство акти правног или фактичког располагања предметом извршења или обезбеђења од дана доношења решења о извршењу на основу извршне или веродостојне исправе или решења о обезбеђењу.“⁴³

⁴³ ЗИО, чл. 19. „Закључење судског поравнања којим извршни дужник, након пријема решења о извршењу на непокретности, признаје трећем лицу стицање права својине на тој непокретности на основу неовереног уговора закљученог пре пријема решења о извршењу, представља недозвољено располагање непокретношћу која је предмет извршења, те је стога то ништав правни посао који не производи правно дејство.“ Апелациони суд у Београду, Гж. 4691/2014, 26. 11. 2014.

Закон о хипотеци садржи сличну формулацију, према којој забележба хипотекарне продаје у корист хипотекарног повериоца подразумева забрану отуђења и било које врсте правног располагања хипотекованом непокретности од стране власника.⁴⁴ Акт о отуђењу, односно другом правном располагању хипотекованом непокретности супротно забрани отуђења (из ст. 5, т. 2 члана 31 ЗОХ), ништав је.⁴⁵

6.1.3. Уступивост тражбина је правило

С једне стране, цесија је измена активног субјекта у облигацији, а с друге стране, она је пренос тражбине као имовинског добра.⁴⁶ У 300 је јасно прописано која потраживања се могу пренети уговором. „Поверилац може уговором закљученим са трећим пренети на овога своје потраживање, изузев оног чији је пренос забрањен законом или које је везано за личност повериоца, или које се по својој природи противи преношењу на другога.“⁴⁷ Другим речима, забрана преноса потраживања је изузетак.⁴⁸ Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право као један од услова за уступање наводи и уступивост потраживања (*assignability of the right*).⁴⁹ Притом су сва права на чинидбу уступива, осим ако је другачије предвиђено законом.⁵⁰

⁴⁴ Закон о хипотеци, *Сл. гласник РС* 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука УС и 83/2015, чл. 31, ст. 5, т. 2.

⁴⁵ У сфери регистроване залоге важи правило да од дана објављивања обавештења о намери повериоца да ће своје доспело потраживање намирити из вредности предмета заложног права у регистру залога, залогодавац не може правно располагати предметом заложног права без дозволе заложног повериоца. Закон о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар, *Сл. гласник РС* 57/2003, 61/2005, 64/2006 – испр., 99/2011 – др. закони и 31/2019, чл. 42, ст. 1 и чл. 36, ст. 1.

⁴⁶ „Цесијом прелази уступљена тражбина из имовине цедента у имовину цесионара.“ Перић 1928, 30.

⁴⁷ 300, чл. 436, ст. 1.

⁴⁸ „До измене субјекта не може доћи у оним случајевима када је законом забрањено преношење тражбине.“ Лоза 2000, 53.

⁴⁹ Право мора бити уступиво у тренутку када се уступање одиграва. DCFR III. – 5:104: (1) (b).

⁵⁰ DCFR, III. – 5:105: (1).

6.1.4. Забране уступања тражбине се, по правилу, изречно прописују

Обично се као тражбине које се не могу уступити наводе: право на накнаду штете у виду новчане ренте услед смрти блиског лица или услед повреде тела или оштећења здравља⁵¹ и потраживање накнаде нематеријалне штете које може бити предмет уступања искључиво ако је признато правноснажном одлуком или писменим споразумом.⁵²

Према Закону о обављању плаћања, могућност посредног измирења новчане обавезе путем цесије је правило, док је њена прохибиција изузетак. За исказивање забране цесије у блокади законодавац користи диспозицију „не може“ која се јавља и у 300⁵³, с тим што се сличне забране у праву исказују и на друге начине.⁵⁴

6.1.5. Имовина као целина не може бити предмет заплене

Принудну наплату врши Народна банка Србије (НБС).⁵⁵ Основи и налози за принудну наплату евидентирају се и извршавају према времену пријема у НБС.⁵⁶ Евиденција коју води НБС омогућава да се утврди редослед наплате одређеног налога блокаде, али то значи само да поверилац чији је налог евидентиран први у времену остварује предност у принудној наплати са рачуна дужника у односу на повериоце чији су налози евидентирани као каснији у времену. Не постоји општи приоритет већ само првенство у намирењу у односу на део дужникове имовине који је унапред одређен или одредив. Евидентирање налога за принудну наплату код НБС не доноси повериоцу приоритет у наплати

⁵¹ 300, чл. 197, ст. 1.

⁵² 300, чл. 204.

⁵³ Правним послом се не може одредити да застарелост неће тећи неко време (300, чл. 364) и уговорна казна не може бити уговорена за новчане обавезе (300, чл. 270). Опширније о уговорној казни у српском праву Константиновић 1982b, 520–526; Hiber, Pavić 2013, 63–81.

⁵⁴ Цимерман (Zimmermann 1996, 679) наводи да је у изворима римског права опстало око тридесет термина који упућују на ништавост, на пример: *nullum non ess, invalidum, nihil agere, imperfectum* и сл., продаја *res religiosa* је тако *nullum esse emptionem*... У неким нормама 300 изричито се указује на санкцију „ништав“ (300, чл. 50, 52, 141, 143), али се са истим значењем користи и формулација „уговор нема правно дејство“ (300, чл. 53, 54, 66, 462). Појављује се и забрана путем „мора“ (на пример, да уговор мора бити закључен у писаној форми) (300, чл. 455). Круљ у Благојевић, Круљ 1983, 337.

⁵⁵ Закон о платном промету, чл. 48, ст. 1.

⁵⁶ Закон о платном промету, чл. 48, ст. 8.

у односу на целокупну имовину дужника. Чак и ако прихватимо да је приспећем налога за принудну наплату у надлежну службу поверилац стекао заложно право на блокираном рачуну,⁵⁷ такав поверилац, у складу са начелом специјалности, не стиче заложно право у односу на остатак дужникове имовине,⁵⁸ па тако ни у односу на потраживања која дужник има према трећим лицима. Тако, на пример, поверилац који је уписао залог у одређеном дужниковом потраживању према трећем лицу остварује приоритет у наплати из тог потраживања у односу на повериоца у чију корист је евидентирана блокада на дужниковом рачуну, без обзира на то да ли је потраживање заложног повериоца уопште евидентирано код организације за принудну наплату.

Када смо закључили да је забрана цесије у блокади изузетак који се уско тумачи, ту норму је системским тумачењем неопходно повезати и допунити елементима других норми, пре свега правилом којим се прописује општа граница слободе уговарања.⁵⁹ Према чл. 103, ст. 1 ЗОО, уговор који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима је ништав,⁶⁰ ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује што друго.⁶¹

⁵⁷ То је несумњиво случај ако је блокада рачуна реализована на основу решења о извршењу. У решењу о извршењу организацији за принудну наплату се налаже да наложи банкама да блокирају рачуне извршног дужника и да пренесу новчана средства на рачун извршног повериоца у висини његовог потраживања. Решење о извршењу има дејство као решење о извршењу којим је одређена пленидба новчаног потраживања и пренос новчаног потраживања ради наплаћивања. Закон о извршењу и обезбеђењу, *Сл. гласник РС* 106/2015, 106/2016 – аутентично тумачење, 113/2017 – аутентично тумачење и 54/2019, чл. 301, ст. 1 и 2. Неки писци у овом погледу не праве разлику између различитих основа блокаде рачуна, тако да поверилац на основу претходне сагласности дужника стиче заложно право на рачуну и у оним случајевима када основ блокаде није решење о извршењу које доноси суд или јавни извршитељ (већ, на пример, налог повериоца на основу доспеле и регистроване менице). Радовић 2016, 391.

⁵⁸ Опширније о начелу специјалности по коме заложног права не може постојати на свим стварима залогодавца видети у Орлић у Станковић, Орлић 1999, 243–244; Лазић 2009, 61–63; Живковић у Хибер, Живковић 2015, 117–119.

⁵⁹ Опширније о општим ограничењима принципа слободе уговарања у упоредном праву Перовић 1975, 21–47.

⁶⁰ Глава V Скице за законик о облигацијама и уговорима (1969) носи наслов „Забрањени и ништави уговори“, из чега јасно произилази да, према учењу њеног аутора проф. Константиновића, нису сви забрањени уговори уједно и ништави, то јест да је појам забрањени уговори шири од појма ништави уговори. Забрањени су уговори који су противни закону, јавном поретку и моралу. Скица,

7. ЦИЉНО ТУМАЧЕЊЕ

У члану 103 300 законодавац непосредно указује на потребу циљног тумачења које тежи да открије *ratio legis* односне норме, а посредством циља и њену садржину. Ако кажемо да су норме средства за остваривање друштвених вредности и интереса и прихватимо концепцију о степенованој ништавости,⁶² онда се прописивањем апсолутне ништавости (*Nichtigkeit, nullity*) чува јавни интерес, док се санкцијом релативне ништавости (*Anfechtbarkeit, voidability*) штити приватни интерес.⁶³

7.1. Каква је природа интереса заштићеног забраном цесије у блокади?

Разграничење уговора противних јавном поретку и противзаконитих уговора у правној теорији није доследно спроведено, али је савим јасно да је законодавац упутио на различите правне последице предузимања те две врсте противправних уговора (Салма 2007, 401).

То да ли ће повреда прописане забране цесије имати за последицу и ништавост правог посла, зависи од друштвеног вредновања повређеног интереса. У уговорима противним јавном поретку реч је о повреди највиших интереса друштва, односно општих интереса (Салма 2007, 400).

чл. 79, ст. 1. Забрањени уговори су ништави ако циљ норме не упућује на коју другу санкцију или ако закон не одређује нешто друго за повреду прописане забране. Скица, чл. 79, ст. 2. Да није дошло до одређених редакторских измена, тако да у 300 односна глава носи наслов „ништавост“, било би недвосмислено да је забрањеност различит и шири појам од ништавости.

⁶¹ Правило је да је уговор који је забрањен законом ништав, „ако шта други није предвиђено законом о последицама повреде законске забране“. Константиновић 1952, 55.

⁶² У теорији степеноване ништавости прави се разлика између јавног интереса и интереса појединца. Polajnar Pavčnik у Juhart, Možina *et al.* (2016, 178).

⁶³ У контексту градације неваљаности послова, као посебна категорија могу се издвојити и непостојећи уговори који „немају намеравано правно дејство, нити га икада могу произвести“ (Водинелић 2012, 457). „Код непостојећих послова неки битан елеменат недостаје, код ништавих он није дозвољен“ (Антић 2012, 420). Као пример препознавања непостојећих уговора у 300 наводи се неспоразум из чл. 63 због тога што се у конкретној одредби користи термин „уговор не настаје“ (Доловић 2011, 271). Један број аутора негира да се у 300 прави разлика између непостојећих и ништавих послова и саму потребу за том поделом. Радовановић, Мишчевић 2020, 285.

Став о ништавости посла цесије закљученог упркос блокади рачуна могао би се бранити идејом о општем интересу који се огледа у идеалу да би сваки привредни субјекат своје пословање требало да обавља путем рачуна. Сходно таквом приступу, измирење новчане обавезе на други начин начелно је допуштено, али само ако постоји могућност плаћања путем рачуна. Ако је неком учеснику у промету плаћање путем рачуна онемогућено, није друштвено прихватљиво да блокирани субјекат настави да послује измирујући обавезе мимо рачуна.

Лица која ступају у пословни однос са цедентом – цесионар и цесулако могу да се информишу да ли је цедент у блокади. Иако за евиденцију блокираних рачуна коју води НБС није формално прокламовано начело јавности, оно суштински постоји. Онај ко тврди да му стање блокаде није било познато, у пракси би тешко могао доказати своју савесност. Сходно таквом резонувању, субјекат чији је рачун у блокади угрожава правни промет и треба га што пре изопштити.

Ипак, чини се да пре коначног опредељења да ли се односном нормом штити јавни или приватни интерес, забрану посредног измирења обавезе током блокаде треба упоредити са неким традиционалним забранама и санкцијама које их прате у приватном праву.

7.1.1. *Argumentum a simile*

7.1.1.1. *Које санкције законодавац прописује за повреду сличних забрана?*

Неке послове који су законом забрањени погађа само грађанскоправна санкција (*lex perfecta*), друге грађанскоправна санкција удружена са казненом санкцијом (*lex plus quam perfecta*), док је за трећу групу забрањених послова прописана само казнена санкција (*lex minus quam perfecta*).⁶⁴

⁶⁴ Норма којом се регулише нека забрана може бити 1) савршена (*perfecta*), прописује ништавост посла; 2) више него савршена (*plus quam perfecta*), која прописује истовремено ништавост као грађанску санкцију и казнену санкцију и 3) мање него савршена (*minus quam perfecta*) којом је за повреду забране предвиђена само казнена санкција, при чему уговор остаје пуноважан. Ако норми недостаје правна санкција, кажемо да је 4) несавршена (*imperfecta*). Круљ у Благојевић, Круљ 1983, 337.

а) Ништавост посла без казнене санкције

Класични примери норми из категорије *lex perfecta* јесу забране „уговора да повериоцу припадне залога ако му се зајам на време не врати и уговора да поверилац залогу по својој вољи може задржати за себе или је продати по унапред утврђеној цени“.⁶⁵ Традиционално је забрањен и уговор о отуђењу наследства коме се неко нада (Милошевић 1970, 76). Противзаконити су на пример, правни посао којим се неко лице одриче издржавања,⁶⁶ уговор о „куповини невесте“⁶⁷ и уговор између адвоката и клијента о прекупу парнице (Марковић 1927, 244). Већина описаних забрана нормирана је имајући у виду неједнаку погодбену моћ уговорника.⁶⁸ Приватни интерес слабије уговорне стране у овим случајевима, законодавац препознаје као темељну вредност уграђену у саме темеље друштвене заједнице.⁶⁹

б) Ништавост посла допуњена казненом санкцијом

У групи норми *plus quam perfecta* обично се наводи забрана закључења зеленашког уговора којом законодавац одређено неморално поступање изречно оглашава ништавим.⁷⁰ Такво поступање има свој пандан у кривичном праву у виду кривичног дела зеленаштва.⁷¹

⁶⁵ Опширније о забрани споредних уговора код залога који би ишли на штету залагача Марковић 1997, 207. Упоредити са актуелним ЗОХ, чл. 13.

⁶⁶ Упоредити Ковачевић Куштримовић 1991, 235.

⁶⁷ „Овај уговор је апсолутно ништав правни посао, чак и када је закључен у складу са обичајима популације којој припадају парничне странке.“ Апелациони суд у Крагујевцу, Гж. 2125/2013, 9. 9. 2013.

⁶⁸ Тако за забрану *lex commisorio* видети Моџина у Juhart, Možina *et al.* (2016, 52).

⁶⁹ „Немогућност закључења таквих уговора уређују императивне законске норме, ради правичности или заштите социјално слабијих субјеката.“ Радишић 2017, 71. „Ако приватни интерес извире из фундаменталних вредности, као што је заштита телесног интегритета, ништавост поприма апсолутну природу.“ Simler, Sanctions (articles 1129 to 1133), у Catala 2007, 43.

⁷⁰ ЗОУ, чл. 141, ст. 1. Забрана зеленашких уговора је „ефикасно средство за борбу против неправичних уговора“. Константиновић 1982с, 535.

⁷¹ „Са прописаном казном затвора до три године и новчаном казном.“ КЗ, чл. 117, ст. 1. То што је тужени ослобођен кривичне одговорности за кривично дело принуде при закључењу споразума о дугу није од утицаја на утврђење ништавости овог споразума, као зеленашког. Апелациони суд у Нишу, Гж. 2195/2016, 16. 11. 2016. О тешким последицама зеленашења по дужнике видети Тешић 2022, 45.

У исту категорију може се сврстати и забрана цесије из Закона о заштити корисника финансијских услуга. Према овој норми, „банка потраживање из једног уговора према физичком лицу може уступити само једној банци“.⁷² Супротно поступање је прекршај за који је запрећена новчана казна,⁷³ с тим што такав посао цесије прати и грађанскоправна санкција у облику апсолутне ништавости.⁷⁴

Поставља се питање да ли на нарочит друштвени значај интереса заштићеног забраном указује околност да посао супротан забрани једновремено представља и радњу кривичног дела. Или нешто конкретније, да ли околност што је за предузимање цесије упркос забрани законодавац прописао само прекршајну санкцију – а није кривичну одговорност, може да буде показатељ да вредност заштићена забраном цесије из Закона о обављању плаћања није од довољног значаја за друштво, па сходно томе није оправдано да посао цесије, упркос блокади рачуна, прати санкција ништавости?⁷⁵

Иако прописивање кривичноправне санкције за неку радњу указује на висок степен њене опасности по друштво, одговор на постављено питање је негативан. Ако узмемо за пример превару, која је кривичним законом нормирана као кривично дело,⁷⁶ у грађанском праву довођење у заблуду или одржавање у заблуди није разлог апсолутне ништавости правног посла. Посао закључен под преваром је релативно ништав.⁷⁷

⁷² Закон о заштити корисника финансијских услуга, *Сл. гласник РС* 36/2011 и 139/2014, чл. 39, ст. 2.

⁷³ Закон о заштити корисника финансијских услуга, чл. 50, ст. 1, т. 40.

⁷⁴ Разлог ништавости такве цесије огледа се у заштити потрошача као слабије стране. Супротно видети у Тешић 2007, 160.

⁷⁵ О томе Константиновић (1982с, 535) пише: „Самим тим што њихово закључење представља кривично дело такви уговори лишени су грађанскоправних дејстава; они су апсолутно ништави јер су противни јавном поретку, што значи између осталог, да се искоришћавано лице не може ни унапред ни доцније одрећи могућности да захтева поништење уговора и да право на поништење уговора не може да застари.“ Слично је и са трговином органа и другим правним пословима који би се могли подвести под кривично дело трговине људима. КЗ, чл. 388.

⁷⁶ КЗ, чл. 208, ст. 1.

⁷⁷ 300, чл. 65.

в) Казнена или друга санкција за прекршиоца забране без грађанскоправних последица у погледу правног посла

У судској пракси се као типичан пример забране уговарања која нема за последицу ништавост правног посла, већ само казнену санкцију – *lex minus quam perfecta*, јавља забрана продаје туђе ствари.⁷⁸ Ако неко купи туђи телевизор, посао продаје није апсолутно ништав, штавише, купац може постати власник покретне ствари по правилима стицања од не-власника. Само уколико се испостави да је ТВ украден, према нормама кривичног права, купац је починио кривично дело прикривања за које ће му, по правилу, бити изречена новчана казна.⁷⁹

У групу норми које за повреду забране не прописују ништавост већ другу санкцију може се сврстати и забрана давања предмета лизинга трећем лицу. Законом је прописано да се предмет лизинга трећем лицу може дати на коришћење само уз писану сагласност даваоца лизинга.⁸⁰ „У случају да такве сагласности нема, уговор са трећим лицем није противан принудним прописима, јавном поретку и добрим обичајима и као такав ништав, јер закон у овом случају упућује на другу санкцију. Даваоцу лизинга је Законом дато овлашћење да у случају располагања предметом лизинга без његове писане сагласности такав уговор раскине и захтева накнаду штете“.⁸¹

Поређење забране цесије у блокади са другим забрањујућим нормама за чију повреду је прописана прекршајна санкција упућује на закључак да ако предузети посао није по својој садржини недопуштен, кажњивост одређене радње у финансијском пословању не повлачи нужно апсолутну ништавост самог посла. На сличан начин, кажњивост посредног измирења новчане обавезе путем цесије у периоду блокаде рачуна не значи једновременно и ништавост посла закљученог упркос забрани.

⁷⁸ Према становишту ВКС изнетом у једној одлуци, „то што би предмет купо-продаје евентуално била туђа ствар, није разлог за ништавост уговора, пошто продаја туђе ствари обавезује уговораче... али купац који није знао или није могао знати да је ствар туђа, може, ако се услед тога не може остварити циљ уговора, раскинути уговор и тражити накнаду штете“. ВКС, Рев. 4019/2022, 12. 5. 2022.

⁷⁹ КЗ, чл. 221, ст. 1. Сличан пример видети код Моџина у Juhart, Моџина *et al.* (2016, 51-52).

⁸⁰ Закон о финансијском лизингу, *Сл. гласник РС* 55/2003, 61/2005, 31/2011 и 99/2011 – др. закони, чл. 35, ст. 1.

⁸¹ ПАС, Пж. 7075/2014 (1), 18. 3. 2015.

7.1.1.2. Да ли законодавац другим нормама већ штити сличне друштвене вредности?

Према циљевима односне норме исказаним у анализираним одлукама ВКС, „спречавање умањења активе“, „спречавање фаворизовања поверилаца“ и слично, правило о забрани цесије у блокади могуће је упоредити са оним нормама у правном систему које штите повериоце од изигравања.

„Сваки поверилац чије је потраживање доспело за исплату, и без обзира кад је настало, може побијати правну радњу свог дужника која је предузета на штету поверилаца.⁸² Сматра се да је правна радња предузета на штету поверилаца ако услед њеног извршења дужник нема довољно средстава за испуњење повериоачевог потраживања.“⁸³

Циљеви који се остварују правилима о паулијанској тужби својствени су и институту побијања правних радњи у стечају⁸⁴ – „правне послове и друге правне радње закључене односно предузете пре отварања стечајног поступка, којима се нарушава равномерно намирење стечајних поверилаца или оштећују повериоци, као и правне послове и друге правне радње којима се поједини повериоци стављају у повољнији положај (погодовање поверилаца), могу побијати стечајни управник, у име стечајног дужника и повериоци.“⁸⁵

Разлика између посла цесије у блокади и послова који се побијају путем *actio Pauliana* или у стечају огледа се у томе што су послови из друге групе начелно допуштени, с тим што повериоци траже да се огласе без дејства у односу на њих, како би заштитили свој интерес намирења.⁸⁶

Интерес намирења оног повериоца у чије име је спроведена блокада рачуна супротан је интересу цедента да измири неку другу новчану обавезу (која је доспела и прати је, на пример, висока камата), као и интересу цесионара да му дугована тражбина буде измирена (интерес намирења другог повериоца). Како су интереси учесника у

⁸² 300, чл. 280, ст. 1.

⁸³ 300, чл. 280, ст. 2.

⁸⁴ Опширније видети у Салма 2009, 99–118; Радовић 2013, 73–95; Хибер 2015, 58–74.

⁸⁵ Закон о стечају, *Сл. гласник РС* 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 – одлука УС, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018, чл. 119, ст. 1.

⁸⁶ „Код побијања правних радњи објект побијања не само да не мора бити правни посао, него и у случају када се побија правни посао, тај је правни посао ваљан, те се побијање проводи ради немогућности намирења повериоачевог потраживања.“ Nikšić 2015, 380.

анализираном грађанскоправном односу приватни, поставља се питање чији је интерес претежнији. Суд о таквој околности не води рачуна по службеној дужности, већ је на повериоцу који је уписао блокаду рачуна да докаже како је његов интерес приоритетног намирења (друштвено) претежнији, односно да су цесијом упркос блокади привилеговани други повериоци.⁸⁷

Апсолутна ништавост посла се не јавља као санкција у оним нормама којима се штите интереси намирења поверилаца већ тамо где се забраном уговарања штити јавни поредак или слабија страна.

Ако кажемо да је интерес намирења који се штити нормом о забрани посредног измирења обавезе путем цесије битно сличан интересу који се штити нормама о забрани погодовања поверилаца ван стечаја и у стечају, онда се *per analogiam* може закључити да ни код забране цесије у блокади није реч о јавном интересу о коме би требало водити рачуна *ex officio* већ о приватном интересу чија се заштита остварује на захтев лица чији је интерес погођен.⁸⁸

8. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА – ЧИТАЈМО КОНСТАНТИНОВИЋА

Ако се још једном осврнемо на кључно питање постављено у овој расправи – да ли је норма о забрани посредног измирења новчаних обавеза путем цесије у време блокаде рачуна ради принудне наплате више него савршена: *lex plus quam perfecta*, тако да цесију закључену упркос забрани прати санкција двоструке природе: апсолутна ништавост посла и новчана казна за прекршиоца, или је мање него савршена: *lex minus quam perfecta*, тако да је прекршилац забране изложен прекршајној санкцији без последица по ваљаност предузетог правног посла, чини се да је до правог значења односне норме могуће доћи на основу неколико следећих теза.

⁸⁷ Ово иако се у конкретном случају може радити о кривичном делу оштећења поверилаца. „Овим кривичним делом штите се повериоци субјекта привредног пословања који је постао неспособан за плаћање.“ Делић 2022, 233. Према Закону, „ко у субјекту привредног пословања, знајући да је тај субјект постао неспособан за плаћање, исплатом дуга или на други начин стави повериоца у повољнији положај и тиме знатно оштети другог повериоца, казниће се затвором од три месеца до три године“. КЗ, чл. 233, ст. 1.

⁸⁸ „Повреда интереса трећег лица не може се поредити са повредом јавних добара.“ Салма 2007, 401.

8.1. Резултат ваљаног тумачења не може бити правна несигурност

Упада у очи да доктрина према којој је посао цесије закључен упркос блокади рачуна апсолутно ништав не даје одговоре на бројне дилеме које су од суштинског значаја за правну сигурност.

Посао цесије је у пракси понекад тешко разлучити од сличних послова који се тичу потраживања. Ако је уговор о цесији потраживања током блокаде апсолутно ништав, каква је судбина уговора о залагању потраживања⁸⁹ или уговора о уступању потраживања ради обезбеђења?⁹⁰

Према преовлађујућем становишту ВКС, посао цесије упркос блокади рачуна био би ништав и ако је дужник цедирао своје потраживање повериоцу који му је блокирао рачун како би овај повукао блокаду, као и ако је дужник цесијом измирио обавезу према хипотекарном повериоцу како би отклонио актуелну опасност од принудног уновчења непокретности.

Суд се не пита ко су лица која би могла захтевати да се утврди ништавост посла цесије који је предузет упркос прописаној забрани: цедент, цесионар, цесус? Поверилац у чијем је интересу извршена блокада рачуна? Сви повериоци којима цедент дугује у тренутку закључења уговора о цесији без обзира на то да ли су њихова потраживања уопште доспела и да ли су евидентирана у служби за принудну наплату? Повериоци чија потраживања нису ни постојала у тренутку блокаде и закључења уговора о цесији већ су резултат дужниковог пословања по изласку из блокаде?

Улога тумачења правних норми огледа се разрешењу спорног правног питања. У конкретном случају, недоумице су се само умножиле, пре свега због претежног опредељења ВКС за санкцију ништавости на коју се може позивати свако заинтересовано лице⁹¹ и то тако да се право на истицање ништавости протеком времена не гаси.

⁸⁹ 300, чл. 789.

⁹⁰ 300, чл. 445.

⁹¹ 300, чл. 109, ст. 1. Према мишљењу проф. Водинелића (2012, 459), пошто је погођен јавни интерес, свако може, и то временски неограничено, да тражи утврђивање непуноважности. Други аутори сматрају да се на ништавост не може позивати свако заинтересовано лице, већ само онај ко има непосредан правни интерес. Ђуровић 1996, 443.

8.2. Неке норме су когентније од других

Норма о забрани посредног измирења новчане обавезе путем цесије у блокади је по својој природи императивна (когентна). Императивност сваког прописа је могуће степеновати зависно од значаја друштвене вредности која се штити.⁹² Што је интерес чију је заштиту законодавац имао у виду приликом прописивања забране важнији за друштво, изигравање забрањујуће норме повлачи оштрију санкцију.⁹³

Интерес заједнице да се одређени повериоци не привилегују у односу на остале постоји, али, према нашем уверењу, није реч о јавном интересу који оправдава одступање од важних принципа приватног права: као што су начело аутономије воље и начело прометљивости субјективних грађанских права.

Забрана цесије током блокаде рачуна не припада групи традиционалних забрана у праву.⁹⁴ Законодавац посеже за таквом мером како би дисциплиновао промет, али без ослањања на фундаменталне принципе⁹⁵ и на чврсту везу са етичким вредностима које омогућавају правилно функционисање друштва.⁹⁶

⁹² Према овом становишту, принудне прописе је пожељно разликовати према њиховом рангу. Правила која припадају категорији фундаменталних принципа имају суперпринудни карактер (*super-mandatory*), тако да њихова повреда повлачи најтежу санкцију. Fauvarque-Cosson, Mazeaud 2008, 120.

⁹³ „Није свеједно каква је објективна природа когентне норме коју су повредили уговорници. Међу когентним нормама може се показати веома велика разлика: са становишта друштва свака когентна норма не штити правне интересе једнаке вредности; другим речима интересе од истог значаја.“ Салма 2007, 401.

⁹⁴ Све су прилике да права у региону југоисточне Европе не познају сличну забрану (у Републици Српској Закон о унутрашњем платном промету, *Сл. гласник РС* 52/2012, 92/2012 – испр., 58/2019 и 38/2022; у Хрватској Закон о платном промету, *Narodne novine* 66/18 на снази од 28. јула 2018; у Црној Гори Закон о платном промету ЦГ, *Službeni list Crne Gore* 062/13 од 31. децембра 2013, 006/14 од 4. фебруара 2014). У енглеском праву се сматра ништавим уговор инсолвентног дужника да исплати једног од поверилаца варајући остале повериоце (*a contract by an insolvent debtor to pay one of his creditors in fraud to the others*). Treitel 2007, 476.

⁹⁵ Према тој доктрини, у фундаменталне принципе треба уврстити правила којима се штите европске слободе, као и она из Европске конвенције о људским правима. Fauvarque-Cosson, Mazeaud 2008, 120.

⁹⁶ Тако су, на пример, у енглеском праву апсолутно ништави уговор да се почини злочин (*contract to commit a crime*) (Treitel 2007, 476) и уговор да се закључи брак са лицем које је већ у браку (Treitel 2007, 487).

Нормом о забрани цесије у блокади не штити се општи интерес ни интерес који би се могао сматрати примарним за друштво у целини. Ако упоредимо интерес заједнице за уклањање привредних друштава и предузетника у блокади из промета, с једне стране, и интерес за њихово преживљавање, с друге стране, изгледа да је претежнији друштвени интерес да блокирани привредни субјекат, пре свега због запослених и њихових породица, ако је то могуће опстане. Доктрина о новчаном кажњавању прекршиоца забране, без задирања у ваљаност правног посла, можда иде на руку онима који би да изиграју прописану забрану, али се чини да правни поредак не оставља на цедилу ни повериоце који се сматрају оштећеним. Они на примерен начин могу бранити свој интерес намирења одговарајућим правним средствима за побијање дужникових радњи ван стечаја и у стечају. Превентивна и репресивна сврха забране посредног измирења новчане обавезе путем цесије у блокади у целини се остварује новчаним кажњавањем њеног прекршиоца.

8.3. Комбиновано системско-телеолошко тумачење

Чини се да је разрешењу дилеме да ли законодавац пословима закљученим супротно законској забрани цесије у блокади одриче сваку правну важност или изигравање односног правила само представља кажњиву радњу најцелисходније приступити комбинованом применом циљног и системског тумачења.

8.3.1. *In favorem contractus*

У приватном праву не важи правило *nulla poena sine lege*. Осим законом прописане неваљаности, постоји и тзв. виртуална ништавост. Другим речима, то што одређена прохибиција није изречно санкционисана ништавошћу још увек не значи да послови предузети супротно таквој забрани нису и не могу бити ништави.

Ипак, апсолутна ништавост је *ultima ratio*, за којим би суд требало да посеже само у оним случајевима када на други начин није могуће остварити циљ повређене норме.⁹⁷

⁹⁷ Начело очувања уговора налаже да се, кад год је то могуће, сачува воља уговорних страна. Држимо да на истом принципу почива и правило о делимичној ништавости (300, чл. 105) и правило о конверзији ништавих уговора (300, чл. 106).

Нормотворац употребом фразе „ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију...“ (300, чл. 103, ст. 1) изречно прописује да се норма о забрани уговарања супротно принудним прописима мора тумачити телеолошки.⁹⁸ Друкчије казано, послови противни принудним прописима су ништави, „али постоје послови за које није било у интенцији законодавца да их сматра ништавим, већ ваља узети да се законодавац задовољио казненом санкцијом“ (Sasson 1957, 368).

Законодавац за повреду забране посредног измирења новчане обавезе путем цесије током блокаде рачуна ради принудне наплате јесте прописао другу санкцију, али ВКС сматра да прекршајна санкција прописана Законом о обављању плаћања није довољна.

Образложење за такво поступање *praeter legem* суд налази у различитој природи санкције која се односи на ваљаност посла и санкције која погађа прекршиоца забране. Описане санкције јесу различите природе, али, према нашем убеђењу, то не може бити једини разлог да се одређена забрана прогласи нормом *plus quam perfecta*. Правни поредак познаје и норме *minus quam perfecta*, код којих је последица повреде забране одређене радње у правном промету кажњавање прекршиоца, која не утиче на ваљаност предузетог правног посла.

8.3.2. Избегавајући противречна вредновања

Чини се да је у конкретном случају, осим циљног, нарочито значајно системско тумачење да правни систем у вредносном смислу представља целину,⁹⁹ што значи да би садржај норми истог ранга требало да буде усклађен.

Као што смо већ напоменули, норма о забрани цесије у блокади односи се само на cedente из круга правних лица и предузетника. У правном поретку који тежи јединству лишеном антиномија један исти посао не би требало да буде апсолутно ништав ако је cedent предузетник,

⁹⁸ Polajnar Pavčnik у Juhart, Možina *et al.* (2016, 179).

⁹⁹ „Појединачне норме не стоје једна поред друге неповезано у једном аморфном хаосу, штавише правни поредак се има схватити као идеално јединство, као један систем што је више могуће кохерентних вредносних одлука, као структура, чији појединачни делови не смеју изоловано да се тумаче без узимања у обзир њиховог нормативног контекста.“ Ernst Kramer, Juristische Methodenlehre, München – Wien – Bern, 2016, 92–93. Наведено према: Кнежевић 2019, 222.

а пуноважан ако је цедент физичко лице које не обавља делатност.¹⁰⁰ Тешко је пронаћи смислен одговор на питање како је то противно општем интересу када новчану обавезу путем цесије посредно измири предузетник, а није противно општем интересу када то учини физичко лице (које се, на пример, задужило код других физичких лица ради вођења парнице, али када добије правноснажну пресуду закључи да је за њега исплативије да већ утврђено потраживање уступи супрузи или родитељима).

Законом о пореском поступку и пореској администрацији прописано је да порески обвезници – чији су рачуни у тренутку плаћања блокирани ради извршења принудне наплате могу посредно измиривати новчане обавезе искључиво ради испуњења обавеза по основу јавних прихода. Из угла *argumentum ad cohaerentia* није прихватљиво тумачити одређену правну норму тако да води закључку да је садржински идентичан правни посао истог цедента апсолутно ништав ако је цесионар привредни субјекат, а пуноважан ако је цесионар држава као порески поверилац.

Ако је циљ односне норме да се сачува дужникова актива, зашто би законодавац ограничио располагање потраживањима, не дирајући у располагање осталим добрима у имовини дужника. Као што дужнику чији је рачун у блокади није забрањено да отуђи неку непокретну или покретну ствар из своје имовине, није му забрањено ни да отуђи неко потраживање. Евидентирањем неизмирених обавеза на рачуну дужника, дужникова потраживања не постају добра ван промета *res extra commercium*.

Ако прихватимо да се циљ систематског тумачења огледа у избегавању противречних вредновања (*widerspruechliche Wertungen*) (Samardžić 2012, 86), онда се не може сматрати примереним тумачење односне норме да посао цесије у блокади погађа санкција ништавости. Прописана забрана се не односи на облигационоправна дејства цесије већ на фактичку радњу евидентирања посредног измирења обавезе (обрачунска дејства). Повреда норме о забрани цесије током блокаде рачуна не вређа основне принципе привредног система него описану меру за регулацију тржишта (Sasson 1957, 371).

¹⁰⁰ У питању је посао који може бити пуноважно предузет од одређених субјеката. О разлици између апсолутне забране и релативне забране уговарања за одређене субјекте видети у Перовић 1975, 185.

8.3.3. Не губећи из вида општа правила о ништавости

Ако посао цесије упркос забрани посредног измирења новчаних обавеза током блокаде рачуна није свагда ништав, то још увек не значи да такав посао, у конкретном случају, не може бити апсолутно ништав према општим правилима о ништавости.

Суд ће по службеној дужности анализирати конкретне ситуације у спору, утврђујући ништавост уговора срачунатог на изигравање поверилаца, ако је овај противан начелу савесности и поштења,¹⁰¹ ако је противан добрим обичајима, ако је реч о неморалном¹⁰² или фиктивном послу и сл.

Изиравање забране цесије за време блокаде рачуна представља кажњиву радњу која повлачи прекршају одговорност – евентуално и кривичну, ако су остварени елементи бића кривичног дела оштећење поверилаца. Из угла грађанског права, прописана забрана је само једна индиција која може да послужи судији да донесе одлуку о утврђењу ништавости посла или да усвоји захтев за побијање дужникових правних радњи ван стечаја или у стечају.¹⁰³

8.3.4. Формуле професора Константиновића нуде решења и за савремене правне дилеме

У анализираним одлукама ВКС не помиње норму из чл. 103, ст. 2 ЗОО: „Ако је закључење одређеног уговора забрањено само једној страни, уговор ће остати на снази ако у закону није што друго предвиђено за одређени случај, а страна која је повредила законску забрану сносиће одговарајуће последице.“¹⁰⁴ То иако је у нашој правној теорији јасно исказано становиште да „као индиција да повреда забране не треба да

¹⁰¹ Zimmermann, Whittaker, in Zimmermann, Whittaker, 2000, 7–63.

¹⁰² „Судији је дато велико право да он оцењује да ли је у конкретном случају један уговор неморалан“ (Марковић 1997, 208). Све законске прописе одређене средине прожима морал те средине, веза између права и морала је уска. А. Гамс, са Љиљаном Ђуровић 1994, 210.

¹⁰³ Опширније о побијању правних радњи дужника као једном од допунских права повериоца којима овај штити своје изгледе за намирење вид.: Радовић, Тешић 2015, 158–160.

¹⁰⁴ Према неким правним писцима, ово правило је засновано на начелу правичности. „У таквим случајевима санкција ништавости која је грађанскоправа замењена је казненом санкцијом која је из домена кривичног или управног права“ (Николић 2016, 357).

има за последицу ништавост може да послужи околност да се забрана односи само на једну уговорну страну, да се само једној уговорној страни прети казном у случају повреде прохибитивне норме“ (Круљ 1956, 353).

Према учењу проф. Константиновића (1982а, 555), „када је закључење неког иначе дозвољеног уговора забрањено само једном уговорнику, онда је тај уговор пуноважан. Забрана у том случају може повући евентуално дисциплинске, или казнене, или које друге санкције; она не повлачи ништавост уговора... Супротно правило погађало би без икаквог правног разлога другог уговорника“.

Опреза ради, проф. Константиновић подсећа да „треба пазити да ли се забрана упућена једној страни не односи на предмет или основ уговора. Тада ће уговор бити ништав по општим правилима о ништавости уговора због недозвољеног основа или предмета, без обзира што је пропис састављен тако да се појављује као забрана упућена једном лицу“.¹⁰⁵

Није сваки недопуштен посао уједно и апсолутно ништав. Ако је уступање тражбине забрањено само цеденту, нема разлога да трпи цесионар. Норма о забрани цесије у блокади није пусто острво, већ део правног система од кога се очекује да функционише као логична и непротивречна целина.

Претходно казивање изнова потврђује тезу да „код Константиновића већ све пише“ и да је већину актуелних недоумица у области облигационог права могуће разрешити марљивим читањем записа једног од родоначелника београдске правне школе.

Сматрамо да разумевање норме о забрани цесије у блокади садржано у одлукама ВКС новијег датума не исказује њен *ratio legis* на објективан и уверљив начин. Понуђени исход тумачења није усклађен са осталим нормама у нашем позитивном праву и у значајној мери угрожава преко потребну правну сигурност.

Чини се да је готово немогуће усагласити актуелну судску праксу са доктринарним ставовима наших најзначајнијих правних писаца из области приватног права доношењем начелног правног става ВКС

¹⁰⁵ „Исто тако уговор ће бити ништав ако је забрана једном уговорнику прописана у интересу другог уговорника... Тако је на пример у случају забране адвокату да купи спорно право чија му је одбрана поверена.“ Константиновић 1982а, 555.

о том питању. Отуда је, према нашем уверењу, ма колико то било теоријски непопуларно, до правог смисла односне норме у овом тренутку примереније доћи њеним аутентичним тумачењем.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Антић, Оливер. 2012. *Облигационо право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [2] Благојевић Борислав, Врлета Круљ. 1983. *Коментар Закона о облигационим односима*. I књига. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [3] Делић, Наташа. 2022. *Кривично право, посебни део*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [4] Доловић, Катарина. 2/2011. Непостојећи уговор. *Анали Правног факултета у Београду* LIX: 263–278.
- [5] Ђуровић, Љиљана. 10/1996. Непостојећи и ништави уговори. *Правни живот*: 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] Хибер, Драгор. 1/2015. Побијање уговора о јемству у стечајном поступку. *Анали Правног факултета у Београду* 63: 58–74.
- [10] Хибер, Драгор, Милош Живковић. 2015. *Обезбеђење и учвршћење потраживања*. Књига прва. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [11] Гамс, Андрија са Љиљаном Ђуровић. 1994. *Увод у грађанско право*. Београд: Савремена администрација.
- [12] Juhart, Miha, Damjan Možina, Barbara Novak, Ada Polajnar Pavčnik, Viktorija Žnidaršič Skubic. 2016. *Uvod u civilno pravo*. Ljubljana: Uradni list Republike Slovenije.

- [13] Лазић, Мирослав. 2009. *Право реалног обезбеђења*. Ниш: Пунта.
- [14] Караникић Мирић, Марија. 1/2010. Промена дужника. *Анали Правног факултета у Београду* 58: 229–257.
- [15] Кнежевић, Марко. 2019. Утицај престанка својства предузетника на стварну надлежност у парничном поступку: ка новом схватању појма „спор између предузетника и привредног субјекта – поводом става ГО ВКС од 23. 3. 2012 (*Билтен ВКС* 1/2012, 119)“. *Harmonius – Journal for Legal and Social Studies in South East Europe*: 211–232.
- [16] Ковачевић Куштримовић, Радмила. 1991. *Грађанско право (општи део)*. Ниш: Народне новине.
- [17] Константиновић, Михаило. 1952. *Облигационо право (општи део)*. Према белешкама са предавања професора М. Константиновића, средιο В. Капор.
- [18] Константиновић, Михаило. 3–4/1982а. Забрањени уговори у трговини, *Анали Правног факултета у Београду*: 549–558.
- [19] Константиновић, Михаило. 3–4/1982б. Природа уговорне казне – смањење од суда. *Анали Правног факултета у Београду*: 520–526.
- [20] Константиновић, Михаило. 3–4/1982с. Оштећење преко половине и зелешаки уговори. *Анали Правног факултета у Београду*: 529–539.
- [21] Константиновић, Михаило. 1996. *Скица за законик облигацијама и уговорима*. Београд: Службени лист СРЈ.
- [22] Круљ, Врлета. 3/1956. Забрањени правни послови у нашем праву. *Архив за правне и друштвене науке*: 346–354.
- [23] Лоза, Богдан. 2000. *Облигационо право, општи део*. Београд: Службени гласник.
- [24] Марковић, Лазар. 1927. *Грађанско право, Прва књига, Општи део и Стварно право*. Београд: Народна самоуправа.
- [25] Марковић, Лазар. 1997. *Облигационо право*. Београд: Службени лист СРЈ.
- [26] Милошевић, Љубиша. 3/1967. Забрањени уговори у промету робе. *Гласник АКВ*: 25–27.
- [27] Негован, Светлана. 7–8/2011. Закон о изменама и допунама Закона о платном промету. *Банкарство*: 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] Николић, Душан. 2016. *Увод у систем грађанског права*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.
- [30] Перић Живојин. 1928. *Специјални део грађанског права, Облигационо (тражбено) право, А. Општи део облигационог (тражбеног) права*. Београд.
- [31] Перовић, Слободан. 1975. *Забрањени уговори у имовинском праву*. Београд: Службени лист СФРЈ.
- [32] Радовановић, Сања, Николина Мишчевић. 1/2020. О подели на непостојеће и ништаве уговоре у домаћем праву. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*: 267–287.
- [33] Радовић, Вук. 1/2013. Побијање правних радњи без накнаде или уз незнатну накнаду у стечајном поступку. *Анали Правног факултета у Београду* LXI: 73–95.
- [34] Radović, Vuk, Nenad Tešić. 3/2015. On Creditor's Supplemental Rights. *Annals FLB – Belgrade Law Review* LXIII: 141–169.
- [35] Радовић, Мирјана. 2016. *Правни промет, право банкарских платних услуга*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [36] Радишић, Јаков. 2017. *Облигационо право, општи део*. Ниш: Правни факултет у Нишу.
- [37] Салма, Јожеф. 2007. *Облигационо право*. Нови Сад: Правни факултет у Новом Саду.
- [38] Салма, Марија. 3/2009. Побијање правних радњи стечајног дужника. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 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, последњи приступ 31. јула 2022.

- [42] Станковић, Обрен, Миодраг Орлић. 1999. *Стварно право*. Београд: Номос.
- [43] Тешић, Ненад. 2007. *Продаја и пренос потраживања*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [44] Тешић, Ненад. 7-9/2017. Како расплакати Есхила? – О правно-трагичној рестриктивности у тумачењу појма „прелаз потраживања“. *Право и привреда*: 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] Тешић, Ненад. 2022. *Право заштите хипотекарних потрошача – Правна трилогија*. Књига прва: Појам хипотекарног потрошача. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [47] Peel Edwin, G. H. Treitel. 2007. *The Law of contract*. London: Sweet & Maxwell.
- [48] Водинелић, Владимир. 2012. *Грађанско право: Увод у Грађанско право и општи део Грађанског права*. Београд: Службени гласник.
- [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.

ОСТАЛИ ИНТЕРНЕТ ИЗВОРИ

- [1] *Политика*. 2010. Аутоматски у стечај, 31. март 2010. <https://www.politika.rs/scc/clanak/129650/Automatski-u-stecaj>, последњи приступ 31. јула 2022.
- [2] Образложење Нацрта закона о обављању плаћања правног лица, предузетника и физичког лица које не обавља делатност. <http://vs3836.cloudhosting.rs/misljenja/1016/obr/obrazlozenje,%2029.06.2015.pdf>, последњи приступ 31. јула 2022.

- [3] Предлог закона о обављању плаћања правног лица, предузетника и физичког лица које не обавља делатност. <http://vs3836.cloudhosting.rs/misljenja/1016/nac/Nacrt%20zakona,%2029.06.2015.pdf>, последњи приступ 31. јула 2022.

СУДСКА ПРАКСА

- [1] Одговори на питања привредних судова који су утврђени на седници Одељења за привредне спорове Привредног апелационог суда одржаној 3, 4. и 26. новембра 2015. године и на седници Одељења за привредне преступе и управно-рачунске спорове одржаној 30. новембра 2015. године. Судска пракса привредних судова, *Билтен* 4/2015. *Paragraf Lex*.
- [2] Привредни апелациони суд, Пж. 7075/2014(1), 18. 3. 2015. *Paragraf Lex*.
- [3] Привредни апелациони суд, Пж. 2204/2015, 25. 11. 2015. Судска пракса привредних судова, *Билтен* 1/2016. *Paragraf Lex*.
- [4] Привредни апелациони суд, Пж. 4470/2016, 11. 5. 2017. *Paragraf Lex*
- [5] Привредни апелациони суд, Пж. 190/19, 19. 2. 2020. *Paragraf Lex*.
- [6] Апелациони суд у Београду, Гж. 4691/2014, 26. 11. 2014. *Paragraf Lex*.
- [7] Апелациони суд у Крагујевцу, Гж. 2125/2013, 9. 9. 2013. *Paragraf Lex*.
- [8] Апелациони суд у Нишу, Гж. 2195/2016, 16. 11. 2016. *Paragraf Lex*.
- [9] Правни став усвојен на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда одржаној 19. септембра 2017.
- [10] Врховни касациони суд, Прев. 45/2016, 3. 11. 2016.
- [11] Врховни касациони суд, Прев. 19/2017, 13. 4. 2017.
- [12] Врховни касациони суд, Прев. 326/2017, 12. 4. 2018.
- [13] Врховни касациони суд, Рев. 4026/2018, 6. 11. 2019.
- [14] Врховни касациони суд, Прев. 115/2019, 9. 7. 2020.
- [15] Врховни касациони суд, Прев. 571/2019, 12. 11. 2020.
- [16] Врховни касациони суд, Прев. 535/2020, 18. 2. 2021
- [17] Врховни касациони суд, Прев. 193/2021, 14. 7. 2021.
- [18] Врховни касациони суд, Прев. 390/2021, 16. 12. 2021.

[19] Врховни касациони суд, Прев. 406/2021, 21. 10. 2021.

[20] Врховни касациони суд, Рев. 602/2021, 25. 2. 2021.

[21] Врховни касациони суд, Рев. 4019/2022, 12. 5. 2022

[22] Уставни суд, ИУз-850/2010, 12. 7. 2012.

[23] Уставни суд, Уж-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.

Др Марија КАРАНИКИЋ МИРИЋ*

ОСЛОБАЂАЈУЋЕ „ПРИСТУПАЊЕ“ ДУГУ: ЗАБОРАВЉЕНИ ИНСТИТУТ ИЗ СКИЦЕ ЗА ЗАКОНИК О ОБЛИГАЦИЈАМА И УГОВОРИМА

Све наше законске одредбе у материји промене дужника пренете су из Скице за законик о облигацијама и уговорима. Међутим, том приликом је изостављено правило да поверилац и треће лице могу изричито да уговоре ослобађајући ефекат уговора о приступању дугу. У Скици није решено питање може ли дужник томе да се успротиви. Не знамо зашто та одредба Скице није преузета у Закон о облигационим односима. Не знамо много ни о томе како су се развијали ставови Михаила Константиновића о промени дужника. О том развоју постоје само два трага: ауторизоване Белешке с предавања која је Константиновић држао студентима Правног факултета у Београду и текст Скице. Због тога овај рад има два циља. Прво, да се размотре промене у схватањима Михаила Константиновића од његових првих забележених речи о уставној промени дужника до Скице. И друго, да се преиспитају смисао и домашај запостављеног правила о ослобађајућем приступању дугу.

Кључне речи: *Михаило Константиновић. – Преузимање дуга. – Приступање дугу.*

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

1. УВОД

Промена дужника је персонална промена на пасивној страни у облигацији која задржава свој идентитет. У ужем смислу, то је замена првобитног дужника неким другим лицем. У ширем смислу обухвата и повећање броја субјеката на дужничкој страни у облигацији. Обавеза се не гаси кад се промени личност која дугује. Зато се каже да промена дужника нема новаторне ефекте.¹

Установа промене дужника појављује се у свом чистом облику тек у грађанским кодификацијама с краја 19. и почетка 20. века (Шмалцељ 1968а, 189).² Разлози за то су пре свега историјске и правнотеоријске природе. Потреба за тим институтом постоји у свим друштвима у којима је правни промет релативно слободан. Тамо где се правна теорија противила идеји да дуг може да се одвоји од дужникове личности, у пракси су редовно настајали супститути, то јест заменске установе којима могу да се остваре приближни резултати.

Југословенска законска правила о промени дужника³ писана су на темељу Скице за законик о облигацијама и уговорима.⁴ Опште је познато да Скица никада није била ни службени преднацрт будућег прописа ни формални извор права. У периоду од 1960. до 1969. године поспе сам ју је писао, а онда и ставио пред јавност професор београдског Правног факултета Михаило Константиновић.⁵

Од часа када је објављена, Скица је почела снажно да утиче на праксу домаћих судова. У условима правне празнине која је у нашем облигационом праву постојала од 1946. године,⁶ Скица је одмах постала

¹ О промени дужника у ужем (правом) и ширем смислу већ сам детаљно писала: Караникић Мирић (2020б); Караникић Мирић (2020а, 198–232); Караникић Мирић (2019, 145–170); Караникић Мирић (2018, 215–232). У овом тексту се значајно ослањам и на налазе тих својих ранијих истраживања.

² Видети §§ 414–418 немачког Грађанског законика (НГЗ) и § 419 који је у међувремену укинут; §§ 1404–1409 новелираног аустријског Грађанског законика (АГЗ); чланове 175–181 швајцарског Законика о облигацијама (ШЗО).

³ Чланови 446–452 Закона о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ* 29/78.

⁴ Чланови 371–377 Скице за законик о облигацијама и уговорима.

⁵ Погледати Претходне напомене самог Константиновића (1996, 38).

⁶ Правна празнина је створена Законом о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације – ЗН, *Службени лист ФНРЈ* 86/1946, последње измене у 96/1947, по којем су правну снагу изгубили сви прописи који су били на снази 6. априла 1941. У периоду

извориште „општих правних правила“ на која су се судови позивали као на „спасоносну формулу“.⁷ Њен неформални утицај на праксу трајао је све до усвајања југословенског Закона о облигационим односима.

Када се у једном правном систему коначно прихвати идеја да идентитет дужника није одређујуће својство облигације, то јест да облигација не мора да се угаси када се промени личност која дугује, онда постоји неколико начина да се та промена постигне, то јест да се вољно промени дужник у облигацији која задржава свој идентитет (Караникић Мирић 2020б, 127–129): (1) Ако уговор о промени дужника закључују поверилац и треће лице које ступа у туђи дуг, реч је о екстерној промени. (2) Ако пак тај уговор закључују дужник и треће лице, у питању је интерна промена. (3) Промена дужника је неправда, то јест кумулативна, ако на тај начин поверилац стиче још једног дужника уз оног кога већ има. (4) Промена дужника је права, то јест ослобађајућа, ако се пређашњи дужник ослобађа, а треће лице ступа на његово место.

Ниједан европски правни систем нема посебно уређење свих тих могућности. На пример, код нас су законом уређене (а) интерна ослобађајућа промена дужника (преузимање дуга) и (б) екстерна кумулативна промена дужника (приступање дугу). У нашем језику се усталило да израз *преузимање* користимо кад је промена ослобађајућа, то јест када се првобитни дужник ослобађа обавезе а нови ступа на његово место. Израз *приступање* се користи за кумулативне промене, у којима поверилац не губи првобитног дужника него стиче још једног.⁸ О преостале две могућности наш законодавац ћути: немамо посебна законска правила о (в) интерној кумулативној промени дужника (уговор дужника и трећег лица којим трећи ступа уз дужника тако да сад обојица дугују) и (г) екстерној ослобађајућој промени дужника (уговор повериоца и трећег лица којим трећи ступа на место првобитног дужника а овај се ослобађа).⁹

од усвајања ЗН до доношења 300 извршена је само парцијална кодификација трговачких обичаја у области промета робом. Видети Опште узансе за промет робом, *Службени лист ФНРЈ* 15/1954.

⁷ Видети предговор Слободана Перовића под насловом „Скица за један портрет“ у: Константиновић 1996, 8. Обрад Станојевић (1978, 272–273) такође је писао о великом неформалном утицају који је Скица имала на судове одмах по објављивању.

⁸ Други назив за приступање било је супреузимање – приступ дугу или супреузеће (Шмалцел 1968б, 257).

⁹ Имамо и посебна законска правила о преузимању испуњења. То је уговор којим се треће лице обавезује дужнику да ће о доспећу намирити његовог повериоца. Треће лице не преузима туђи дуг, не приступа туђем дугу, него се

Избор механизма којима се у југословенском праву остваривала вољна промена на дужничкој страни у облигацији направљен је према моделу из Скице. У Скици је предложено да се ослобађајућа промена дужника постиже уговором који закључе дужник и треће лице, а кумулативна уговором повериоца и трећег. Из Скице потичу и прикладни називи тих института: преузимање дуга и приступање дугу.¹⁰

Све наше законске одредбе у тој материји пренете су из Скице: југословенски законодавац их је преузео уз занемарљиве језичке измене које нису промениле смисао правила.¹¹ Међутим, из Закона је изостављена могућност да се изричито уговори ослобађајући ефекат уговора о приступању дугу, што је Константиновић био предвидео Скицом.

Скица и 300 садрже, наиме, исту одредбу о уговору о приступању дугу:¹²

обавезује на испуњење туђег дуга. По томе је преузимање испуњења ближе јемству него правним пословима располагања којима се постижу персоналне промене на дужничкој страни. Зато оно и није предмет овог рада. Видети члан Скице 378 и члан 453 300. Пре него што је Скицом и Законом решено да код нас поверилац не стиче никакво право према трећем лицу које је на себе преузело обавезу испуњења, у домаћој теорији је било и другачијих предлога: „Код нас би се могло бранити и супротно гледиште, пошто би се такво обећање могло сматрати као уговор у корист трећег (повериоца), а из таквог уговора трећи стиче код нас директно право према обећаоцу.“ Милошевић 1953, 437.

¹⁰ Милошевић је још 1953. године критиковао то што судови код нас користе израз цесија дуга да означе преузимање или пријем: „Овај термин одговара терминологији француских аутора (*cession de dette*), али француски *Code civil* не познаје преузимање дуга. Наш термин је пријем или преузимање дуга и он одговара термину *Schuldübernahme* из аустријског права, одакле је ова установа прешла у наше право. Термин цесија или уступање тражбине употребљава се код нас за означавање промене повериоца.“ Милошевић 1953, 435–436. У том тексту не помиње израз *приступање дугу*.

¹¹ Споредна права се у Скици називају узгредним правима. Ако позив упућен хипотекарном повериоцу да се изјасни о преузимању дуга (у случају отуђења хипотековане непокретности) не садржи одговарајуће упозорење о правном значају његовог пропуштања да се изјасни у одређеном року, у Скици се предвиђа да је тај позив ништав, а у 300 да се узима да позив уопште није упућен. У Скици је предвиђено да је ништава – а у 300 да не делује према повериоцима – уговорна одредба којом се искључује или ограничава одговорност за дугове којима по сили закона приступа онај ко на себе прими неку имовинску целину или њен део.

¹² Члан 376 став 1 Скице и члан 451 300. Једина разлика је у томе што се у Скици користе речи обвеза и обвезивање, а у Закону обавеза и обавезивање.

„1. Уговором између повериоца и неког трећег, којим се овај обвезује према повериоцу да ће испунити његово потраживање од дужника, трећи ступа у обвезу поред дужника.“

Ипак, у Скици стоји и ово:¹³

„2. Само ако је то изражено на несумњив начин, може се уговором између повериоца и трећег лица извршити преузимање дуга и дужник сасвим ослободити обвезе.

3. Стране уговорнице могу одредити да ће трећи одговарати само за одређени део обвезе.“

Не знамо зашто те одредбе Скице нису преузете у 300. Није познато ни зашто је Комисија за израду грађанског законика предложила да се та правила ипак унесу у будући грађански кодекс.¹⁴ Осим тога, не знамо много ни о генези схватања Михаила Константиновића о промени дужника. О томе имамо само два трага: ауторизоване Белешке с предавања која је Константиновић држао студентима Правног факултета у Београду и текст Скице.

Стога овај рад има два циља. Прво, да размотри промене у схватањима Михаила Константиновића од његових првих забележених речи о том институту до Скице, из које су преузета правила о промени дужника која код нас важе дуже од четири деценије. И друго, да преиспита смисао и домашaj запостављене одредбе Скице о ослобађајућем приступању дугу.

Међутим, неопходно је пре тога дати једно упозорење. Ослобађајући ефекти уговора о приступању дугу стварају терминолошки проблем. Константиновић је то очигледно знао. По својим правним последицама,

¹³ Члан 376, ст. 2 и 3 Скице. Делимично приступање дугу из последњег става није битно за ову анализу.

¹⁴ Комисија за израду грађанског законика радила је од 2006. до 2019. године. У погледу уговора о приступању дугу предвидела је да се у грађански кодекс унесу изостављена правила из Скице, али тај предлог није образложила. Члан 607, ст. 2 и 3, Преднацрт Грађанског законика из маја 2019. године, доступно у електронској бази *ParagraphLex*. Комисију је образовала Влада Републике Србије. Видети Одлуку о образовању посебне Комисије ради кодификације грађанског права и израде Грађанског законика, *Службени гласник РС* 104/2006, последње измене у 53/2013; Одлуку о престанку рада Комисије за израду Грађанског законика, *Службени гласник РС* 51/2019.

такав уговор између повериоца и трећег лица заправо је преузимање, а не приступање: треће лице не ступа у обавезу поред дужника, него уместо њега. Зато је израз „ослобађајуће приступање дугу“ – оксиморон.

Константиновић га не користи, него под насловом „Уговор о приступању дугу“ у члану 376 Скице предвиђа да поверилац и треће лице по изузетку могу уговором да „изврше преузимање дуга“ и дужника сасвим ослободе обавезе. Прецизан назив за уговор између повериоца и трећег лица којим тај трећи ступа на дужниково место а дужник се ослобађа обавезе требало би да буде *преузимање дуга уговором повериоца и трећег лица* (Караникић Мирић 2020б, 192–194). У краћем називу *ослобађајуће приступање дугу* реч *приступање* мора да буде стављена под наводнике да би се указало на супротност у придеву, то јест на оксиморонско значење израза без знакова навода.

2. ЕВОЛУЦИЈА КОНСТАНТИНОВИЋЕВИХ СХВАТАЊА О ПРОМЕНИ ДУЖНИКА

2.1. Од Бележака до Скице

Промена дужника је аутентична установа немачког права и оних правних система који су се у области промене субјеката развијали под немачким утицајем. Прва законска правила о промени дужника као засебној установи постојала су у дрезденском Нацрту униформног закона о облигацијама из 1866. године. Тај нацрт није никада усвојен, али је утицао на немачки Грађански законик из 1900, као и на швајцарски Законик о облигацијама из 1911. године (Neumayer 1980, 226).

Насупрот томе, у француској правној доктрини прихваћена је и традиционално заступана идеја да је дуг инхерентно непреносив а дужник незамењив.¹⁵ У француском праву су развијене неке установе, као што су савршена или свршена делегација, субјективна новација и ослобађајући уговор у корист трећег лица, које могу да послуже као несавршени супститути за праву промену дужника (Караникић Мирић 2019, 150–155). Међутим, те установе су структурно неподесне да сачувају идентитет дуга који треба пренети на другог због тога што листом имају новаторне ефекте: подразумевају да једна облигација

¹⁵ Опширно с упућивањем на литературу: Караникић Мирић (2020б, *passim*). Видети примерице: Andreu, 2010; Neumayer, 1980; Aubert, 2013; Baum, 2009; Billiau, 2002.

мора да се угаси да би се засновала нека друга, која се од угашене разликује по субјекту на дужничкој страни. Француски Грађански законик (ФГЗ) изворно не садржи никаква правила о промени дужника. Тек 2016. године, када је спроведена темељна реформа француског облигационог права, прве одредбе о промени дужника коначно су унете у француски грађански кодекс.¹⁶

Правни системи који су се у материји промене дужника развијали под утицајем француског грађанског кодекса традиционално не прихватају да промена личности која дугује може да се изведе тако да облигација сачува свој идентитет. Насупрот томе, правни системи који су се у тој области развијали под утицајем немачког права и пандектне традиције прихватају да промена субјекта на дужничкој страни не мора да угаси облигацију. Ту спадају, на пример, швајцарско и аустријско право, правни системи Централне, Источне и Северне Европе (Neumaier 1980, 227) и сви правни системи који баштине југословенски Закон о облигационим односима.¹⁷

Код нас није много писано о промени дужника. У периоду после Другог светског рата најважнија је дводелна студија Желимира Шмалцеља (1968a, 1968b), који сам констатује да домаћа правна теорија тог доба монографски не обрађује преузимање дуга и повезане институте (мисли на преузимање испуњења и приступање дугу), а да је пракса према њима уздржана (Шмалцељ 1968a, 190).

Све што је Константиновић написао о промени дужника налази се у Скици. То је његово коначно разумевање тог института. Међутим, пре него што је почео рад на Скици и током тог рада Константиновић је говорио о промени дужника на својим предавањима и те су његове речи забележене. Када се упореди оно што у Белешкама пише о промени дужника с правилима која се налазе у Скици, очигледна је еволуција Константиновићевих схватања: од првих неразвијених идеја о том институту до рафинираног система правила која се и данас примењују у свим некадашњим југословенским републикама. У Белешкама се назиру

¹⁶ Промена дужника се у француској теорији одувек назива цесијом дуга (*la cession de dette*). Тај назив је добила и у грађанском кодексу. Видети чланове 1327, 1327-1, 1327-2, 1328 и 1328-1 ФГЗ (по новој нумерацији). Новелирани ФГЗ доступан је на www.legifrance.gouv.fr, последњи приступ 14. септембра 2022. О реформи су писали, на пример, Chantepie, Latina (2016); Julianne (2017); Simler (2016a); Simler (2016b).

¹⁷ За српско право и данас су релевантни чланови 446–452 Закона о облигационим односима – 300, *Службени лист СФРЈ* 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ* 31/93, 22/99, 23/99, 35/99 и 44/99, *Службени лист СЦГ* 1/03 и *Службени гласник РС* 18/20.

трагови старе француске идеје о тројном или трипартитном споразуму о промени дужника, док је у Скици развијен један сложен неноваторни аутономни правни институт.¹⁸

Под насловом „Пријем или преузимање дуга“ у Белешкама стоји (Константиновић 1969, 216):

„Код пријема дуга на место једног дужника ступа неко друго лице. Преузимање дуга је прелазак дуга са садужника на неко друго лице и то на основу уговора између новог дужника, старог дужника и повериоца. Основ пријема дуга може бити разноврстан. То може бити део неке шире операције, као нпр. пренос предузећа, укидање установе и др. Услови за пријем дуга састоје се у потреби да се постигне сагласност старог и новог дужника, а и повериоца. Пошто повериоцу није свеједно ко ће му бити дужник, то је преузимање дуга обављено тек кад поверилац на то пристане.“

О правном дејству тако схваћеног уговора Константиновић на истом месту каже:

„Пошто у преузимању дуга учествују три лица, постоје и три врсте односа који зависе од основа преузимања дуга. Тако имамо: а) односи старог и новог дужника – они су регулисани основом преузимања дуга. Ако нпр. таст преузме дугове будућег зета на основу будућег брака између његове ћерке и зета, па до брака не дође, онда пада поклон који је таст учинио зету, јер будући услов није испуњен; б) односи повериоца и новог дужника – нови дужник ступа на место старог дужника и дугује повериоцу све оно што је дуговао стари дужник. Пошто је облигациони однос остао исти, то поверилац може да захтева од новог дужника све што је захтевао од старог. Нови дужник може да истакне повериоцу све оне приговоре којима се служио стари дужник. Међутим, ако је неко јемчио за обавезу старог дужника, неће јемчити и за обавезу новог дужника. Ако јемац пристане да јемчи новом дужнику, онда имамо нов облигациони однос; ц) однос старог дужника и повериоца – са ступањем новог дужника у облигациони однос, не значи да стари дужник сасвим губи обавезу. Стари дужник остаје

¹⁸ Белешке које су објављене 1969. године (а њих овде користим) очигледно потичу с предавања која су одржана знатно раније. И Скица је, наиме, објављена 1969, али у њој постоје разрађена правила о персоналним променама на дужничкој страни у облигацији, док се у Белешкама објављеним исте године промена дужника још увек, бар тако изгледа, посматра као тространи уговор.

и даље у обавези али више није дужник првог реда. Ако нови дужник не може да плати, онда ће за то бити одговоран дужник. Стари дужник гарантује солвентност новог дужника. Изузетно стари дужник може да буде ослобођен сваке обавезе ако се на то стране споразумеју.“

И то је готово све што је забележено пре Скице. Треба додати још један податак. У необјављеној редакцији Скице из јуна 1966. године, после члана о приговорима преузимаоца (данашњи члан 375 Скице), налазио се један члан који се касније губи. Под насловом „Поништење уговора о преузимању дуга“ тамо је стајало:¹⁹

- „1. Ако се преузимање дуга поништи, поверилац има према пређашњем дужнику иста права која је имао пре преузимања.
2. Поништење нема дејства према савесним трећим лицима која су у међувремену стекла нека права.
3. За штету коју би поверилац претрпео због поништења уговора о преузимању дуга, одговара преузималац, изузев ако докаже да до поништења није дошло његовом кривицом.“

Тих посебних одредаба нема у Скици; правне последице поништења уговора о преузимању дуга тамо су препуштене општим правилима о поништењу.

2.2. Тространи споразум о промени дужника

Очигледно је да се Константиновић није ослањао на правила пред-ратног права кад је студентима предавао о промени дужника. Правила српског Грађанског законика (СГЗ) о промени дужника била су написана по узору на неновелирани аустријски кодекс, па су, као и он, имала исте недостатке. У изворном тексту аустријског Грађанског законика (АГЗ) промена дужника била је одређена на једном месту као облик новације (§ 1345 АГЗ), а на другом су била помешана правила о променама на дужничкој страни у облигацији и правила о

¹⁹ Члан 345 Преднацрта из 1966. године.

асигнацији (§§ 1400–1410 АГЗ).²⁰ Осим тога што није робовао нашим предатним правилима о промени дужника, Константиновић није предавао поратним студентима нити је у Скицу унео, романска правила о делегацији, субјективној новацији и ослобађајућем уговору у корист трећег. Није сматрао да су за нас прикладне установе које се у француском праву традиционално користе да би се постигли ефекти који личе на промену дужника. То је морала бити одлука коју је свесно донео, пошто је права учио у Француској и познавао је тамошње институте. Тај избор је за нас био добар. Уосталом, сам француски законодавац је недавно уредио праву промену дужника. О таквим својим одлукама и изборима Константиновић је писао у Претходним напоменама у Скицу.²¹

„У новим законодавствима, и општије речено, у упоредном законодавству нека питања из ове области решена су на начин који више одговара потребама практичног живота него наша стара правна правила. Због тога се у овој скици налази већи број позајмица из упоредног законодавства. Неке од њих су преузете отуд у облику који имају у оригиналу, кад год је изгледало да је тамо нађена јасна и прецизна формула. Тим поводом потребно је подвући да се није тежило за оригиналношћу у сваком погледу и по сваку цену. Основна сврха целог посла била је да се после студије целе материје формулишу правила којима ће бити уређени облигациони односи на начин који би најбоље одговарао нашим приликама. И због тога, ако се у неком праву нашло неко правило које се у пракси показало као погодан инструмент да се постигне одређена сврха, није се оклеvalo да се оно прихвати и унесе у текст скице, кад год се дошло до закључка да решење садржано у њему одговара нашим потребама.“

Међутим, на својим забележеним предавањима – која су до нас стигла и којима данас располажемо – Константиновић још увек није био разрадио онај сложени систем установа који ће предложити у Скици. Тај систем обухвата: (1) ослобађајућу промену која се остварује угово-

²⁰ Упоредити §§ 872–881 СГЗ са § 1345 АГЗ (у коме је промена дужника ближе одређена као врста пренова) и §§ 1400–1410 АГЗ (у којима су смешана правила о промени дужника и о асигнацији) из времена пре Треће новеле АГЗ из 1916. године (Караникић Мирић 2020б, 136–137). У Предоснови грађанског законика за Краљевину Југославију асигнација и преузимање дуга су разлучени и уређени према Трећој новели. Та правила се налазе у §§ 1345–1353 Предоснове. Видети Мауровић 1934, 78–79; Радовчић 1975, 298–299.

²¹ Константиновић 1996, 33–35.

ром дужника и трећег лица, на који је пристао поверилац (преузимање дуга), (2) кумулативну промену која настаје уговором повериоца и трећег лица, за који се не тражи дужникова сагласност (приступање дугу), и (3) ослобађајућу промену која се постиже уговором повериоца и трећег лица, онда када изричито уговоре ослобађајући ефекат приступања. У Скици није речено да ли се дужник о томе пита. У Белешкама се пак не помињу ти институти, већ само „преузимање или пријем дуга“, које се тамо дефинише као „прелазак дуга са садужника на неко друго лице и то на основу уговора између новог дужника, старог дужника и повериоца“.

За разлику од Скице, у којој се дуг преузима уговором између дужника и преузимаоца, на који је пристао поверилац, у Белешкама се преузимање дуга разуме као уговор који закључују три стране – сва три учесника у широј операцији. Од повериочевог пристанка у Скици зависи какво ће бити правно дејство уговора о преузимању дуга, али не и његово постојање; поверилац није уговорна страна у том уговору, већ су то само дужник и преузималац.²² Насупрот томе, поверилац се у Белешкама наводи као уговорна страна у тространом споразуму о преузимању дуга. То значи да је његова сагласност конститутивна, да тај уговор не може да се закључи без њега (Караникић Мирић 2020б, 135–136).

Тространи споразум из Бележака нема ослобађајуће дејство.²³ Константиновић каже да то што је нови дужник ступио у облигациони однос не значи да је стари дужник слободан: стари дужник остаје у обавези, али више није дужник првог реда. Поверилац мора прво да покуша да се наплати од новог дужника, па ако у томе не успе, тек тада може да се обрати старом дужнику и да од њега захтева испуњење. Стари дужник гарантује повериоцу да је потраживање према новом дужнику наплативо, то јест да је нови дужник солвентан. Изузетно, ако се стране о томе посебно споразумеју, стари дужник може да се ослободи сваке обавезе. За то је потребна сагласност сва три учесника (Караникић Мирић 2020б, 136).

²² Члан 371, став 5 и члан 373, став 2 Скице.

²³ Константиновић 1969, 216. Упркос томе што нема ослобађајуће дејство, тространи уговор се у Белешкама зове преузимање, што је израз који се у Скици и 300 користи само за ослобађајуће промене, то јест само кад треће лице ступа у туђи дуг уместо првобитног дужника, а не поред њега.

Опште је познато да ни Скица ни 300 не садрже никаква правила о тространим уговорима, па ни о тространом уговору о промени дужника. То, наравно, не значи да су такви споразуми данас забрањени.²⁴ На темељу начела аутономије воље поверилац, дужник и треће лице могу да закључе уговор којим тај трећи ступа у постојећу облигацију уместо или поред првобитног дужника. Осим тога, може се уговорити да се стари дужник ослобађа обавезе али да остаје да јемчи за новог дужника или пак да се стари дужник не ослобађа обавезе али да дугује у другом реду – тек пошто поверилац покуша да се наплати од новог дужника (Караникић Мирић 2020б, 136). Тространи правни посао подразумева сагласност три изјављене воље. Према општим правилима уговорног права, свака од тих изјава производила би правно дејство тек када је приме оба адресата. То значи да би се дужник променио кад сваки учесник прими изјаве којима се преостала двојица саглашавају с променом.

Данас је чак за француске писце неспорно да није забрањено да се закључи тространи уговор *sui generis* којим дужник преноси своју обавезу према повериоцу на неко треће лице, с чиме се поверилац саглашава, при чему посебно уговарају опстанак свих приговора, споредних права и средстава учвршћења и обезбеђења. Међутим, такав уговор није заживео у пракси: у бројним правним системима постоје подеснија средства за остваривање истог циља, а у преосталим правним системима учесници у правном промету се устручавају да закључују уговоре који су непознаница – јер о таквим уговорима, премда нису забрањени, не постоје ни прописи ни судска пракса (Bolze 1985, 16).

2.3. Апстрактна природа преузимања дуга

У Белешкама се, дакле, промена дужника остварује тространим уговором између повериоца, дужника и трећег лица. Тај уговор нема ослобађајуће дејство осим ако се то посебно не уговори. Скица пак не

²⁴ У атмосфери начелног порицања да је могуће да се промени дужник а да се тиме не угаси обавеза, неки француски писци су сматрали да је и тројни споразум о промени дужника забрањен јер се не помиње у Грађанском законнику. Мислили су да из ћутања законодавца произлази да је забрањен сваки уговор којим се мења дужник: да је намеравао да допусти промену дужника, законодавац би је уредио – као што је уредио промену повериоца. Уместо многих видети Mazeaud *et al.* 1998, 1299. Други су пак писали да промена дужника може да се постигне тространим споразумом између повериоца, старог дужника и новог дужника, у складу с начелом слободе уговарања и без обзира на ћутање законодавца. Примерице, Carbonnier 2004, 2462–2463.

познаје тростране уговоре. У Скици је развијен систем двостраних правних послова којима се остварују персоналне промене на дужничкој страни. Међу тим пословима је и преузимање дуга, које по дефиницији има ослобађајући ефекат, што значи да отпуштање првобитног дужника не мора посебно да се уговара. Израз „преузимање дуга“ у Белешкама се користи за тространи споразум којим треће лице ступа у обавезу поред дужника који и даље дугује. У Скици се тај израз користи само кад треће лице ступа на дужниково место – уместо дужника а не поред њега.

У Скици су до краја развијене неке идеје које су у Белешкама само назначене. Тако у Белешкама није јасно исказана апстрактна природа уговора о преузимању дуга. У Скици је то недвосмислено речено у одредби која је потом дословно преузета у 300:²⁵ преузималац не може истаћи повериоцу приговоре из свог правног односа с пређашњим дужником, односа који је био основ преузимања.

Уговор о преузимању дуга је апстрактан. Разлози због којих преузималац прихвата да дугује уместо дужника значајни су само за однос између њих двојице. Повериоца се ти разлози не тичу. Циљ или сврха преузимања туђег дуга може да буде даровање дужника или давање дужнику бескаматног зајма. Осим тога, преузималац тако може да испуни неку своју ранију обавезу према дужнику или да дужнику одобри зајам с каматом. Међутим, пуноважност и правно дејство уговора о преузимању дуга не зависе од остварења циља који је преузималац имао у виду када је ступао на дужниково место.

Наши малобројни аутори који су писали о промени дужника, посебно ако су се ослањали на немачке изворе, рано су уочили да је преузимање дуга апстрактно. За то је Аранђеловић (1936, 132) дао упечатљив пример:²⁶

„Отац је, ради давања мираза, примио на себе дуг заручника своје кћери. Ако сад до закључења брака не дође, онда ни давању мираза нема места. Ипак за то отац мора платити повериоцу примљени дуг бившег заручника своје кћери, јер повериоца се не тиче који је правни основ био пријему дуга. Наравно да отац може тражити од заручника накнаду, пошто давању мираза нема места, те постоји неправедно обогаћење заручника (*condictio causa data causa non secuta*).“

²⁵ Члан 375, став 2 Скице и члан 450, став 2 300.

²⁶ Милошевић (2005, 302–303) је такође писао да је у римском праву зет могао да повећа своју имовину смањењем пасиве, тако што би неку његову обавезу према повериоцу на себе преузео невестин отац на име мираза.

И Шмалцел (1968а, 199) је истицао да се непосредни правни разлог за преузимање дуга готово увек налази у неком односу између дужника и преузимаоца, али да се преузималац на тај разлог не може позивати у своме односу према повериоцу.²⁷

И у Скици и Закону то је до краја јасно изведено: из претходног односа дужника и преузимаоца може се видети због чега закључују уговор о преузимању дуга. На пример, могуће је да преузималац тиме испуњава неку обавезу коју одраније има према дужнику. Међутим, преузимање дуга није каузално повезано с том старијом обавезом. Због тога преузималац не може истицати према повериоцу разлоге из којих је преузео туђе дуговање, односно то што сврха коју је имао на уму приликом преузимања не може да се оствари или се остварила на други начин (Караникић Мирић 2020б, 157).

За разлику од Скице, у Белешкама то још није јасно речено. Константиновић само каже да поклон који таст учини будућем зету, тако што преузме његове дугове у очекивању брака, отпада ако тај брак не буде закључен јер се у том случају није остварио будући услов под којим је учињен поклон (Константиновић 1969, 216). Не каже ништа о томе може ли таст да истакне према повериоцима то што се није остварио будући услов под којим су дугови преузети. Пошто тространи уговор из Бележака нема ослобађајуће дејство, кад таст преузме дугове будућег зета – зет не излази из тих обавеза него постаје дужник другог реда, осим ако се сви не сагласе да се он ослободи. А ако брак не буде закључен, поставиће се питање може ли таст, као једини дужник или као дужник првог реда, да истакне према повериоцима који захтевају испуњење приговор да брака нема, то јест да је отпала сврха поклона који је учинио свом несуданом зету, тако што је на себе преузео његове дугове.

Белешке на то не дају одговор, али у Скици јасно стоји, прво, да ослобађајуће дејство преузимања дуга не мора посебно да се уговара јер је то законско својство преузимања и, друго, да преузималац нема право да према повериоцу истиче приговоре из свог односа с првобитним дужником, који је био основ извршеног преузимања.

²⁷ Непосредан разлог преузимања дуга треба тражити у односу између дужника и преузимаоца чак кад до преузимања долази уговором који закључују поверилац и преузималац. Само изузетно може да се замисли да се непосредни правни разлог преузимања дуга налази у односу преузимаоца према повериоцу. Тако је, рецимо, када се добростојећи преузималац договори с продавцем да преузме обавезу инсолвентног купца да том продавцу исплати цену за купљеног коња, под условом да се продавац обавезе да по истој цени преузимаоцу прода неког другог коња (Шмалцел 1968а, 198).

3. ОСЛОБАЂАЈУЋЕ „ПРИСТУПАЊЕ“ ДУГУ

3.1. Запостављена одредба Скице

Константиновић је у Скици био предвидео да уговором између повериоца и трећег лица изузетно може да се изврши преузимање дуга те да се првобитни дужник ослободи обавезе. Да би дужник био ослобођен, ослобађајућа намера мора да буде изражена на несумњив начин у уговору повериоца и трећег лица. Ако поверилац и треће лице не изразе на несумњив начин намеру да отпусте првобитног дужника, то јест да се он сасвим ослободи обавезе, сматраће се да су уговорили кумулативну промену дужника, односно да је треће лице ступило у обавезу поред првобитног дужника, а не уместо њега. То правило није пренето у 300, а у Скици је сврстано у одредбе о уговору о приступању дугу.²⁸

Константиновић је, дакле, планирао, а југословенски законодавац није прихватио, да се у наш систем установа којима се остварују персоналне промене на пасивној страни у облигацији уврсти и *екстерна ослобађајућа промена дужника* (Караникић Мирић 2020б, 189–194). Том институту није наменио централно место него улогу допунског механизма: ослобађајућа промена дужника постиже се уговором између дужника и трећег лица, а кумулативна уговором између повериоца и трећег. Тако је планирано Скицом и пренето у 300. У Скици је само дата допунска опција да ослобађајућу промену дужника могу да уговоре поверилац и трећи.

Таква идеја је код нас већ постојала. У коментару једне судске одлуке, која се иначе односила на преузимање дуга, Милошевић (1953, 437) је давно написао:

„[...] кад неко уговором са повериоцем прими на себе туђи дуг, по правилу, дејство таквог уговора је да поверилац поред старог дужника добија још једног дужника. Само изузетно, ако су то стране нарочито уговориле или то несумњиво излази из околности случаја, имаћемо преузимање дуга у случају када је о томе закључен уговор само између повериоца и новог дужника.“

²⁸ Члан 376, став 2 Скице. Приступање дугу по дефиницији нема ослобађајући ефекат. Тај израз се користи само за кумулативне промене – кад треће лице ступи у обавезу поред првобитног дужника, а не уместо њега. Зато треба поновити да је израз „ослобађајуће приступање“ оксиморон, па га треба избегавати јер је ту заправо реч о „преузимању дуга уговором повериоца и трећег лица“.

Нажалост, Милошевић није казао ништа о пореклу тог правила. Међутим, слично је стајало у Предоснови грађанског законика за Краљевину Југославију – по угледу на новелирани § 1406 АГЗ: поверилац и треће лице могу да уговоре ослобађајућу промену и без споразума с дужником, с тим што се у сумњи сматра да је уговорено приступање а не преузимање, то јест да трећи одговара поред а не уместо дужника (Радовчић 1975, 299).

Ослобађајуће „приступање“ дугу ни данас није посебно уређено законом. Ниједан правни систем који баштини југословенски 300 није се вратио на ту заборављену одредбу Скице и законом уредио могућност да поверилац и преузимаца отпусте првобитног дужника. То не значи да је ослобађајуће приступање дугу забрањено. Напротив, његова допуштеност се темељи на општем правном начелу слободе уговарања, које је код нас и позакоњено (члан 10 300).

3.2. Спорно питање дужниковог пристанка

Основни проблем ослобађајућег приступања дугу односи се на правну позицију првобитног дужника, и то на питање може ли он да се успротиви свом ослобођењу. Скица о томе ћути: Константиновић није разрешио питање могу ли поверилац и треће лице да отпусте првобитног дужника који с тим није сагласан, да га ослободе обавезе ако он то не жели.

Проблем дужниковог пристанка јављао се свуда где је прописано да поверилац и треће лице могу да уговоре дужниково ослобођење, а није речено да ли се дужник о томе пита. На пример, у немачком праву ослобађајућа промена дужника може да се постигне уговором између повериоца и трећег лица (екстерна ослобађајућа промена из § 414 НГЗ) и уговором између дужника и трећег лица (интерна ослобађајућа промена из § 415 НГЗ). Ослобађајућа промена која настаје уговором између повериоца и трећег обично се сматра основним, теоријски исправним и догматички оправданим механизмом, јер свака ослобађајућа промена дужника може само да побољша дужников положај, док положаји повериоца и новог дужника могу да се погоршају – њихови интереси могу да буду нарушени том операцијом. Зато је најбоље да се дужник мења уговором између повериоца и трећег лица које ступа на дужниково место.²⁹ То се одражава и на терминологију: уместо цесије или уступања,

²⁹ Посебна законска правила о екстерној ослобађајућој промени дужника постоје и у швајцарском праву (Караникић Мирић 2020б, 191–192).

говори се о преузимању; дужник не преноси дуг на треће лице него трећи прихвата, прима, преузима дуг по вољи повериоца. Међутим, догматички узорна екстерна промена дужника има далеко мањи практични значај од интерне промене: у свакодневном животу промена дужника редовно настаје уговором између дужника и трећег лица, а много ређе уговором између повериоца и трећег (све према: Lehmann, 225–226; Караникић Мирић 2020б, 190–191).

Немачки Грађански законик не садржи посебно правило о томе да ли је за екстерну ослобађајућу промену дужника из § 414 потребна дужникова сагласност. Исто је у Скици, у којој је само предвиђено да намера повериоца и трећег лица да ослободе дужника мора да буде исказана на несумњив начин, а није решено да ли се дужник о томе ишта пита. Став немачке теорије није усаглашен.³⁰ Поједини аутори сматрају да повериоцу није потребна дужникова сагласност да с трећим лицем уговори ослобађајућу промену јер дужник из тога не може имати штете него само користи. Осим тога, кад треће лице има у томе неки свој правни интерес, оно може и мимо дужникове воље да угаси дужникову обавезу испуњењем, па би тим пре требало прихватити да дужника може да ослободи обавезе примајући на себе његов дуг. Други пак мисле да дужников положај личи на положај бенефицијара из уговора у корист трећег лица. Пошто бенефицијар може да одбије корист коју су му други наменили (§ 333 НГЗ), онда и дужник може да одбије да га поверилац и треће лице уговором ослободе обавезе. Такође, наводи се да је за ослобађајућу промену дужника потребна дужникова сагласност зато што је отпуштање дуга уговор (§ 397 НГЗ).

Питање може ли дужник да спречи своје ослобођење било је изричито решено у члану 609 Општег имовинског законика за Црну Гору (ОИЗ):

„Када дужитељ пристане, може ко драго на се туђ дуг примити, па на то дотадањи дужник и не пристао.“

И даље, у члану 610 ОИЗ:

„Пошто дужитељ пристане, онај ко на се туђ дуг прими постаје дужником, а пређашњи се дужник тим дуга ослобађа, ако није друкчје углављено или саме прилике што друго не показују.

Кад је пређашњи дужник ослобођен, он не одговара више ни за што, па ни за оно што би се случајем догодило, те би чинило, да дужитељу није могуће, од новог дужника дуг наплатити.“

³⁰ Kropholler 2003, 271; Heinrichs 1995, 472; Stürner 2003, 468.

То су сва правила ОИЗ о промени дужника. Смештена су под наслов „О примању на се туђег дуга“. Предвиђена промена је екстерна, пошто се остварује уговором између повериоца и трећег лица, и ослобађајућа, јер пређашњи дужник излази из обавезе да би треће лице уместо њега ступило на дужничко место. Поверилац и треће лице могу посебно да утаначе да се пређашњи дужник ипак не ослобађа. Такође, саме прилике могу да сведоче да је уговорено приступање а не преузимање, то јест да стари дужник још није слободан.

Ослобађајуће „приступање“ дугу је основни механизам промене дужника у ОИЗ, а не споредан као у Скици. Осим тога, Богишић је одговорио на питање о којем Скица ћути: изричито је предвидео да за ослобађајуће дејство приступања дугу није потребна дужникова сагласност. Правило ОИЗ је јасно: поверилац и треће лице могу споразумно да отпусте дужника да би трећи дошао на његово место и кад се дужник томе противи.³¹

У нашем позитивном праву то није допуштено. Приступање дугу не може имати ослобађајући ефекат без сагласности дужника. Изузетна могућност да се дужник отпусти из облигације противно његовој вољи морала би посебно да се пропише законом – као што је то својевремено био предвидео Богишић. Наиме, према општим правилима поратног југословенског а и данашњег српског облигационог права, обавеза не може да престане изјавом повериоца да неће захтевати испуњење. Ослобађајуће правно дејство такве повериочеве изјаве условљено је дужниковим пристанком. Поверилац не може самостално, својом једностраном изјавом воље, да ослободи дужника обавезе противно његовом хтењу. Сагласност трећег лица с таквом повериочевом намером ништа не мења – ако не може сам, поверилац не може ни у договору с трећим лицем да ослободи дужника који не пристаје да буде ослобођен. Ако поверилац једностраном изјавом не може да изазове ослобађајући ефекат без сагласности дужника, онда то не може да учини ни споразумом који закључи с трећим лицем (Караникић Мирић 2020б, 192).

Наша законска правила о уговору у корист трећег лица и отпуштању дуга говоре у прилог томе да је за ослобађајуће „приступање“ дугу потребан дужников пристанак. На првом месту, прописано је да је свако

³¹ И у неким другим старијим грађанским законима био је допуштен једностран одустанак повериоца од потраживања. На пример, у § 1444 АГЗ стоји да поверилац који може да отуђи неко своје право може и да се одрекне тог права у корист свог дужника, чиме дужникова обавеза престаје. Међутим, у модерној аустријској правној теорији преовлађује став да је за отпуст дуга неопходна дужникова сагласност (Dullinger 2008, 100; Bydlinski 2007, 190).

слободан да одбије корист коју друга лица за њега уговоре.³² Из тога произлази да би и дужник требало да буде слободан да одбије да га поверилац и треће лице споразумно отпусте из обавезе. Осим тога, отпуштање дуга је уговор који закључују поверилац и дужник. Поверилац може да опрости дуг само ако се дужник с тим сагласи.³³ Стандардно образложење за то јесте да дужник може имати јак морални интерес да му поверилац не опрости одређени дуг или да му одређени поверилац не опрашта дугове. То не значи да дуг не може да се отпусти на дужникову иницијативу већ само да поверилац не може противно дужниковој вољи да угаси дуг опроштајем.³⁴

3.3. Начин дужниковог пристанка

Постоји јасна разлика између отпуштања дуга и ослобађајуће промене дужника. Отпуштањем се дуг гаси, а преузимањем се очуван дуг преноси на треће лице. Међутим, у оба случаја дужник се ослобађа и отуд потиче схватање да законски услови под којима дужник може да се ослободи дуга отпуштањем треба да важе и онда кад се дужник ослобађа тако што његов очувани дуг прелази на друго лице. Скица и 300 садрже исто правило по којем је отпуштање дуга уговор:³⁵ обавеза престаје кад поверилац изјави дужнику да неће тражити њено испуњење и дужник се с тим сагласи. Осим тога, у Скици је прописано да дужник може ћутањем да пристане на отпуштање дуга: ако дужник не одбије без одлагања понуду повериоца да му дуг опрости, сматра се да је понуду прихватио.³⁶ Та одредба није пренета у 300.

Скица не садржи никаква правила о томе да ли је за ослобађајућу промену дужника потребна дужникова сагласност. Међутим, из општих правила Скице произлази да је за ослобођење од обавезе потребан дужников пристанак, који се може дати и ћутањем: сматра се да је дужник сагласан с ослобађајућом променом ако је није одбио без одлагања. 300 не садржи правила о ослобађајућем приступању дугу, што не значи да

³² Члан 152 300.

³³ Члан 344 300.

³⁴ Константиновић 1969, 197; Станковић 1995, 753. Вуковић (1964, 414) је сматрао супротно, додуше пре доношења 300: да опрост дуга није поклон јер је поклон уговор него да опрост има карактер једностране изјаве воље која делује *ex nunc* и може је дати само поверилац.

³⁵ Видети члан 298, став 1 Скице и члан 344, став 1 300.

³⁶ Члан 298, став 3 Скице.

је закључење тог уговора код нас забрањено. Из општих правила 300 произлази да је за ослобађајуће дејство промене дужника неопходна дужникова сагласност, коју може да да изричито или конклюдентном радњом, али је не може дати ћутањем.³⁷

Кад би се позаконила изостављена одредба Скице о ослобађајућем приступању дугу,³⁸ било би корисно да се та одредба допуни, то јест да се законом изричито пропише да ли је за дужниково ослобођење неопходна његова сагласност. Ако се не пропише изузетак, из општих правила 300 би произлазило да је за ослобађајуће „приступање“ дугу неопходан дужников пристанак, који се не може дати ћутањем.

4. ЗАКЉУЧАК

Кад се Белешке с Константиновићевих предавања упореде с оним што о промени дужника стоји у Скици, еволуција је очигледна: од почетних слабо развијених идеја до рафинираних правила која су и данас на снази у свим правним системима који баштине Скицу и југословенски 300. У Белешкама стоји да се промена дужника остварује тространим уговором између повериоца, дужника и трећег лица. Тај уговор нема ослобађајуће дејство, осим ако се то посебно не уговори. У Скици је развијен систем двостраних правних послова, којима се остварују персоналне промене на дужничкој страни у облигацији тако да се облигација не угаси. Тај систем обухвата: ослобађајућу промену која се остварује уговором између дужника и трећег лица, на који је пристао поверилац (преузимање дуга), кумулативну промену која настаје уговором између повериоца и трећег лица, за који се не тражи дужников пристанак (приступање дугу), и ослобађајућу промену која се постиже уговором између повериоца и трећег лица, под условом да на несумњив начин изразе своју намеру да дужника отпусте из облигације. Југословенски законодавац је пропустио да из Скице преузме овај последњи институт. У Скици нема правила о томе да ли је за ослобађајуће „приступање“ дугу потребна дужникова сагласност. Кад бисмо данас позаконили изостављену одредбу Скице о ослобађајућем ефекту уговора о приступању дугу, требало би да се посебно уреди

³⁷ Наравно, поверилац и дужник могу да уговоре да у њиховом односу ћутање под одређеним условима представља саглашавање. У том хипотетичком случају ћутање дужника после обавештења о екстерној ослобађајућој промени сматрало би се његовим пристанком.

³⁸ То је недавно предложила Комисија за израду грађанског законика у члану 607 Преднацрта из 2019. године.

питање може ли дужник да одбије да буде ослобођен. Ако се не пропише изузетак, општа правила нашег облигационог права налажу да се за ослобађајућу промену дужника прибави дужников пристанак.

ЛИТЕРАТУРА

- [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*, eds. 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*, eds. 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*, eds. 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 Jaurnig. München: Beck.
- [19] Аранђеловић, Драгољуб. 1936. *Основи облигационог права с нарочитим обзиром на Грађански законик Краљевине Србије. Општи део*. 2. издање. Београд: Задружна штампарија.
- [20] Вуковић, Михајло. 1955. *Опћи грађански законик с новелама и осталим накнадним прописима*. Загреб: Школска књига.
- [21] Вуковић, Михајло. 1964. *Обвезно право*. Загреб: Школска књига.
- [22] Караникић Мирић, Марија. 2018. Романска субјективна новација променом дужника: постоји ли српски еквивалент? 215–232. *Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије*, Књига 8, ур. Стеван Лилић. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [23] Караникић Мирић, Марија. 2019. Промена дужника у новом француском праву – крај једне контроверзе? 145–170. *Liber amicorum Vladimir Vodinelić*, ур. Милош Живковић. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду и Правни факултет Универзитета Унион.
- [24] Караникић Мирић, Марија. 2020а. Вољна промена дужника у упоредној перспективи. 198–232. *Одабране теме облигационог права*, ур. Марија Караникић Мирић, Марко Ђурђевић. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [25] Караникић Мирић, Марија. 2020б. *Промена дужника*. 2. издање. Београд: Службени гласник.
- [26] Константиновић, Михаило. 1969. *Облигационо право. Белешке са предавања*. Београд: Савез студената Правног факултета у Београду.

- [27] Константиновић, Михаило. 1996. *Облигације и уговори. Скица за законик о облигацијама и уговорима*. Београд: Службени лист.
- [28] Константиновић, Михаило. Јуни 1966. *Преднацрт законика о облигацијама*. Београд. Необјављен рукопис (дактилографисано, у архиви аутора).
- [29] Марковић, Лазар. 1997. *Облигационо право*. Београд: Службени лист.
- [30] Мауровић, Иван. 1934. *Извјештај о Предоснови грађанског законика за краљевину Југославију*. Загреб: Штампарија Књижаре Ст. Кугли.
- [31] Милошевић, Љубиша. 3–4/1953. Преузимање дуга – ослобођење старог дужника од обавезе. *Анали Правног факултета у Београду*: 435–438.
- [32] Милошевић, Мирослав. 2005. *Римско право*. Београд: Номос.
- [33] *Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору*. [1888] 1980. Цетиње: Обод.
- [34] Перовић, Слободан. 1996. Скица за један портрет. 7–32. *Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Михаило Константиновић. Београд: Службени лист.
- [35] Радовчић, Весна. Покушај кодификације грађанског права у старој Југославији (Предоснова грађанског законика за краљевину Југославију). 1/1975. *Радови Завода за хрватску повијест Филозофског факултета Свеучилишта у Загребу*: 249–307.
- [36] Станковић, Владан. 1995. *Отпуштање дуга*. 753–754. *Коментар Закона о облигационим односима*, ур. Слободан Перовић. Београд: Савремена администрација.
- [37] Станојевић, Обрад. 3–5/1978. „Скица“ Михаила Константиновића. *Анали Правног факултета у Београду*: 267–284.
- [38] Шмалцел, Желимир. 1–2/1968а. Преузеће дуга. *Наша законитост*: 189–202.
- [39] Шмалцел, Желимир. 3–4/1968b. Преузеће дуга (наставак). *Наша законитост*: 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.

УДК 347.43(497.11) ; 347.124(497.11)

CERIF: S 130

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK15A

Др Милош ВУКОТИЋ*

ОБРИСИ УСТАНОВЕ ПРЕБИЈАЊА У СРПСКОМ ПРАВУ

У овом раду се анализирају и критикују правила о пребијању која су прихваћена у српским прописима и судској пракси. Аутор настоји да пружи целовит приказ те установе тако што ће одговорити на основна питања која се јављају у вези са пребијањем из перспективе српског права. У истраживању су узети у обзир водећи академски предлози који се тичу установе пребијања, те законски прописи, искуство и теоријска разматрања из правних система који су блиски српском праву и могу да му послуже као узор. Аутор закључује да су правила Закона о облигационим односима адекватна и јасна, али да се концепција пребијања која је постављена у тој кодификацији напушта у европској правној теорији и да зато треба размишљати о њеној темељној реформи. Као најслабију тачку српских правила о пребијању аутор истиче пребијање у парничном поступку које се издвојило у посебну врсту пребијања, чиме је нарушена идеја о јединственој материјалноправној установи пребијања.

Кључне речи: Пребијање. – Компензација. – Испуњење. – Обезбеђење потраживања. – Престанак потраживања.

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, vukotic@ius.bg.ac.rs.

1. УВОД

Установа пребијања или компензације игра значајну улогу у свим савременим правним системима као средство којим се олакшава плаћање дугова и обезбеђује наплата потраживања.¹ Пребијање је сурогат испуњења² којим се потраживања између два лица потиру. Уместо да свака страна врши фактичку исплату свог дуга и тражи фактичку наплату свог потраживања, када су потраживања узајамна, она се могу једноставно међусобно срачунати, изравнати, свести на салдо који се састоји у разлици у висини потраживања. У висини у којој се међусобна потраживања поклапају она престају, сматрају се исплаћеним, тако да се дугује само салдо оној страни чије је потраживање пре пребијања гласило на већи износ. То је сама суштина установе пребијања. Она је интуитивно разумљива јер одговара нашем схватању правичности и ефикасности у дуговинским односима. Зашто би неко плаћао свој дуг лицу од којег нешто потражује? Логично је да се прво сведу рачуни, па да се тек онда захтева исплата. Установа пребијања укоренења је, дакле, у идеји правичности, што се уобичајено изражава чувеном оценом римског правника Павла: „*Dolo facit qui petit quod redditurus est.*“³

Функција пребијања је амбивалентна и зависи од околности у којима се пребијање спроводи (Berger 1996, 70–76). Оно служи исплати дуга, када дужник не жели да изврши фактичку исплату, или наплати дуга, када поверилац не може да оствари своје потраживање на другачији начин. Тек ако ниједна страна нема посебан интерес за пребијање, може се казати да пребијање просто служи олакшавању плаћања. Амбивалентна природа пребијања потиче од чињенице да оно неизоставно обухвата и гаси два потраживања, тако да свака страна наплаћује своје потраживање и свака страна плаћа свој дуг. У пракси је пребијање најзначајније у ситуацији инсолвентности дужника јер омогућава повериоцу да наплати своје потраживање барем на тај начин што ће се ослободити свог дуга, тако да је његово потраживање обезбеђено до износа дуга који има према дужнику неспособном за плаћање.

¹ Сви европски правни системи познају установу пребијања као начин гашења узајамних обавеза, при чему се разлике односе на питање како се и под којим условима пребијање остварује (Zimmermann 2012, 1554–1556).

² Под тиме се не мисли на замену испуњења, која такође спада међу сурогате испуњења. За разлику од замене испуњења, пребијање остварује *ex tunc* дејство, тиче се два потраживања и каузално је (Berger 1996, 103–105).

³ D. 44.4.8 pr; D. 50. 17.173.3.

Када се пребијање остварује на основу сагласности лица чија се потраживања пребијају, оно није ограничено строгим правилима. У сагласју с начелом слободе уговарања, уговорници су слободни да одреде услове под којима ће пребити своја потраживања; она не морају бити ни исте врсте ни доспела, а не морају бити чак ни узајамна већ се може одредити пребијање потраживања у тространом односу, уколико су, наравно, сва три лица сагласна, то јест обухваћена споразумом о пребијању. Насупрот томе, када се пребијање спроводи на захтев једне стране у дуговинском односу, законодавци постављају строге услове који се тичу узајамности, истородности и утуживости потраживања. Ово због тога што пребијање није испуњење већ сурогат испуњења, што значи да поверилац који је намирен пребијањем није у истој ситуацији као поверилац који је заиста примио оно што му се дугује. Пребијање је циљна исплата, исплата која повериоцу служи само за то да се ослободи свог дуга према лицу које изјављује пребијање (Радишић 2008, 352). Смисао услова који ограничавају једнострано пребијање јесте у томе да повериоца треба принудити на пребијање само када настане ситуација у којој би његово одбијање компензације било изразито неправично према дужнику, то јест када су потраживања узајамна, истоврсна и доспела. У таквој ситуацији, правни систем полази од претпоставке да поверилац нема оправданог разлога да пребијање одбије. Када се говори и пише о установи пребијања, та врста пребијања – законом уређено једнострано пребијање – налази се у првом плану као основни облик пребијања, иако је уговорно пребијање далеко значајније у пракси.

Због готово сасвим различитог правног режима, уговорно пребијање и законско (једнострано пребијање) уобичајено се посматрају одвојено, чак као две независне установе грађанског права. Док је законско пребијање уређено кодификованим нормама и разрађено у правној теорији, уговорно пребијање се углавном занемарује у правној књижевности јер се анализа тог облика пребијања не удаљава од опште констатације да за уговорно пребијање не важе услови прописани у закону и да се оно заснива на слободи уговарања (Berger 1996, 3–9).

Осим уговорног и једностраног пребијања, као посебну врсту, односно подврсту једностраног пребијања треба издвојити пребијање у стечајном поступку. Повериочево потраживање према дужнику обезбеђено је за износ повериочевог дуга према дужнику. Уколико су испуњени услови за пребијање, поверилац може да наплати своје потраживање тако што ће га истаћи у пребијање и ослободити се дуга према дужнику. То овлашћење повериоца представља један вид самопомоћи у извршењу или самоизвршења, нарочито када се пребијање остварује вансудски. Обезбеђујуће дејство пребијања, односно

могућност самоизвршења, највећи значај има у случају инсолвентности дужника. Поверилац који дугује свом инсолвентном дужнику не сноси ризик делимичног намирења јер своје потраживање може да наплати у виду ослобођења од своје обавезе (наравно, у мери у којој се висина потраживања поклапа). Та могућност стоји у очигледној супротности с начелом једнаког положаја поверилаца (*par conditio creditorum*), али је ипак прихваћена и чак повлашћена у стечајном праву већине земаља. Разлоге за то треба видети у традицији и једноставности таквог решења. Било би претерано строго инсистирати на томе да поверилац мора да испуни своју обавезу према инсолвентном дужнику у целини, знајући да ће добити само део онога што се њему дугује. Наклоност према повериоцу који жели да изврши пребијање ограничена је на повериоце који су потраживање или право на пребијање стекли пре стечаја њиховог дужника и посебним правилима о побијању правних радњи у стечају.

Осим та три облика пребијања, или три контекста у којима се пребијање спроводи, као посебно значајно питање треба поменути и правну природу пребијања, која може бити материјалноправна или процесноправна, а у неким правним системима и једно и друго, зависно од контекста у којем се пребијање истиче. Пребијање је најпре настало у оквирима процесног права, као поступак којим је судија сводио рачуне између странака и туженог осуђивао само на преостали износ међусобних потраживања. Временом је оно прерасло у установу материјалног права, као посебан начин престанка обавеза који се остварује изван правног поступка, а затим у поступку само утврђује. Међутим, у неким правним системима пребијање и даље постоји у оба облика и као материјалноправна и као процесноправна установа, зависно од околности у којима се пребијање захтева. Тако је у француском и енглеском праву, али и код нас. Према одавно устаљеној судској пракси, пребијање се у српском праву остварује и делује на два различита начина, зависно од тога да ли је истакнуто изван поступка (једнострана изјава пребијања, то јест правни посао пребијања) или у току поступка у виду приговора или противтужбе.

Гашење узајамних обавеза у мери у којој се поклапају главно је дејство пребијања. Заједно с главним обавезама престају и споредна права која су их пратила. У великом броју правних система дејство пребијања наступа ретроактивно, од часа када су се стекли услови за пребијање. Та фикција је произишла из погрешног тумачења извора римског права који су говорили о пребијању које наступа по самом праву, желећи да кажу да се у одређеним поступцима пребијање подразумева и да се може утужити само салдо међусобних потраживања. Током рецепције

римског права ти извори су тумачени у смислу аутоматског престанка узајамних потраживања од часа када су се суочила као узајамна, истородна и утужива (Zimmermann 1999, 712–713). Савремени правни системи већином одбацују идеју о пребијању које се остварује аутоматски, самом чињеницом да су се два потраживања суочила, али и даље преовлађује решење којим се предвиђа *ex tunc* дејство. Правни системи који нису настали под непосредним утицајем римског права, као што су енглеско право и права скандинавских земаља, не познају ретроактивно дејство пребијања, већ се потраживања гасе од часа када је пребијање извршено, као да је реч о обичној исплати (Zimmermann 1999, 724). У академским пројектима који се баве унификавањем права једногласно се предлаже напуштање *ex tunc* дејства у корист једноставнијег правила које би све последице пребијања везивало за час када је пребијање извршено једностраном изјавом.⁴

Имајући у виду тај смисао пребијања, његове главне појавне облике и основне дилеме у вези за његовим правним режимом, треба да поставимо питање какав је однос српског права према пребијању. Који су обриси установе пребијања у српском праву? Да ли је оно уређено на јединствен начин или постоји више типова пребијања, зависно од контекста у којем се истиче? Да ли је то установа материјалног или процесног права? Каква су дејства пребијања? Циљ овог рада је да одговори на та питања, да исцрта обресе пребијања у српском праву и да постави основе за даље изучавање и усавршавање те важне установе облигационог права. Проблеми с којима се пребијање суочава на терену међународног приватног права, а нарочито у међународној трговачкој арбитражи, неће бити обухваћени овим радом јер нису нужно повезани са српским правним системом и, најпре, зато што захтевају посебну анализу са тежиштем у колизионом и процесном праву.

2. ПРЕБИЈАЊЕ НА ОСНОВУ ЈЕДНОСТРАНОГ ПРАВНОГ ПОСЛА

Законом о облигационим односима једнострано пребијање је уређено према примеру германских правних система, који је, у међувремену, постао доминантан у европским правима.⁵ Пребијање

⁴ PICC, Art. 8.5 (3); PECL, Art. 13:106; DCFR, Art. III. 6:107;

⁵ Закон о облигационим односима углавном се заснива на правилима која је предложио Михаило Константиновић у својој Скици за законик о облигацијама и уговорима из 1969. године (Константиновић, 126–129).

не наступа по сили закона чим се стекну услови за пребијање већ је потребно да једна страна изјави другој страни да врши пребијање.⁶ Пребијање, дакле, наступа на основу једностраног правног посла. Стицање услова за пребијање ствара преображајно право за сваку страну да изјавом пребијања доведе до престанка међусобних потраживања у мери у којој се поклапају.

Потраживања, међутим, не престају у часу када изјава о пребијању буде примљена, као што би било логично, већ се гасе ретроактивно, од часа када су се стекли услови за пребијање.⁷ По томе се српско право, такође, не разликује од већине европских правних система који изјави о пребијању признају *ex tunc* ефекат. Проблем са тим решењем је у томе што се ствара правна неизвесност. Дужник који има право да изјави пребијање није подстакнут да то учини без одлагања и да тиме оконча неизвесну правну ситуацију. Осим тога, пребијање ретроактивно поништава последице доцње, као што је обавеза плаћања камате, што штети интересима стране у чију корист је текла камата с већом каматном стопом. Правни системи који су пошли од пребијања по сили закона, а затим га напустили у корист правила да пребијање ипак мора бити изјављено да би било делотворно, као што је био случај са француским правом, учинили су то управо зато да би се избегла неизвесност у вези са постојањем потраживања. Пребијање на основу изјаве уз ретроактивно дејство недовољно је одлучна мера против правне неизвесности. Уколико правни систем жели да обезбеди једноставна и јасна правила те извесност у правним односима, онда треба да оде још један корак даље и предвиди *ex nunc* дејство изјаве о пребијању. Пребијање не наступа пре изјаве о пребијању како се не би посумњало у постојање потраживања, али, ако се дозволи ретроактивно дејство изјаве о пребијању, онда она поништава доцњу дужника и последице доцње већ од часа када су се стекли услови за пребијање, што такође нарушава правну сигурност у једном облигационом односу (Bydliniski 1996, 288).

Иако је повратно дејство пребијања прихваћено у већини европских правних система и устаљено у правној пракси, дилеме о смислу и правичности тог решења постоје одавно. Још у време редиговања немачког Грађанског законика постојала је јака струја која се залагала за *ex nunc* дејство пребијања, сматрајући га једноставним и јасним

⁶ Закон о облигационим односима – 300, *Службени лист СФРЈ* 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ* 31/93, *Службени лист СЦГ* 1/2003 и *Службени гласник РС* 18/2020, чл. 337, ст. 1.

⁷ 300, чл. 337, ст. 2.

решењем, али је превагнула супротна струја, која се залагала за традиционално решење и која је сматрала да би *ex nunc* дејство умањило значај пребијања (Bydlinski 1996, 283–284). Осим тога, постојало је схватање да дужник који може да изјави пребијање није дужан да то учини без одлагања већ да може чекати да буде тужен и да се свака страна може сматрати ослобођеном своје обавезе чим се стекну услови за пребијање („јер већ има у рукама оно што може да захтева од друге стране“), иако потраживања и даље постоје (Mugdan, 562). Данас се у прилог повратног дејства истичу разлози правичности и очекивања страна у облигационим односима. Главни аргумент гласи да се дужник више и не мора сматрати дужником након што се испуне услови за пребијање и да његово очекивање да се може ослободити обавезе позивањем на пребијање треба да буде заштићено (Bydlinski 1996, 281). Озбиљнија анализа, међутим, показује да су ти аргументи неосновани. Пребијање које би наступало у часу давања изјаве и деловало само за будућност не стоји у супротности с општим циљевима установе пребијања. Бидлински је јасно и детаљно образложио да предност треба дати *ex nunc* дејству пребијања јер оно остварује циљеве обезбеђења потраживања и олакшавања исплате много боље него *ex tunc* дејство зато што не поништава последице доцње и не ускраћује право на камату (Bydlinski 1996, 285–287). Оно ствара исте оне последице које би имала и редовна исплата потраживања те ни у чему не ограничава права која се заснивају на дужничкој доцњи. Против *ex tunc* ефекта пребијања убедљиво је писао и Цимерман. Он наводи да је чиста спекулација да повратно дејство пребијања одговара представама учесника у правном промету, док је аргумент о поуздању дужника у могућност пребијања још слабији јер дужник уопште не мора знати за пребијање, а ако зна, треба га мотивисати да учини изјаву о пребијању што пре и да тако оконча правну неизвесност (Zimmermann 1999, 723). Из тога се види да ретроактивно дејство пребијања нема никакву подлогу осим традиције, мада је то, нарочито у праву, често веома стабилна подлога. Уколико би законодавац ипак желео да преуреди установу пребијања на рационалним основама, онда он сигурно не би могао да задржи правило о ретроактивном дејству изјаве о пребијању. Оно је једно од свега три правила којима српско право одступа од академских предлога најбољег режима за пребијање, док су друга два инсистирање на доспелости обеју потраживања и процесно пребијање у судском поступку.

Да би се потраживања могла пребити, треба да буду узајамна, истородна и доспела.⁸ Законодавац је добро поступио што није поменуо услов ликвидности потраживања јер тај услов спада у питања процесног права. У француском праву тај услов је био предвиђен као посебан материјалноправни услов пребијања, што донекле одговара идеји о пребијању по сили закона, али чак и онда ствара огромне тешкоће и нелогичности. Ако се ликвидност процењује према часу пребијања, онда се касније могу јавити проблеми с доказивањем потраживања и неизвесност поводом тога да ли је пребијање уопште наступило и у ком износу, док процена ликвидности у часу покретања поступка ствара потпуно неодређен период неизвесности од часа претпостављеног пребијања до покретања поступка (Zimmermann 1999, 733). Право питање је, у ствари, да ли суд мора да одлучује о пребијању које је истакнуто приговором или противтужбом ако је потраживање које се истиче у пребијање неизвесно и ако би његово утврђивање претерано успорило доношење одлуке о потраживању које је предмет тужбеног захтева. Питање се, дакле, тиче процесне економије. Процесноправно решавање питања ликвидности прихваћено је још у Јустинијановом праву, а с ослонцем на њега и касније у пандектном праву и тако је стигло до савременог немачког права (Zimmermann 1999, 733–734). Суду је дато дискреционо овлашћење да раздвоји одлучивање о утуженом потраживању од одлучивања о потраживању које се истиче у пребијање, уколико потраживања нису правно повезана.⁹ Исто важи и у српском праву, где је суд овлашћен да одлучи о спојеном или одвојеном решавању захтева из тужбе и противтужбе, имајући у виду потребу процесне економије (Јакшић 2021, 446).

Да услови ликвидности потраживања није место међу материјалноправним условима пребијања, може се лако видети на примеру Скице за законик о облигацијама и уговорима. Ту се, као један од материјалноправних услова пребијања помиње управо ликвидност, то јест да постоји извесност о постојању потраживања и њиховим износима (Константиновић 1996, 126). Међутим, тај захтев се већ неколико чланова даље процесно релативизује јер се суд овлашћује да одлучи о пребијању и ако једно потраживање није ликвидно, али се лако може утврдити (Константиновић 1996, 129). Реч је, очигледно, о питању процесне економије и управљања поступком. Имајући то у виду, добро је да је Закон о облигационим односима у том питању одступио од Константиновићеве Скице. Уопште је занимљиво да се Константиновић

⁸ 300, чл. 336.

⁹ § 145 III ZPO.

одлучио да укључи захтев ликвидности, карактеристичан за француско право, јер је у осталом следио пример немачког права (предвиђајући пребијање на основу једностраног правног посла).

Узајамност је логичан услов пребијања које се не заснива на споразуму лица чија се потраживања гасе. Само када између два лица постоје узајамна потраживања, може се поћи од претпоставке да правичност не захтева њихову исплату већ допушта, па чак и фаворизује њихово међусобно рачунско и правно потирање. Пребијање на основу једностране изјаве није допуштено у тространом односу, на пример, у случају уговора у корист трећег, промитент не може да се ослободи дуга који има према бенефицијару истичући у пребијање потраживање које има према стипуланту. Гашење потраживања у таквом случају допуштено је једино на основу сагласности поверилаца. Треба нагласити да услов узајамности начелно спречава да лице које потражује или дугује као члан имовинске заједнице истакне пребијање својим личним дуговима односно потраживањима (Gernhuber 1994, 233–234). Један од санаследника не може да се ослободи личног дуга (који га терети независно од наслеђивања), истичући према повериоцу потраживање које припада заоставштини. Исто важи и за потраживања и дугове који спадају у заједничку имовину супружника и њихова лична потраживања и дугове. Наше право, међутим, предвиђа одступање од услова узајамности које важи за све случајеве солидарне одговорности, а дозвољава сваком солидарном дужнику да истакне у пребијање потраживање другог солидарног дужника према заједничком повериоцу, али само до износа за који тај други дужник одговара у унутрашњем односу између солидарних дужника. На тај начин, српско право, у ствари, антиципира регресни захтев и дозвољава да се унутрашња подела терета одговорности оствари непосредно путем пребијања.

Законом о облигационим односима предвиђена су три важна одступања од услова узајамности која штите јемца (дозвољено му је да истакне потраживање главног дужника ради пребијања с потраживањем за које је јемчио), солидарног дужника (дозвољено му је да пребије потраживање које садужник има према повериоцу, до износа за који тај садужник одговара у односу између дужника) и дужника уступљеног потраживања (дозвољено му је да истакне потраживање које има према уступиоцу ради пребијања с уступљеним потраживањем, уколико су услови за пребијање настали пре обавештења о уступању или касније,

али под условом да потраживање дужника доспева пре или истовремено са уступљеним потраживањем – што значи да би по редовном току ствари, да није било уступања, могао да се користи пребијањем).¹⁰

Истородност потраживања је услов који се универзално поставља пред једнострано пребијање.¹¹ Истородност потраживања постоји када оба потраживања гласе на новац или заменљиве ствари исте врсте и квалитета,¹² при чему је практично најважније пребијање новчаних потраживања.¹³ Само ако једна страна дугује исту врсту предмета коју потражује од друге стране, може се рећи да је неправично инсистирати на испуњењу обавеза и да се оне могу једноставније угасити пребијањем. Иначе, истородност потраживања није неопходан услов пребијања јер се потраживања различитих предмета могу исказати једном истом јединицом вредности, најчешће у виду новчане вредности.¹⁴ То се чак редовно дешава у стечајном поступку где се неновчана потраживања изражавају у новцу како би се омогућила сразмерна наплата поверилаца (Радовић 2017, 645–647). Ипак, српско стечајно право дозвољава пребијање у стечајном поступку само уколико су материјалноправни услови пребијања били испуњени пре подношења предлога за покретање стечајног поступка, тако да претварање неновчаних потраживања у потраживања новчане противвредности

¹⁰ 300, чл. 338, ст. 2; чл. 340, ст. 1 и 2; чл. 415, ст. 2.

¹¹ Треба поменути да англосаксонски правни системи полазе од начела да се само новчане обавезе могу угасити пребијањем. Формално посматрано, то је велика разлика у односу на правило које срећемо у континенталноевропским правним системима, али практична разлика није велика јер установом пребијања у сваком случају доминирају новчана потраживања.

¹² Истородност се односи само на предмет обавезе и његов квалитет, а не на друге околности које се тичу потраживања и утичу на његов квалитет у ширем смислу (као што је питање наплативости). Два потраживања ће бити истородна ако гласе на новац независно од тога да ли је једно од њих наплативо, а друго није. Другачије и прилично креативно резонување налазимо у пракси српских судова током важења Закона о стечајном поступку из 2004. године којим није било регулисано пребијање у стечајном поступку, па је седница одељења Вишег трговинског суда заузела став да је пребијање у стечајном поступку дозвољено тек кад се утврди у којој ће мери потраживање стечајног повериоца бити намирено у редовном току стечајног поступка јер се тек онда може говорити о потраживањима истог квалитета. Другим речима, према ставу суда, потраживање стечајног повериоца треба да буде наплативо, што сасвим обесмишљава обезбеђујућу функцију пребијања у стечају. Више о томе у одељку о пребијању у стечајном поступку, *infra*.

¹³ Пребијање неновчаних потраживања среће се у тзв. *futures* уговорима о продаји робе (Gernhuber, 236).

¹⁴ Мада то може значајно да отежа спровођење пребијања јер није увек лако проценити новчану вредност једне обавезе (Gernhuber 1994, 236).

током стечајног поступка не може да омогући пребијање (Радовић 2017, 672). Други правни системи дозвољавају пребијање и ако је услов истородности испуњен тек поводом отварања стечајног поступка, а смисао тог правила је у једнаком положају стечајних поверилаца који су уједно дужници стечајног дужника, независно од предмета њиховог потраживања (Gernhuber 1994, 236). Дозвољеност пребијања у стечајном поступку нарушава начело једнаког положаја стечајних поверилаца, те се тим правилом барем омогућава да сви стечајни повериоци који нешто дугују стечајном дужнику буду у истој позицији у погледу пребијања.

Истородност је спорна када се суоче новчана потраживања одређена у различитим валутама. Данас постоји тенденција да се и у том случају призна истородност јер се потраживања лако могу конвертовати у исту валуту (барем када је реч о конвертабилним валутама). Раније је доминирало схватање да се потраживања изражена у различитим валутама не могу пребијати, али је оно застарело јер су стране валуте конвертибилне и сматрају се новцем у пословној пракси (Gernhuber 1994, 238–239). Пребијање нарочито не треба да буде искључено уколико је потраживање изражено у одређеној валути само ради очувања вредности новца (Gernhuber 1994, 239). Ако се дозволи пребијање потраживања изражених у различитим валутама, конверзију треба спровести по курсу који је важио у часу давања изјаве о пребијању, а не у часу када су се први пут стекли услови за пребијање (Gernhuber 1994, 239). У српској теорији такође се заговара схватање да новчана потраживања изражена у различитим валутама треба сматрати истородним, при чему се истиче да Закон о облигационим односима поставља правило да се испуњење потраживања израженог у страниј валути може захтевати у домаћем новцу (Радишић 2008, 353–354). То правило нема непосредан значај за питање пребијања потраживања у различитим валутама, али свакако указује на чињеницу да се потраживања у различитим валутама лако могу свести на исту валуту. Пребијање је могуће независно од валута у којима су потраживања изражена јер се потраживање у страниј валути увек може изразити у домаћем новцу (Спасић 2003, 216).

Према слову Закона о облигационим односима, пребијање је условљено доспелашћу оба потраживања, иако то уопште не одговара нашој концепцији једностраног пребијања. Наиме, пребијање је самопомоћ у наплати потраживања које се истиче у пребијање, а истовремено и намирење другог потраживања. То друго потраживање, које се често назива главно или пасивно потраживање, по логици ствари, не мора да буде доспело већ је сасвим довољно да страна која изјављује пребијање има право да га испуни. Довољно је, дакле, да је потраживање стране

којој се изјављује пребијање постало исплативо, што се може десити пре него што постане доспело (Zimmermann 1999, 731). Примера ради, дужницима новчаних потраживања, која су најчешће предмет пребијања, законодавац гарантује право на плаћање пре рока.¹⁵ Другачије решење, које захтева доспелост и утуживост оба потраживања, произлази из другачијих концепција пребијања, ако се оно схвата као пребијање по сили закона или као процесна радња суда (Zimmermann 1999, 731–732). У првом случају, не прави се никаква разлика између потраживања. Не говори се уопште о главном потраживању и противпотраживању или о пасивном и активном потраживању: сукобила су се два истородна и утужива потраживања и међусобно се угасила по сили самог права. У другом случају, ако се пребијање истиче у поступку, логично је да оба потраживања морају да буду доспела јер тужени не мора да истиче пребијање како би се заштитио од потраживања које још увек није доспело. Насупрот томе, у нашој концепцији пребијања које се остварује једностраном изјавом нема места захтеву да оба потраживања морају бити утужива – довољно је да је потраживање против којег се пребијање истиче постало исплативо. Уосталом, до овог решења се дошло чак и у оним правним системима који су пошли од чисте концепције *ipso iure* пребијања. Француски судови су створили *compensation facultative* с идејом да дужник има право да се одрекне заштите од плаћања недоспелог потраживања (Zimmermann 1999, 732). Нема разлога да се могућност пребијања одрекне лицу које има право да исплати одређени дуг ако је потраживање које истиче у пребијање постало утуживо. Као што не би могао да одбије редовну исплату потраживања, поверилац не може да одбије исплату путем компензације. Ипак, *de lege lata*, код нас важи захтев да оба потраживања морају бити доспела, а то у сваком случају одговара пребијању у судском поступку које се посматра као установа процесног права.¹⁶ Обе те одлике нашег права треба довести у питање и заменити јединственом материјалноправном концепцијом пребијања на основу једностраног правног посла, која није условљена утуживошћу оба потраживања. Српско право би се таквом реформом усагласило са водећим савременим схватањима о пребијању.

У српском праву се изричито прописује да застарелост потраживања није препрека за пребијање уколико су се услови за пребијање стекли пре него што је потраживање застарело.¹⁷ На исти начин поступа

¹⁵ 300, чл. 398.

¹⁶ Наши судови правилно закључују да је пребијање које се врши судском одлуком условљено доспелошћу оба потраживања (Спасић 2003, 216–217).

¹⁷ 300, чл. 339, ст. 1.

и немачки законодавац.¹⁸ То правило се сматра логичном последицом ретроактивног дејства пребијања, иако је у систему пребијања на основу правног посла логичније да се услови за пребијање оцењују према часу давања изјаве (Zimmermann 1999, 721). Осим тога, нема разлога да се повлашћује одуговлачење у давању изјаве пребијања. Уколико потраживању прети застарелост, утолико је очигледније да поверилац тог потраживања треба да реагује и да учини изјаву о пребијању. Могућност пребијања са застарелим потраживањем коси се с циљевима установе застарелости да се избегну проблеми у доказивању одавно заснованог потраживања, да се очува правна сигурност и да се санкционише непажљиви поверилац који је одуговлачио с остварењем свог права (Bydlinski 1996, 296–297). Ти недостаци су мотивисали правнике да се заложе за супротно решење које не подрива установу застарелости. У аустријском праву, које не садржи одредбе о пребијању застарелим потраживањем, постоје покушаји да се већ *de lege lata* прихвати правило да пребијање није могуће након што потраживање застари (Bydlinski 1996, 280–281). Као и правило о ретроактивном дејству пребијања, правило о дозвољености пребијања застарелим потраживањем почива на идеји да страна која рачуна на пребијање није дужна да се о томе изјасни већ да има право да се поузда у могућност пребијања и да мора да истакне пребијање тек ако друга страна занемари могућност пребијања захтева за исплату дуга (Bydlinski 1996, 295). Иначе, у недостатку посебног правила, застарелост потраживања би искључила могућност пребијања јер пребијање представља самопомоћ у извршењу, која подразумева да је потраживање утуживо, то јест да се дужник може принудити на плаћање. Ретроактивно дејство пребијања не значи да се услови за пребијање имају оцењивати према часу када су први пут испуњени (јер потраживања нису тада престала по сили закона). Ти услови морају да буду испуњени у часу када се даје изјава о пребијању. То је била почетна позиција током припреме немачког Грађанског законика, па је чак истицано да би пребијање застарелим потраживањем угрозило циљеве установе застарелости и да је поверилац дужан да прекине застарелост, било тужбом, било изјавом о пребијању, али је ипак, као и у питању повратног дејства, превладало мишљење да пребијање треба да буде повлашћено (Bydlinski 1996, 294–295). Чини се да је на тај начин правна теорија желела да дође до квази *ipso iure* дејства пребијања једним заобилазним путем. Прихваћено је да потраживања не престају по самом закону већ да постоје све док једна страна не изјави пребијање,

¹⁸ BGB, § 215.

али је обема странама уједно омогућено да се након стицања услова за пребијање понашају као да више не дугују и да зато не могу задоцнити са исплатом нити одговарати за камате или уговорене казне. Тек уколико би једна страна „занемарила“ могућност пребијања односно стицање услова за пребијање, па захтевала исплату свог потраживања, друга страна би морала да истакне пребијање и била би заштићена у свом поуздању да више није „заиста“ дужна да плати. Та идеја, као што је већ речено, уопште није једноставна као што се чини јер може да створи неизвесност у односу између странака када постоји сумња у испуњеност услова за пребијање или када једна страна уопште не зна за постојање међусобних потраживања. Као што Бидлински каже, поуздање повериоца који не зна за противпотраживање у последице дужникове доцње заслужује јачу заштиту него поуздање дужника у могућност пребијања (Bydlinski 1996, 289).

Када између два лица постоји више потраживања која испуњавају услове за пребијање, Законом о облигационим односима се одређује да се пребијање врши по правилима о урачунавању испуњења.¹⁹ Правна теорија ту одредбу разуме као диспозитивну норму за случај да лице које изјављује пребијање није одредило потраживања која се међусобно потиру (Loza 1983, 1100–1101). Слично правило важи у немачком праву, где лице које изјављује пребијање одређује која ће се потраживања угасити, а законски ред урачунавања испуњења важи ако друга страна томе приговори (Schwarz 2003, 272–273). Наш закон, а ни наша правна теорија не говоре о праву друге стране на приговор. Пребијање подразумева гашење најмање два истородна узајамна потраживања тако да се не може рећи да само једна страна врши исплату – обе стране у истој мери врше исплату свог дуга, истовремено наплаћујући своје потраживање. Зато не треба дозволити лицу које изјављује пребијање да одреди која ће потраживања престати без сагласности друге стране. Можда је због тога Закон о облигационим односима упутио на правило о урачунавању испуњења на начин који веома подсећа на императивну норму. То би, као и ретроактивно дејство изјаве о пребијању, био уступак идеји о пребијању *ipso iure* – не прави се разлика између потраживања и њихових поверилаца те ниједан од њих не може да одреди која ће потраживања бити захваћена пребијањем. Наравно, решење немачког права треба прихватити због његове флексибилности, али се не може остати при констатацији да лице које изјављује пребијање може да одреди потраживања која ће бити предмет пребијања без сагласности друге стране јер она може имати јасан интерес да пребијањем престане

¹⁹ 300, чл. 343.

једно одређено потраживање. То ће бити случај када лице које изјављује пребијање одреди да ће њиме престати потраживање друге стране које није застарело иако друга страна има и застарело потраживање које се може пребити – очигледан је интерес друге стране да пребијањем намири потраживање које не може да утужи (Looschelders 2018, 147).

Једнострано пребијање уређено Законом о облигационим односима несумњиво је установа српског материјалног права. Међутим, материјалноправна концепција пребијања није спроведена доследно јер се пребијање истакнуто у току поступка посматра као посебан случај пребијања, као процесна радња која има битно другачије ефекте од материјалноправног вансудског пребијања. Најважнија разлика лежи у томе што пребијање истакнуто приговором или захтевано противтужбом наступа тек у часу када суд донесе одлуку о пребијању и има само перспективно дејство.

3. ПРЕБИЈАЊЕ У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ

У српском праву пребијање се остварује неформалним и адресованим једностраним правним послом (изјава о пребијању). Пребијање је извршено када једна страна прими изјаву о пребијању друге стране, а дејство пребијања сеже у прошлост и сматра се оствареним још од часа када су се први пут стекли услови за пребијање. То је материјалноправна концепција пребијања као самосталног и вансудског начина престанка обавеза.²⁰ Према томе, свака судска одлука о пребијању требало би да буде утврђујућа по својој природи, независно од тога да ли је пребијање изјављено пре или у току поступка, и то због тога што пребијање наступа на основу једностране изјаве, а не на основу судске одлуке у којој је одлучено о пребијању. Када током парничног поступка тужени истиче пребијање, његова изјава је истовремено правни посао материјалног права (изјава о пребијању) и процесна радња. Тужени истовремено гаси потраживања путем пребијања и захтева да се њихов престанак утврди пред судом (Loza 1983, 1094). То схватање се заснива на идеји о двоструко функционалним радњама у поступку, која нарочито долази до изражаја када се у току поступка, парничном радњом, врше преображајна права, као што је право на пребијање (Јакшић 2021, 286). Пошто није могуће направити разлику између правног посла и процесне радње када су учињени једном изјавом, онда та изјава остварује обе

²⁰ Правила о пребијању налазе се у одељку Закона о облигационим односима који носи наслов „Остали начини престанка обавеза“.

функције и производи и материјалноправна и процесноправна дејства. Упркос једноставности и логичности таквог решења, српска јудикатура и даље заступа старије схватање да пребијање истакнуто током парничног поступка представља захтев да суд утврди испуњеност услова за пребијање и да својом одлуком угаси потраживања односно умањи веће потраживање.²¹ У правној науци није спорно да „приговор изјављен у парници тешко може да се објасни без материјалноправне изјаве воље која је уперена на пребој потраживања“, али српски судови и старија доктрина и даље заступају становиште да је приговор пребијања чисто процесна радња те да пребијање настаје на основу конститутивне одлуке суда (Јакшић 2021, 437–438; Спасић 2003, 221). Таквом праксом српски су судови расцепили установу пребијања, која је замишљена као јединствена материјалноправна установа, на две установе, које су врло блиско повезане, али ипак подвргнуте различитим правилима. Једина предност таквог решења лежи у чињеници да се пребијањем на основу конститутивне судске одлуке избегава ретроактивно дејство пребијања, које је већ одавно препознато као застарело, нелогично, па чак и штетно по циљеве установе пребијања.

Између вансудске изјаве о пребијању и приговора пребијања у парници постоје важне разлике, које утичу на правна дејства изјаве чак и када се она схвати као двоструко функционална парнична радња. Преображајна права врше се неопозивим изјавама воље, како би се обезбедила правна сигурност. Изјава о пребијању, која спада у такве правне послове, такође није опозива. Једном делотворно изјављено пребијање не може се опозвати тако да се угашена потраживања врате у живот. Насупрот томе, приговор пребијања као процесна радња може да се повуче, чиме се суду одузима овлашћење да одлучује о постојању потраживања које је приговором било истакнуто у пребијање (Coester-Waltjen 1990, 27). У том случају, до пребијања неће доћи јер се узима као да пребијање никада није ни изјављено.²² Осим тога, практично веома значајно, приговор пребијања прекида застарелост потраживања које је истакнуто у пребијање, независно од тога да ли је приговор основан,

²¹ Изгледа да је то правило самоникло у нашој судској пракси (иако постоје правни системи који познају то правило) јер је стара аустријска доктрина, која је утицала на нашу предратну правну науку, захтевала да се пребијање истакне пред судом и утврди судском одлуком, али је та одлука ипак имала ретроактивно дејство. У том смислу Лазар Марковић тумачи правила нацрта југословенског Грађанског законика, који никада није озакоњен, а који се заснивао на аустријском Општем грађанском закону (Марковић 1997, 396–397).

²² Пребијање изјављено у парничном поступку остаје у сенци тог поступка, тако да се правила материјалног права прилагођавају правилима поступка.

док неуспешна вансудска изјава о пребијању (када нису испуњени услови за пребијање) остаје без правних дејстава (Coester-Waltjen 1990, 27). То је логична последица општег правила да се застарелост прекида повериоачевог радњом пред судом или другим надлежним органом, а не вансудском изјавом.²³

Када се у једној изјави обједињују преображајни правни посао и процесна радња, лице које даје изјаву жели да оствари обе правне чињенице (тзв. учење о двострукој правној чињеници – *Doppeltatbestand*), па је пуноважност материјалноправне изјаве о пребијању условљена допуштеношћу приговора пребијања као процесне радње (Coester-Waltjen 1990, 29). Једноставније речено, уколико суд одбаци приговор пребијања као недопуштен, сматраће се да није учињена ни материјалноправна изјава о пребијању.

Правни послови којима се врше преображајна права начелно не могу да буду условљени јер је њихов циљ да коначно реше неизвесну правну ситуацију. У парници се, међутим, приговор пребијања по правилу истиче као евентуални приговор, за случај да суд нађе да је потраживање тужиоца основано (Спасић 2003, 222). Тужени, наравно, настоји да одбије тужбени захтев свим расположивим средствима, а тек као последње средство жртвује своје потраживање према тужиоцу путем приговора компензације. Када би тужени истакао приговор пребијања не оспоравајући основаност тужбеног захтева, то би значило да он тужбени захтев прихвата као основан (Grunsky, Jacoby 2018, 133). Због тог сукоба између правила материјалног и процесног права у теорији се водио спор поводом правилног објашњења за евентуални приговор пребијања. Превладало је становиште да изјава о пребијању садржана у евентуалном приговору пребијања није условљена већ безусловна и да се односи на случај да суд нађе да је тужиочево потраживање основано (Coester-Waltjen 1990, 28). То решење одговара логици и практичним потребама јер у случају евентуалног пребијања у парници неизвесност не постоји због тога да ли тужени жели да изјави пребијање већ најпре због тога да ли је потраживање тужиоца основано.

У теорији постоји неслагање у вези са питањем литиспенденције приговора пребијања, али је данас доминантно схватање да истицањем тог приговора не почиње да тече парница већ да предмет спора остаје ограничен на утужено потраживање (Јакшић 2021, 441). То значи да тужени, који је истакао приговор пребијања, може да утужи потраживање које је истакао приговором у самосталној парници. Приговор пребијања

²³ 300, чл. 388.

не доводи до литиспенденције зато што је реч о једном одбрамбеном средству, а не о самосталном захтеву, иако је у немачком праву посебно предвиђено, као и код нас, да је одлука о пребијању обухваћена правноснажношћу пресуде (Coester-Waltjen 1990, 29–30). Чак и када би приговор пребијања доводио до литиспенденције, то не би могло да спречи ситуацију да поверилац подноси тужбу за наплату потраживања, а затим у другом поступку истиче то исто потраживање у виду приговора пребијања. Ово због тога што се приговором пребијања тражи више него тужбом за наплату потраживања јер се тражи не само да суд утврди постојање потраживања које је истакнуто у пребијање већ и престанак тужиоачевог потраживања (Coester-Waltjen 1990, 30). Изостајање литиспенденције важно је и због тога што у случају евентуалног пребијања поверилац потраживања које је истакнуто у пребијање може безразложно изгубити значајно време ако суд одлучи да потраживање по којем је тужен није основано и уопште не отвори питање постојања потраживања које је истакнуто у пребијање (Coester-Waltjen 1990, 30). У овом случају, ако се прихвати литиспенденција приговора пребијања, тужени би морао да сачека окончање спора пре него што би могао да утужи своје потраживање у самосталном поступку – чак и ако постоје добри изгледи да одбије тужбени захтев који је подигнут против њега по неком другом основу. Ипак, у српској јудикатури постоји мишљење да приговор пребијања ствара литиспенденцију и да тужени не може да утужи потраживање које је истакао у приговору у посебном поступку (Спасић 2003, 224).

У парничном поступку важи начело да својство правноснажности може да стекне само одлука о тужбеном захтеву. Зато законодавац мора посебно да нагласи да одлука о постојању потраживања које је истакнуто приговором пребијања такође постаје правноснажна.²⁴ Правноснажност, међутим, обухвата потраживање истакнуто у пребијање (противпотраживање) само уколико је одлучено да оно постоји односно не постоји. Правноснажност судске одлуке неће се односити на потраживање истакнуто у пребијање ако о његовом постојању није одлучено већ је суд из других разлога признао или одбио тужбени захтев. На пример, уколико суд нађе да нису испуњени материјалноправни услови пребијања (иако противпотраживање постоји) или да главно потраживање не постоји, па се уопште не отвори питање постојања противпотраживања (Coester-Waltjen 1990, 30). Та правила штите тужиоца чији је захтев одбијен или умањен приговором пребијања од

²⁴ Закон о парничном поступку – ЗПП, *Службени гласник РС* 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014, 87/2018 и 18/2020, чл. 359, ст. 3.

опасности да буде тужен у посебном поступку на основу потраживања које је било истакнуто у пребијање. Уколико суд донесе позитивну одлуку о пребијању, потраживање које је тужени искористио да се одбрани од тужбеног захтева престаје да постоји у износу у којем је угашено потраживање тужиоца. Тужени би у одвојеној парници могао само да захтева исплату вишка потраживања уколико је његово потраживање било веће од потраживања на којем се заснивао тужбени захтев.

Пребијање потраживања може да се истакне пред судом у виду приговора или противтужбе (компензациона противтужба). Између та два средства постоје две важне разлике. Прво, надлежност суда за одлучивање о противтужби оцењује се строже од његове надлежности да одлучи о приговору пребијања. Да би суд могао да одлучи о противтужби, за обе тужбе (тужба и противтужба) треба да важи иста врста поступка и да је суд који одлучује о тужби стварно надлежан и за противтужбу, док за месну надлежност важи атракција надлежности (Јакшић 2021, 444–445). Када је у питању приговор пребијања, довољно је да потраживање истакнуто у пребијање спада у материју грађанског права, а не захтева се ни стварна ни месна надлежност суда (Јакшић 2021, 438–439). Парнични суд не може да одлучује о пребијању ако је у пребијање истакнуто потраживање које спада у домен јавног права (Coester-Waltjen 1990, 29). Друго, противтужбом се може остварити потраживање туженог у пуном износу, а не само до износа тужиочевог потраживања (будући да је противтужба самостална тужба) (Јакшић 2021, 445).

Да би суд могао да одлучи о приговору пребијања, треба да има директну међународну надлежност за потраживање које се истиче у пребијање. Према становишту теорије, суд може да одлучи о пребијању конексних потраживања (која се заснивају на истом животном догађају) и ако не би био директно међународно надлежан за једно од њих (Јакшић 2007, 330). Питање надлежности за одлучивање о противтужби којом се истиче пребијање може да буде спорно и у арбитражном поступку, али се оно решава тумачењем споразума о арбитражи и релевантних институционалних правила арбитражног поступка (Познић 1985, 421–425). Исто важи и за надлежност арбитраже да одлучи о приговору пребијања, мада постоје покушаји да се та надлежност прошири и на приговоре у којима се истичу потраживања која нису обухваћена арбитражним споразумом, чак и ако су обухваћена другим арбитражним споразумом или пророгационом клаузулом (Павић 2005, 151–152). Таква атракција надлежности, која је предвиђена у утицајним

Швајцарским правилима међународне арбитраже,²⁵ не одговара начелима арбитражног решавања спорова и не може да гарантује процесну економију ако противник пребијања инсистира на поштовању арбитражног споразума односно пророгационе клаузуле којом је потраживање које се истиче у пребијање стављено у надлежност друге арбитраже односно суда (Павић 2005, 155–159).

4. ЗАБРАНЕ ПРЕБИЈАЊА

Да пребијање није сасвим исто као исплата потраживања, може се видети не само у томе што су законом прописани посебни услови под којима је једнострано пребијање допуштено већ и по многим ситуацијама у којима закон забрањује пребијање, што значи да посебну вредност придаје стварној исплати дуга. Законом о облигационим односима предвиђено је да пребијањем не може престати незаплењиво потраживање, потраживање предаје ствари која је дата на послугу, чување или која је бесправно одузета, потраживање настало намерним проузроковањем штете, потраживање накнаде штете услед смрти или оштећења здравља и потраживање које се заснива на законској обавези издржавања.²⁶ Осим тога, потраживање се не може угасити пребијањем ако су се услови за пребијање стекли тек након што је то потраживање заплењено.²⁷ Те одредбе су углавном сагласне забранама пребијања у другим европским правним системима. Упоредноправно постоји сагласност о две групе случајева у којима је пребијање начелно искључено – када је пребијање искључено вољом странака, на основу уговора, и када потраживање има алиментациони карактер, то јест када служи задовољењу основних животних потреба (Zimmermann 1999, 735–736). Закон о облигационим односима не говори о могућности да се пребијање искључи путем уговора, али та могућност у сваком случају произлази из начела слободе уговарања и начела о диспозитивности одредаба тог закона. Уговором предвиђено искључење могућности пребијања ограничено је начелом савесности и поштења, тако да се на њега не може позвати страна која је намерно или преваром проузроковала штету другој страни, а не може се истицати ни у погледу потраживања која су правно и фактички веома блиско повезана (Heller 2007, 462–463). Алиментациона потраживања

²⁵ Swiss Rules of International Arbitration (2021), Art. 23 (5).

²⁶ 300, чл. 341.

²⁷ 300, чл. 342.

заштићена су правилом да је пребијање искључено код незаплењивих потраживања (на пример, минимум зараде) и потраживања на основу законске обавезе издржавања. Остале забране почивају на другачијим идејама.

Потраживања настала бесправним одузимањем ствари или намерним проузроковањем штете искључена су из пребијања због веома дуге традиције континенталноевропског права која сеже све до Јустинијанове кодификације (Zimmermann 1999, 736–737).²⁸ Иза тог правила лежи идеја о спречавању самовоље и приватног насиља – поверилац који не може да наплати своје потраживање не сме да буде у могућности да намерно проузрокује штету свом дужнику знајући да неће морати да плати накнаду јер ће моћи да изјави пребијање. Упитно је у којој мери та идеја заиста одговара стварности. Цимерман указује на то да нема значајне опасности од злонамерног нааношења штете дужницима јер није вероватно да повериоци имају интерес да киње и оштећују своје дужнике, а осим тога, тиме би се излагали санкцијама кривичног права (Zimmermann 1999, 737). Будући да то правило ствара посебне проблеме у случају намерне повреде уговора или сучељавања два потраживања која су настала намерним проузроковањем штете, Цимерман предлаже да се оно напусти и да се забрана пребијања ограничи на алиментациона потраживања (Zimmermann 1999, 737). Можда би прихватање тог предлога у српском праву било преурањено, имајући у виду склоност нашег народа ка инату и насиљу, али се ипак чини да ни код нас није вероватно да ће поверилац који не може да наплати своје потраживање потражити утеху у злурадом сметању дужнику. Приликом примене тог правила треба водити рачуна о томе да је његов циљ заштита лица коме је намерно проузрокована штета, тако да то лице може да се одрекне заштите и да истакне у пребијање своје потраживање накнаде штете (Heller 2007, 459). Забрана пребијања односи се само на штетника који је дужан исплатити накнаду намерно проузроковане штете чак и ако оштећеник има дуг према њему. Другачије тумачење би водило ограничавању права оштећеника из разлога што му је намерно проузрокована штета, што би било сасвим бесмислено.

У сваком случају, остаје да се објасни због чега српски законодавац искључује пребијање у случају штете настале смрћу или оштећењем здравља. Уколико је реч о накнади материјалне штете (повећани трошкови живота), онда је смисао јасан јер је и то алиментационо

²⁸ Possessionem autem alienam perperam occupantibus compensatio non datur. C. 4, 31, 14, 2.

потраживање. Међутим, ако је реч о новчаној накнади неимовинске штете, питање је да ли пребијање треба да буде искључено. Српско право полази од једног веома уског схватања циља новчане накнаде неимовинске штете – према којем се накнада остварује тек када оштећеник себи прибави нешто што му поправља расположење – који треба напустити у корист једног практичнијег схватања да се неимовинска штета надокнађује самим признавањем права на новчану накнаду (Вукотић 2020, 168–177), што отвара пут да се то потраживање изложи могућности пребијања. Остављајући по страни та питања, може се закључити да српско право познаје уобичајене разлоге за искључивање могућности пребијања те да прати традицију европског континенталног права.

Осим забрана које налазимо у Закону о облигационим односима, а које се могу назвати општим забранама пребијања, постоје и посебне забране које се тичу пребијања у стечајном поступку, о чему ће посебно бити речи. У неким правним системима постоје и забране пребијања у погледу обавезе уплате улога у основни капитал привредног друштва, чиме се гарантује очување основног капитала (Zimmermann 1999, 738). Пребијање не сме да омогући члану друштва капитала да умањи уобичајени пословни ризик свог улога (Heller 2007, 468–469). Пребијање није начелно искључено у случају да друштво капитала жели да пребије своје потраживање потраживањем свог члана, али се и у том случају постављају посебни, строжи услови за пребијање (Heller 2007, 470–473). Српско законодавство нема изричитих одредаба о том питању нити је оно обрађено у правној књижевности, те остаје као занимљива тема за посебну детаљну анализу, за коју нема места у оквирима ове скице о пребијању у српском праву.

5. ПРЕБИЈАЊЕ С УСТУПЉЕНИМ ПОТРАЖИВАЊЕМ

Могућност пребијања је посебно заштићена у случају уступања потраживања. Дужник уступљеног потраживања може да се ослободи те своје обавезе истичући у пребијање према новом повериоцу (цесионару) потраживање које има према старом повериоцу (цеденту). То правило, које очигледно одступа од услова узајамности потраживања која се пребијају, почива на принципу да дужник не сме да буде у лошијој правној последици услед уступања потраживања, а тај принцип је врло важан јер оправдава слободан промет потраживања без сагласности дужника. Законом о облигационим односима дужнику је дозвољено да новом повериоцу истакне у пребијање потраживање које има према старом повериоцу уколико су услови за пребијање били

испуњени у часу када је обавештен о уступању.²⁹ Осим тога, дужнику је дозвољено да истакне у пребијање и потраживање према старом повериоцу које није доспело у часу када је обавештен о уступању, али које доспева најкасније у исто време кад и уступљено потраживање.³⁰ Из тих правила се јасно види да је дужник заштићен у свом поуздању у могућност пребијања. Он може да изјави пребијање новом повериоцу ако је већ стекао то право према старом повериоцу, односно ако би, по редовном току ствари (да није било уступања), стекао то право према старом повериоцу. Исто правило налазимо у немачком праву³¹ и оно такође почива на идеји да треба заштитити поверење у стечену или оправдано очекивану могућност пребијања, при чему се то поверење оцењује објективно, независно од чињенице да ли је дужник заиста рачунао с пребијањем (Schwarz 2003, 262–265). Када нема околности које оправдавају поверење у могућност пребијања, дужник неће моћи да користи потраживање које има према цеденту како би исплатио уступљено потраживање (на пример, када је потраживање према цеденту стекао тек пошто је обавештен о уступању). Законодавац на тај начин постиже правичну равнотежу између интереса дужника и интереса цесионара (Schwarz 2003, 267–269).

Овде треба поменути донекле спорно питање да ли је дужник уступљеног потраживања заштићен у свом поуздању у могућност пребијања у случају да је потраживање уступљено унапред, пре него што је настало. Немачки Савезни суд сматра да у том случају нема основа за поверење у могућност пребијања и да дужник не може да угаси потраживање које је унапред уступљено својим потраживањем према уступиоцу, чак и ако је оно прво настало, то јест ако је настало пре уступања (Coester-Waltjen 2004, 394). У таквом случају пребијање не би требало дозволити ни по прописима српског права јер не постоји разлог због којег је дужник уступљеног потраживања иначе заштићен.

6. ПРЕБИЈАЊЕ У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

Једна од основних и практично најзначајнијих функција пребијања јесте обезбеђење наплате потраживања. Право на пребијање није средство обезбеђења у истом смислу као заложно право или јемство јер оно не обезбеђује ефективну исплату дуга већ намирење на другачији

²⁹ 300, чл. 340, ст. 1.

³⁰ 300, чл. 340, ст. 2.

³¹ BGB, § 406.

начин, ослобађањем повериоца од његове обавезе према дужнику. То је за повериоца ипак несразмерно боље него да своје потраживање уопште или делимично не може да наплати. Уколико су испуњени услови за пребијање, поверилац потраживања је обезбеђен за износ свог дуга према дужнику. Када дужник падне у стечај, ово дејство пребијања долази у први план. Право на пребијање одлучује о економској вредности стечајног потраживања (Pluta 2009, 1). У стечајном праву важи начело једнаког положаја стечајних поверилаца (*par conditio creditorum*) и сразмерног намирења њихових потраживања. Могућност пребијања нарушава то начело јер стечајне повериоце који су уједно дужници стечајног дужника ставља у повлашћени положај (могу да намире своје потраживање до износа свог дуга, независно од квоте намирења у стечајном поступку) и угрожава интересе осталих стечајних поверилаца (стечајни дужник неће моћи да наплати цео износ свог потраживања па ће стечајна маса бити мање вредности). То је посебно проблематично зато што право на пребијање, за разлику од других обезбеђујућих права, није лако видљиво трећим лицима и зато што поверилац који може да изјави пребијање има у својим рукама могућност да лако и самостално наплати своје потраживање, те није очигледно да заслужује додатну заштиту (Zimmermann 2012, 1557). Зато је потребно да се могућност пребијања у стечају оправда значајним разлозима. У теорији се најчешће истиче правичност односно идеја да би било неправично захтевати од стечајног повериоца да исплати свој дуг знајући да ће своје потраживање остварити само делимично (Радовић 2017, 665). Такво резонување има смисла само у односу између стечајног повериоца и стечајног дужника, али се не може одржати ако се узму у обзир интереси свих стечајних поверилаца. Осим правичности, у прилог могућности пребијања у стечају истичу се и разлози очувања стечених права и ретроактивно дејство пребијања (Радовић 2017, 665), који се могу свести на заштиту поуздања у могућност пребијања. Као што смо видели, идеја о заштити поуздања у могућност пребијања долази до изражаја у великом броју правила о пребијању (ретроактивно дејство изјаве, пребијање застарелим потраживањем, пребијање уступљеног потраживања), па се може рећи да је то једна од основних идеја која обликује установу пребијања. Дозвољеност пребијања у стечајном поступку почива и на традицији европског права и практичним потребама. У неким правним системима, а тако је било и код нас све до 2004. године, пребијање у стечају не само да је дозвољено него је и привилеговано блажим условима. Европски правни системи, па чак и наднационални прописи и модел-правила, сагласни су у томе да пребијање у стечају треба да буде дозвољено, при чему се за одлучујући момент за одлучивање о дозвољености пребијања узима час отварања

стечајног поступка (Pluta 2009, 2). Колико је то опредељење логички оправдано и доследно, може се довести у питање. Разлози који се истичу у прилог пребијања у стечају нису убедљиви, поверење повериоца у могућност пребијања не делује нарочито вредна заштите, а посебно ако се прихвати савремена тенденција да се пребијању припише само *ex nunc* дејство (Pluta 2009, 155–158). Зато се може рећи да је могућност пребијања у стечајном поступку најпре данак традицији и последица правне инерције.

Код нас је дуго било прихваћено правило да се потраживање које подлеже пребијању уопште не пријављује у стечајном поступку и да пребијање наступа по сили закона, тако да се у стечају остварује само салдо међусобних потраживања (Радовић 2017, 667). Тиме је пребијање у стечају било издвојено у посебну врсту пребијања која се битно разликује од пребијања између солвентних странака. Између 2004. године, када је усвојен Закон о стечајном поступку, и Закона о стечају из 2009. године, питање пребијања у стечају није било изричито регулисано па се у теорији и пракси јавила дилема о дозвољености и условима под којима се пребијање остварује у стечајном поступку. Виши трговински суд је решио ту дилему полазећи од погрешног тумачења правила Закона о облигационим односима о условима за пребијање. Суд је пошао од тога да потраживања морају да буду истог квалитета да би могла да се пребију, а под квалитетом није разумео само квалитет предмета обавезе него квалитет потраживања у ширем смислу, укључујући и питање његове наплативости, што је код потраживања стечајног повериоца очигледно неизвесно (Радовић 2017, 668). Суд је даље закључио да потраживање стечајног повериоца постаје наплативо тек када буде донето решење о главној деоби и када постане извесно у ком износу ће стечајно потраживање моћи да буде намирено (Радовић 2017, 668). Тиме је суд не само погрешно протумаčio одредбе Закона о облигационим односима него је и потпуно обесмислио пребијање у стечајном поступку јер су последице предложеног решења готово сасвим исте као и када поверилац не би имао право на пребијање (Радовић 2017, 668–669). При томе је врло занимљиво то што суд није поставио питање наплативости потраживања стечајног дужника. Ако би се логика Вишег трговинског суда доследно спровела, требало би утврдити у ком износу је потраживање стечајног дужника наплативо, а не само поћи од претпоставке да јесте због тога што над дужником није отворен стечајни поступак.

Та пракса је окончана Законом о стечају из 2009. године којим је пребијање уређено на нови начин. Уместо традиционалног либералног односа према пребијању и рестриктивне идеје Вишег трговинског суда,

Закон о стечају је покушао да пронађе средње решење тако што би дозволио пребијање, ослањајући се на општа правила из Закона о облигационим односима, али га је ограничио временски (право на пребијање мора да настане пре подношења предлога за покретање стечајног поступка) и процесно (потраживање се мора пријавити по правилима стечајног поступка) (Радовић 2017, 669–670).³² Тиме је српски законодавац одлучно одступио од фаворизовања пребијања у стечају и заштитио, додуше на веома арбитраран начин, начело једнаког положаја стечајних поверилаца. Пребијање је такође искључено у случају несавесности повериоца, уколико је потраживање према стечајном дужнику стекао шест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка знајући да је дужник инсолвентан или ако су услови за пребијање стечени правни послом који се може побијати у стечају.³³ Поверилац инсолвентног дужника не сме имати могућност да своје потраживање, за које се претпоставља да неће бити наплаћено у целини, уступи дужнику инсолвентног дужника и тако му омогући да пребијањем намири цело потраживање јер би то угрожавало интересе других стечајних поверилаца (Радовић 2017, 675–676). И овде важи идеја да треба заштитити поверење у могућност пребијања, а не покушај да се омогући пребијање када је већ постало извесно да потраживање неће бити наплаћено у целини. Пребијање, наравно, није искључено ако потраживање стечајног повериоца настане током сумњивог периода, али на основу правних чињеница које су већ постојале, на пример, ако стечајни поверилац стекне потраживање одлуком стечајног управника о испуњењу неизвршеног уговора или побијањем правне радње у стечају (Радовић 2017, 676–677).³⁴

Закон о стечају напушта традиционално правило о *ipso iure* пребијању потраживања која до часа отварања стечајног поступка испуне услове за пребијање те захтева да се стечајном суду достави пријава целокупног потраживања које се жели истаћи у пребијање, као и изјава о пребијању.³⁵ Тиме се пребијање у стечају, на неки начин, приближава концепцији Закона о облигационом односу о пребијању на основу једностраног правног посла (Радовић 2017, 678), али се ипак одржава као посебна правна установа или као посебна врста пребијања јер стечајни поверилац не може да оствари пребијање вансудски, као што

³² Закон о стечају, *Службени гласник РС* 104/2009, 99/2011, 71/2012, 83/2014, 113/2017, 44/2018 и 95/2018, чл. 82.

³³ Закон о стечају, чл. 83.

³⁴ Закон о стечају, чл. 83, ст. 2.

³⁵ Закон о стечају, чл. 82, ст. 2.

је предвиђено правилима Закона о облигационим односима, већ мора да учествује у стечајном поступку, да пријави своје потраживање и да стечајном суду достави изјаву о пребијању. Ако то не учини, стечајни поверилац коначно губи право на пребијање и не може га никако остварити.

Правила Закона о стечају сврставају српско право међу правне системе у којима се пребијање у стечају регулише на основу општих правила о пребијању која важе за солвентна лица (очување права на пребијање) уз значајна ограничења која служе заштити стечајне масе и интереса стечајних поверилаца (Johnston, Werlen, Link 2018, 5). Искључење пребијања за потраживања која су стечена према стечајном дужнику у току одређеног сумњивог периода (*look-back period*) такође је уобичајено у упоредном праву (Johnston, Werlen, Link 2018, 5). Може се закључити да пребијање у стечају није у целини другачија установа од пребијања између солвентних лица, али јесте посебна врста или посебан случај пребијања који је оптерећен додатним материјалноправним и процесноправним условима.

7. ЗАКЉУЧАК

Установа пребијања уређена је у српском праву одредбама које не заостају за решењима која су прихваћена у другим европским и светским правним системима. По јединственој материјалноправној концепцији пребијања, српско право следи традицију континенталноевропског права, док се по начину на који се пребијање остварује сврстава у германски правни круг. Правила Закона о облигационим односима у великој мери наликују правилима немачког Грађанског законика, најпре по томе што се пребијање остварује једностраним адресованим правним послом са ретроактивним дејством. Такво решење је прихваћено и у другим системима који припадају или су блиски германској правној породици, као што су аустријски, швајцарски и холандски. То је очигледна предност српског права јер је други систем пребијања (пребијање по сили закона), који је био предвиђен у Наполеоновом законнику, показао бројне мањкавости у практичној примени, па је коначно морао да буде напуштен.³⁶ Српско право одступа од водећих академских предлога оптималног уређења установе пребијања (Zimmermann 1999, 739) само у три важна аспекта:

³⁶ Од новела из 2016. године, француско право прихвата пребијање на основу једностраног правног посла с ретроактивним дејством (Hubert 2018, 204).

1) изјава о пребијању делује ретроактивно, а не само за будућност (што је уосталом проблем и у већини других правних система); 2) пребијање се условљава доспелошћу оба потраживања, што није логично у систему једностраног пребијања на основу правног посла (довољно је да лице које жели да се ослободи обавезе има право да ту обавезу испуни, а није неопходно да она буде доспела); 3) пребијање у парничном поступку, према владајућем схватању у судској пракси, подлеже посебним правилима, чиме се подрива идеја о пребијању као јединственој уставној материјалног права. Наше право није, дакле, далеко од оптималног уређења установе пребијања.

За пребијање у стечају, које је врло различито уређено у разним правним системима, српско право прихвата владајућу концепцију да отварање стечајног поступка не гаси право на пребијање које се заснива на општим правилима, али се пребијање може остварити само под додатним и значајно рестриктивнијим условима. У томе је српско право одступило од традиције немачког и аустријског права коју је раније следило (Радовић 2017, 670). Имајући у виду озбиљну критику која је упућена ретроактивном дејству изјаве о пребијању и уопште идеји о потреби заштите поуздања у могућност пребијања, можда је то корак у правом смеру. У сваком случају, ограничавање могућности пребијања погодује начелу једнаког положаја стечајних поверилаца, које представља основ стечајног права.

Закон о облигационим односима, 44 године након усвајања, и даље пружа чврсту основу српском грађанском праву, а одредбе које се тичу пребијања сигурно спадају међу његове најуспелије делове. У њима су постављена јасна и практична правила чија је корисност већ била доказана у другим правним системима. Први корак ка том законодавном успеху учинио је Михаило Константиновић када је, упркос свом француском правничком образовању, донео исправну одлуку да прихвати савремено решење, чији је најпознатији пример садржан у немачком Грађанском законнику. Правила о пребијању која је он предложио у Скици за законик о облигацијама и уговорима прихваћена су у великој мери у Закону о облигационим односима, а она која нису прихваћена, одбијена су из оправданих разлога (као што је захтев ликвидности потраживања и одредба о судској компензацији неликвидних потраживања). Тако су редактори Закона о облигационим односима прихватили и унапредили концепцију пребијања која је била предложена у Константиновићевој Скици.

Следећи корак напред могла би да буде темељна реформа правила о пребијању која би настала када би се прихватило правило да изјава о пребијању остварује дејство само за будућност, што би утицало на

пребијање застарелим потраживањем, на пребијање уступљеним потраживањем и на правила стечајног поступка. Такво правило би погодно било правној сигурности, било би једноставно и логично, а убојито дејство пребијања било би умањено. У правној теорији одавно је примећено да *ex nunc* дејство боље одговара циљевима пребијања и да је правичније у односу између чија се потраживања гасе. Повратно дејство изјаве о пребијању одолева академским нападима захваљујући својој традицији и инерцији законодавства и правне праксе. Оно је прихваћено у највећем броју европских правних система. То ипак није разлог, нарочито ако се тенденција развоја права окрене у корист *ex nunc* дејства, да српско право остане при постојећем решењу.

Српски правници би оправдано могли да одступе од захтева да пребијањем могу да престану само доспела потраживања јер је у систему пребијања на основу једностраног правног посла довољно да потраживање стране која изјављује пребијање буде принудно извршено, док је за потраживање друге стране довољно да буде плативо. Томе се, међутим, испречује јасна законска одредба која изричито поставља услов да оба потраживања морају бити доспела. Она би могла да се заобиђе, као што је то учињено у француском праву, идејом да дужник може да се одрекне заштите коју му право пружа и да одлучи да исплати свој дуг пре његове доспелости.

На крају се може рећи да је пребијање у парничном поступку најслабија тачка српског права и питање које ће се јављати и стварати дилеме све док коначно у правној теорији и судској пракси не превлада једна јасна и доследна концепција. Није пожељно да дејства пребијања у једном правном систему буду драстично различита зависно од тога да ли је пребијање остварено вансудском изјавом или је први пут истакнуто у приговору пред судом јер је у оба случаја реч о суштински истој установи с истим циљевима. Српска правничка јавност треба да прихвати материјалноправну концепцију пребијања и да напусти праксу која је судској одлуци о пребијању признавала конститутивно *ex nunc* дејство. Тиме би српско право остало при концепцији пребијања као јединствене установе материјалног права, што би погодно било правној сигурности и одговарало логици система који је постављен у Закону о облигационим односима.

ЛИТЕРАТУРА

- [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: Giesecking.
- [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 Encyclopaedia 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. *Festschrift für Dieter Medicus: zum 70. Geburtstag*. Köln – Berlin – Bonn – München: Carl Heymanns Verlag.
- [16] Вукотић, Милош. 2020. *Наследивост права на накнаду неимовинске штете*. Докторска дисертација. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [17] Јакшић, Александар. 2007. *Грађанско процесно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Службени гласник.
- [18] Јакшић, Александар. 2021. *Грађанско процесно право*. Београд: Универзитет у Београду – Правни факултет.
- [19] Константиновић, Михаило. 1996. *Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима*. Београд: Службени лист СРЈ.
- [20] Марковић, Лазар. 1997. *Облигационо право*. Београд: Службени лист СРЈ.
- [21] Павић, Владимир. 2/2005. Противтужба и компензациони приговор у арбитражном спору. *Анали Правног факултета у Београду* 53: 145–160.
- [22] Познић, Боровоје. 3–4/1985. Противтужба у арбитражном спору. *Анали Правног факултета у Београду* 33: 421–425.
- [23] Радишић, Јаков. 2008. *Облигационо право*. Београд: Номос.
- [24] Радовић, Вук. 2017. *Стечајно право*. Књига прва. Београд: Универзитет у Београду – Правни факултет.
- [25] Спасић, Слободан. 2003. Компензација (пребијање) потраживања из уговора у привреди у пракси трговинских судова. 213–239. *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 3. Београд: Службени гласник.

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.

Др Драгор ХИБЕР*

ПРИНУДНИ ПРОПИСИ У НОВИЈОЈ ДОМАЋОЈ СУДСКОЈ И УГОВОРНОЈ ПРАКСИ

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

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

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

1. УВОД

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

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

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

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

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

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

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

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

2. СЛОБОДА УГОВАРАЊА, ИМПЕРАТИВНЕ НОРМЕ И НАЧИН ЊИХОВОГ ПРЕПОЗНАВАЊА

2.1. Слобода уговарања и њена ограничења

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

³ 300, чл. 20.

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

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

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

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

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

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

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

2.2. Диспозитивне и императивне норме у уговорном праву у 300

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

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

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

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

⁷ 300, чл. 20.

⁸ *Ibid.*

Ово лаконски изражено правило захтева извесна појашњења.

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

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

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

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

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

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

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

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

2.3. Опште о садржини императивних норми у уговорном праву

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

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

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

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

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

¹² 300, чл. 104; Скица, чл. 85.

¹³ Скица, чл. 87; 300, чл. 108.

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

Може, међутим, бити предвиђена и нека друга последица, која најчешће долази из јавног права, али тада је реч о кршењу јавноправне норме на које Скица и 300 само реферишу.¹⁷ Те друге последице су, по логици ствари, неке јавноправне санкције и могу бити разноврсне. Константиновић их је још 1957. године, набрајајући их, разврстао на следећи начин: „...за случај повреде прописа који забрањују закључивање извесних уговора... долазе, пре свега, разне управне мере, од којих је најблажа привремена забрана обављања одређене трговинске делатности, а најтежа стављање привредне организације под принудну управу... На другом месту, од привредне организације која је радњом учињеном противно одредбама уредбе прибавила себи имовинску корист одузима се целокупан износ тако прибављене користи... најзад предвиђене су и новчане казне разних износа за разне случајеве повреде њених прописа, ... и новчане казне за одговорнолице у привредној организацији“ – у цитирању су изостављена из текста упућења на тада важеће прописе. (Константиновић [1957] 1982, 549–551).

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

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

¹⁵ Тако 300, чл. 73.

¹⁶ Скица, чл. 83; 300, чл. 106.

¹⁷ Скица, чл. 79, ст. 2; 300, чл. 103, ст. 1, предвиђају исто: „...ако циљ повређеног забране (у 300 ‘повређеног правила’) не упућују на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује шта друго“.

текста актуелну судску праксу, у односу на строго постављено правило о регистрованој делатности привредних друштава¹⁸ односно забрани уговарања ван те делатности, аутор издваја уговоре који би свакако били забрањени, без обзира на то ко их закључи, па су ништави, од оних који су забрањени само за једну страну и најзад оних код којих би административна санкција била циљ забране, на пример, када је реч о новчаној казни коју ће платити онај ко је закључио и извршио из одређеног разлога забрањен уговор; нека од решења у уоченом валеру случаја Константиновић је унео у Скицу и касније су ушла у 300.¹⁹ Из формулације тих одредаба, једнако из Скице и Закона, произилази да се ништавост и друга (административна) санкција налазе у алтернативном односу, и то као правило (ништавост) и изузетак; сходно језичком тумачењу одредаба могуће је и другачије, дакле кумулативна примена обе врсте санкција ако сам закон на то изричито упућује.

Ако странке прекрше какву забрану предвиђену императивним нормама закона, уговор ће као забрањен бити ништав. Када се императивном нормом не забрањује већ наређује, обавезује на постојање одређеног елемента или услова уговора, непоштовање ће такође довести до тога да уговор не производи правна дејства, неки ће рећи да буде такође ништав, а неки ће у овом случају видети тзв. непостојећи уговор.²⁰ Илустрација за то су формални уговори. Када закон, 300 или неки други, налаже да уговор буде закључен у одређеној форми „уговор који није закључен у прописаној форми нема правно дејство...“²¹; слична је и за изостанак сагласности дате заступнику правног лица да закључи неки уговор када се та сагласност захтева.²²

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

¹⁹ Видети када је закључење уговора забрањено само једној страни: Скица, чл. 79, ст. 3; 300, чл. 103, ст. 2, за другу санкцију на коју упућује циљ забране или је одређује закон: Скица, чл. 79, ст. 2; 300 чл. 103, ст. 1.

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

²¹ 300, чл. 70, ст. 1.

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

2.4. О проблему препознавања императивних норми и правној пракси

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

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

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

²³ 300, чл. 46, ст. 2 и 4.

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

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

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

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

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

²⁶ 300, чл. 486, ст. 2.

²⁷ 300, чл. 270, ст. 3.

²⁸ 300, чл. 455.

²⁹ 300, чл. 474.

³⁰ 300, чл. 718, ст. 1.

³¹ 300, чл. 570, ст. 1.

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

3. ПРЕПОЗНАВАЊЕ ИМПЕРАТИВНИХ И ДИСПОЗИТИВНИХ НОРМИ У ПРАВНОЈ ПРАКСИ

3.1. Правило тумачења из члана 20 300

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

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

Такви случајеви, односно тумачења ужи су предмет овог уратка.

3.2. Ширење квалификације норми као императивних у судској пракси

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

3.2.1. Дозвољеност уговарања накнаде трошкова обраде кредита

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁶ 300, чл. 80, ст. 2.

³⁷ 300, чл. 83, ст. 2.

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

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

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

³⁸ Пресуда Привредног суда у Крагујевцу 3П230/16 од 22. априла 2016.

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

⁴⁰ Суд је у том случају ишао и даље, па је, уместо уговореног, када је утврдио да такво уговарање није дозвољено, нашао да се има применити правило из наведено императивне норме аналогно чл. 27, ст. 2 300.

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

3.3. Уговорене установе страног права и императивне норме домаћег права

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

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

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

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

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

3.3.1. *Put option*

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

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

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

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

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

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

Право Србије не познаје пут опцију, не спомиње се под тим или другим именом ни у 300 ни у ЗПД, али то само по себи не значи да је такво уговарање забрањено; ЗПД ово предвиђа не само кроз опште начело слободе уговарања већ и изричито: „Пренос удела је слободан, осим ако је овим законом или оснивачким актом другачије одређено.“⁴⁶ Међутим, за питања која нису изричито уговорена позвати се у рубруму члана уговора или на други начин на пут опцију значи само ставити етикету, без садржине. Да би се проверила конкретна дозвољеност уговореног, да би се попуниле правне празнине применом диспозитивних норми, неопходно је тумачењем уговореног извршити *квалификацију*, односно утврдити о каквом је уговору реч, која је његова правна природа, тиме и која се правила домаћег права на њега могу применити. Ова претходна квалификација, одређивање врсте уговора, правно је питање (Перовић 1990, 368). Као са сваким тумачењем, ако се заједничка воља странака не може из употребљених речи несумњиво утврдити, тумачиће се „ослонцем на низ других објективних критеријума, углавном повезаних са начелима облигационог права: да странке слободно уговарају али у границама норми и добрих обичаја, чл. 10 и 21 300, да су при уговарању равноправне, чл. 11 300, да се код двостраних уговора придржавају начела једнаких вредности својих чинидби, чл. 15 300 (Водинелић 2012, 183).⁴⁷ Следи, наравно, поређење са постојећим установама 300.

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

⁴⁶ ЗПД, чл. 160.

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

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

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

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

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

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

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

⁴⁹ Скица, чл. 30.

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

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

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

⁵³ ЗПД, чл. 175, ст. 1.

⁵⁴ ЗОО, чл. 45, ст. 2.

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

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

3.3.2. *Representations and Warranties*

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

⁵⁵ 300, чл. 67, ст. 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶³ 300, чл. 265, ст. 1.

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

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

4. ЗАКЉУЧАК

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

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

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

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

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Ђорђевић, Живомир, Владан Станковић. 1987. *Облигационо право*. 5. издање. Београд: Научна књига.
- [2] Гамс, Андрија. 1977. *Увод у грађанско право*. 9. издање. Београд: Научна књига.
- [3] Grane, Brian A. (editor in chief). 2001. *Black's Law Dictionary*. 7th edition. St. Paul, Minn: West.
- [4] Ghestin, Jacques, Gilles Goubeaux. 1977. *Traité de Droit civil. Introduction général*. Paris: LGDJ.
- [5] Ghestin, Jacques, Grégoire Loiseau, Yves-Marie Serinet. 2013. *La formation du Contrat*. Tome I. Paris: LGDJ.
- [6] Guillo, Olivier. 2003. Des obligations résultant d'un contrat. *Commentaire romand, Code des obligations*. Tome III. Edité par Luc Thevenoz, Franz Werro. Tome II. Genève: Schulthess.
- [7] Хибер, Драгор. 1991. *Заблуда при закључењу уговора*. Необјављени рукопис докторске дисертације. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [8] Хибер, Драгор, Милош Живковић. 2015. *Обезбеђење и учвршћење потраживања*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [9] Хибер, Драгор. 3/2018. Предуговор обезбеђен капаром код уговора о промету непокретности у праву Србије. *Анали Правног факултета у Београду* 66: 57–87.
- [10] Јелчић, Олга. 12/1988. Однос између предуговора и уговора о опцији. *Правни живот* 38: 1499–1512.
- [11] Јовановић, Небојша. 2018. *Кључне разлике енглеског и српског уговорног права*. 2. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [12] Константиновић, Михаило. [1969]1996. *Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима*, поновљено издање, Београд: Службени лист СРЈ.
- [13] Константиновић, Михаило. [1957] 3–4/1982. Забрањени уговори о трговини. Репринт. *Анали Правног факултета у Београду* 30: 549–558.
- [14] Марковић, Лазар. 1997. *Облигационо право*. Београд: Службени лист СРЈ.
- [15] Мароштук, Лука. 2015. *Уговор о располагању уделом у друштву са ограниченом одговорношћу*. Необјављени рукопис мастер рада. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

- [16] Medicus, Dieter. 2002. *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*. 13. Auflage. München: C.H.Beck.
- [17] Мишковић, Петар. 4–5/2019. Изјаве и гаранције у уговорима о продаји удела – појам и проблематика у српском праву. *Право и привреда* 57: 335–351.
- [18] Patarin, Jean. 1954. *Le problème de l'équivalence juridique des résultats*. Paris: Dalloz.
- [19] Перовић, Слободан. 1975. *Забрањени уговори*. Београд: Службени лист СФРЈ.
- [20] Перовић, Слободан. 1990. *Облигационо право I*. Београд 1990: Службени лист СФРЈ.
- [21] Pinto-Monteiro, António. 2015. La clause pénal en Europe. *Études offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXI siècle*. Paris: L.G.D.J.
- [22] Радишић, Јаков. 2004. *Облигационо право, општи део*. 7. издање. Београд: Номос.
- [23] Ranouil, Veronique. 1980. *L'autonomie de la volonté – Naissance et évolution d'un concept*. Paris: P.U.F.
- [24] Ripert, George, Jean Boulanger. 1957. *Traité de droit civil : d'après le traité de Planiol. Tome II*. Tome II. Paris: L.G.D.J.
- [25] Rouhette, Georges. 1965. *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*. Paris: [s.n.].
- [26] Treitel, Guenter H. 1991. *The Law of Contract*. 8th edition. London: Sweet & Maxwell.
- [27] Васиљевић, Мирко. 2019. *Компанијско право. Право привредних друштава*. 11. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [28] Васиљевић, Мирко. 2001. *Пословно право*. Београд: Удружење правника у привреди СР Југославије.
- [29] Величковић, Јована. 4–6/2018. Арбитражни споразум код уговора о продаји удела – три (спорна) питања у вези пуноважности споразума. *Право и привреда* 56: 485–500.
- [30] Venturi, Silvio. 2003. De la vente et de l'échange. *Commentaire romand, Code des obligations, Tome III*, Luc Thévenoz, Franz Werro (éds.). Genève-Bâle-Munich: Helbing & Lichtenhahn.

- [31] Водинелић, Владимир В. 2012. *Грађанско право. Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*. Београд: Правни факултет Универзитета Унион.
- [32] Живковић, Милош. 2/2018. О дозвољености уговарања трошкова обраде кредита у праву Србије. *Банкарство* 47: 14–48.

Dragor HIBER, PhD

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

MANDATORY RULES IN RECENT SERBIAN JURISPRUDENCE AND CONTRACTUAL PRACTICE

Summary

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

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

Article history:

Received: 7. 10. 2022.

Accepted: 12. 12. 2022.

Др Дамјан МОЖИНА*

РАСКИД УГОВОРА: СКИЦА И ЗАКОН О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

Чланак садржи анализу регулисања раскида уговора због повреде у југословенском Закону о облигационим односима (1978) и његовом нацрту, тзв. Скици (1969), коју је припремио Михаило Константиновић. У области раскида уговора Константиновић се у Скици угледа првенствено на Једнообразни закон о међународној продаји покретних ствари (ULIS 1964), који је за оно време представљао модерну регулативу. Осим тога, Константиновић је у Скицу уврстио и престанак уговора због немогућности испуњења уговора који савремена законодавства данас више не познају. Регулатива у Скици се не заснива на једнообразном појму повреде уговора већ посебно третира неиспуњење уговора (доцњу), испуњење уговора с недостатком и немогућност испуњења уговора. Законодавна комисија, која је прерађивала Скицу очувала је њену основну структуру, укључујући разликовање неколико врста повреде уговора, а у регулисању раскида начинила је неколико измена које, у поређењу са савременим уређењима уговорног права, спадају у недостатке 300.

Кључне речи: *Поведа уговора. – Раскид уговора. – Битна повреда уговора. – Доцња дужника. – Немогућност испуњења уговора.*

* Професор, Правни факултет Универзитета у Љубљани, Словенија, damjan.mozina@pf.uni-lj.si.

1. УВОД

Закон о облигационим односима (300) настао је на основу нацрта, такозване Скице коју је припремио Михаило Константиновић (1969).¹ Скицу је затим прерадило неколико комисија бивше савезне Скупштине пре него што је 300 усвојен (1978).² Велики дио Скице чини занимљива мешавина решења и приступа из упоредног права.³ Међутим, пошто Скица – осим ауторових кратких и прилично општих уводних напомена – није опремљена тумачењем, нема јасних одговора на сва питања о томе каква је била интенција законодавца са појединим одредбама. Пошто ни материјали који се односе на касније преправке Скица нису јавно објављени, намере појединих измена које су извршене у Скици остале су познате само уском кругу учесника.

У области уговорног права један од главних извора на које се Константиновић угледао у Скици јесте Хашко једнообразно право уговора о продаји (1964), односно Једнообразни закон о међународној продаји покретних ствари (ULIS) и Једнообразни закон о закључивању уговора о међународној продаји робе (ULFC),⁴ који су били претходници данашње Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (CISG, 1980). Такође се може препознати и утицај француског права (*Code civil*), Општих узанси за промет робом (1954), немачког (BGB) и швајцарског права (OR) и неких других правних поредака.⁵

Сврха овог рада је да представи регулисање раскида уговора због повреде у Скици и 300.⁶ То је један од главних института уговорног права, тачније правног регулисања сметњи при испуњењу уговора. Ако једна страна не испуни своје уговорне обавезе, друга страна није дужна да у недоглед остаје у таквом уговору, него под одређеним условима може да постигне његов престанак, с тим да се растерети и своје обавезе. У раду покушавам да критички анализирам регулативу у Скици и измене које су биле извршене у 300.

¹ Константиновић 1969.

² Видети Слијепчевић 1988, 1429–1448.

³ Видети Tot 2022a, 3.

⁴ Конвенција о једнообразном закону о међународној продаји робе (Convention relating to a uniform Law on the International Sales), Хар, 1. јул 1964, чији су део били ULIS и ULFC.

⁵ Видети Tot 2022a, 12 и сл.

⁶ Део текста је старијој верзији објављен у Možina 2020, 134.

Најпре ваља упозорити да је евалуација Скице и 300 у овом тренутку помало незахвална јер се од њиховог настанка уговорно право – нарочито његов упоредноправни аспект – интензивно развијало. Већ две године након усвајања 300 у Бечу је усвојена Конвенција Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе (CISG, која је у поређењу са својом претходницом (ULIS) донела нека знатна унапређења. Касније су се развили и модерни модели закона, какви су Принципи европског уговорног права (PECL)⁷ или Принципи UNIDROIT за међународне трговинске уговоре,⁸ које је, заједно с богатом пратећом литературом данас могуће узети као основу за анализу, а у периоду настајања Скице и 300 их још није било. У раду нису разматрана правила заштите потрошача ни одредбе о измењеним околностима.

2. ОБЕЛЕЖЈА РЕГУЛИСАЊА ПОВРЕДЕ УГОВОРНИХ ОБАВЕЗА У СКИЦИ И 300

Да би се разумело регулисање престанка уговора због повреде обавеза у Скици и 300, најпре треба укратко представити основна обележја њиховог регулисања поремећаја у испуњењу уговора.

Систем одредаба у Скици и 300, у којима се разматрају сметње при испуњењу уговорних обавеза, не заснива се на једнообразном појму повреде уговора.⁹ И у Скици и у 300 разликују се неиспуњење односно доцња и испуњење са материјалним или правном недостатком.¹⁰ Разлика је посебно изоштрена у случају битно различитих временских оквира за повериочева права, укључујући раскид уговора, где иступа изразито несрећна и упоредноправно јединствена комбинација кратких и строгих временских оквира одговорности продавца (дужника) за материјалне недостатке, која је карактеристична за југословенско облигационо право.¹¹ Разлика између доцњи у плаћању и јемствених

⁷ Lando, Beale 2000.

⁸ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC), 2016.

⁹ Појам „повреде уговора“ знају и Скица и 300, али га не примењују доследно. Видети чл. 211, ст. 1, 2 и 4 Скице, као и чл. 266, ст. 1, 2, 3 и 4 300.

¹⁰ Видети чл. 89 Скице одн. чл. 121 300, као и чл. 407 Скице и чл. 479 300.

¹¹ Односи се првенствено на шестомесечни јемствени рок из чл. 482, ст. 2 300, који је прекратак јер се у овом тренутку бројни недостаци уопште не могу показати. У литератури рок важи за преклузивни (видети нпр. Капор 1983, 1297), иако га је уговором могуће изменити. Јемствени рок који је предлажан у чл. 410, ст. 3 Скице износио је две године од достављања. Комбинација

санкција била је карактеристична углавном за оне правне поретке који су – полазећи од традиције римског права – регулисали одговорност у општем уговорном праву, које се заснивало на принципу кривице, за разлику од одговорности продавца за материјалне недостатке, где је важила строга објективна одговорност чија су противтежа били кратки временски оквири.¹² Скица и 300 су начинили важан корак ка уједињењу јер су одштетну одговорност у оба случаја формулисали једнообразно,¹³ да би онда – без праве потребе – пооштрили временске оквири одговорности продавца. Трећи посебно регулисан поремећај у испуњењу уговора је (накнадна) немогућност извршења уговорне обавезе. Ако до неиспуњења обавеза дође због тога што је испуњење постало (објективно) немогуће, наступа посебан систем санкција због немогућности.¹⁴

Иако се то ни у Скици ни у 300 не регулише директно, као посебну категорију могуће је разликовати и повреду споредних обавеза.¹⁵ Дужност повериоца да сарађује у испуњењу дужника углавном се не сматра стварном (извршном) дужничком обавезом већ обавезом ниже категорије, чија повреда има правне последице, обухваћене институтом доцње повериоца.¹⁶

из чл. 500, ст. 1 300 с најдужим роком од годину дана за остваривање права је изразито несрећна и према повериоцу неразумљиво строга. Због наслова изнад члана („Губитак права“) рок важи исто тако за преклузивни (Капор, у Благојевић, Круљ 1983, 1317). Примена преклузивних рокова, заједно с њиховим карактеристикама, посебно разматрањем по службеној дужности и немогућношћу прекида и мировања у позицији у којој је реч о чисто приватноправном односу у коме није посебно изражен јавни интерес, није примерена. Повериочев правни положај је у односу на упоредиве положаје у уговорном праву несразмерно ограничен. Видети: Можина 2007, 9.

¹² Више у Можина 2006а, 245 и сл.

¹³ Видети општу одредбу о растерећењу одговорности за штету због повреде уговора у чл. 208 Скице и чл. 263 300.

¹⁴ Видети чл. 309–311 Скице (наступање немогућности) и чл. 105 и 106 Скице (последике по двострани то јест узајамни уговор). Исто важи за 300, чл. 354–356 и чл. 137 и 138.

¹⁵ Скица признаје санкције за повреду споредних обавеза, у првом реду одштетне. Видети, на пример, чл. 449–451. 300 накнадом штете санкционише и општу уговорну информациону дужност. Видети чл. 268 300. Разликујемо самосталне и несамосталне споредне обавезе с обзиром на то да ли се могу остварити само заједно с главном обавезом или самостално. Видети Можина 2005, 433.

¹⁶ Сврха доцње повериоца (чл. 276–285 Скице, чл. 326–335 300) јесте да се дужник растерети последица повреде уговора за које не одговара он, већ поверилац. Пошто дужност сарадње није утужива, ако то није посебно одговоре-

Описани приступ Скице и 300 битно је друкчији од приступа у савременим системима уговорног права, у којима је појам повреде уговора једнообразан („non-performance“) и обухвата свако одступање поступака извршења од усклађености с уговором.¹⁷ У појам повреде и систем правних лекова укључене су и повреде споредних обавеза и повреде дужности сарађивања. Такође, регулисање повериочевих правних лекова је једнообразно, односно битно једнообразније, а пре свега прегледније.¹⁸

Следећа карактеристика регулисања сметњи за извршење у Скици је озбиљан недостатак транспарентности регулације у општем делу уговорног права. Ниједно поглавље, односно део није посвећен повреди уговорних обавеза. Каква су правна дејства дужникове повреде уговора, то јест каква права има тада поверилац, није увек једноставно утврдити. Правна дејства повреде су расута по Скици (одн. 300). То нарочито важи за најчешћу и најважнију повреду уговора – доцњу дужника. Иако чл. 324 Скице носи наслов „Дејство дужникове доцње“, у њему се говори само о одштетној одговорности (која је иначе већ предвиђена у првом одељку другог дела закона под насловом „Дејства обавеза“, у чл. 206, ст. 1 Скице) и о немогућности растерећења из разлога више силе (одговорност за несрећан случај). Право да се задржи сопствено испуњење уговора (приговор неиспуњеног уговора) уређено је у VI поглављу о „двостраним“ (боље: узајамним) уговорима (чл. 90 Скице). У том поглављу регулисана је и једна од кључних последица доцње дужника: повериочево право да раскине уговор, чл. 93–102 Скице. Пошто у тим одредбама нема говора о дужниковој доцњи већ само о неиспуњењу уговора, и однос између та два појма није на први поглед јасан. Даље, дужност накнаде штете (чл. 206–214 Скице) регулисана је у другом делу закона („Дејства обавеза“), као и уговорна казна (чл. 215–222 Скица) и дужност плаћања „законске камате“ у случају доцње са испуњењем новчане обавезе (чл. 223–225 Скице). Скица је прегледнија у погледу повериочеве доцње, а који се по значају не може поредити с дужниковом доцњом.¹⁹ Прегледније је и регулисање права купца у случају материјалних недостатака (посебни део).²⁰

но, чини се повериочева дужност надокнаде штете помало необична. Видети чл. 276, ст. 3 Скице и чл. 326, ст. 3 300.

¹⁷ Видети чл. 1:301 (4) Принципа европског уговорног права (PECL) и чл. 7.1.1. Принципа UNIDROIT за међународне трговинске уговоре (PICC).

¹⁸ Видети поглавље 8 PECL и поглавље 7 PICC.

¹⁹ Видети чл. 276–285 Скице.

²⁰ Видети чл. 416 Скице.

У Скици се не дефинишу ни неки кључни појмови за које се везују правна дејства, нарочито појам неиспуњења, што с обзиром на разликовање претпоставки и правних дејстава неиспуњења и испуњења са недостатком сигурно не доприноси јасноћи правног положаја.

Све речено у вези с непрегледношћу и неким недефинисаним кључним појмовима важи и за 300, из којег је, у односу на Скицу, искључена и одредба о последицама доцње; остао је још само појам дужникове доцње.²¹

3. РАСКИД ЗБОГ НЕИСПУЊЕЊА И ИСПУЊЕЊА УГОВОРА СА МАТЕРИЈАЛНИМ ИЛИ ПРАВНИМ НЕДОСТАТКОМ

3.1. Претпоставке за раскид

У савременом уговорном праву је, у смислу претпоставки за раскид уговора, широко прихваћена комбинација два приступа: прво, да повреда дужника мора досегнути одређену тежину (интензивност), да поверилац може да поништи уговор, што изражава појам битне повреде уговора и, друго, да поверилац, када дужникова повреда не достиже ту тежину, уговор може да раскине након што је дужнику поставио разуман додатни рок и тај рок је истекао (тзв. *Nachfrist* из немачког права).²² Додатни рок не треба одредити ако је очигледно да уговор и у додатном року неће бити испуњен.²³ Такав приступ је карактеристичан, рецимо, за CISG и PECL.²⁴

Такав приступ је Константиновић и предложио у Скици, а при томе је следио регулације у ULIS-у: поверилац уговор може одмах раскинути само ако је повреда уговора била битна, *„ако је страна која је повредила уговор знала, или је морала знати, у време закључења уговора, да разумно лице истог својства, кад би било у истој ситуацији у којој је*

²¹ Видети чл. 324 (дужникова доцња), чл. 122 (приговор неиспуњења уговора), чл. 124–132 (раскид уговора због неиспуњења), чл. 262–279 (накнада штете, уговорна казна, затезне камате). Ваља напоменути да је 300, у поређењу са Скицом, напустио тзв. субјективни концепт доцње који сада наступа објективно без обзира на дужникову одговорност, а она се утврђује у оквиру питања реституције. Измена је оправдана јер је објективни концепт доцње примеренији. За повериочеву доцњу видети чл. 325–335 300, а за права купца у случају материјалног недостатка чл. 488 300.

²² Видети, на пример, Kleinschmidt 2018, чл. 9:301, т. 3, 7 и 22.

²³ Видети чл. 97 Скице.

²⁴ Видети чл. 49, 64 и 25 CISG; чл. 9:103, 8:106 и 8:103 PECL. Уп. чл. 7.3.1 PICC.

била друга страна, не би закључило уговор да је било предвидело ту повреду и њена дејства“.²⁵ У случају доцње с испуњењем (неиспуњењем) уговора битну повреду може представљати неиспуњење уговора у одређеном року, а у случају материјалног недостатка, она је морала представљати битну повреду уговора у смислу тежине недостатка или значаја испуњења без недостатка у одређеном року.²⁶ У Скици је иначе право раскида уже него у ULISU-у, којим је раскид омогућен, на пример, и ако је неиспуњење уговора на одређеном месту представљало битну повреду.²⁷ У CISG-у је право раскида предвиђено знатно шире: раскид је могућ ако повреда било које обавезе друге стране значи битну повреду уговора,²⁸ а она је и нешто другачије дефинисана него у ULIS-у.²⁹ Ако повреда није била битна, поверилац који је желео да поништи уговор морао је најпре да одреди разуман додатни рок.³⁰

У 300 је формулација измењена. Идеја битне повреде уговора као претпоставке за раскид није била прихваћена. Дефинисање битне повреде је прецртано. Упркос измени текста, 300 је у општем делу ипак очувао идеју из Скице и предвидео раскид без одлагања у случају да испуњење уговора у одређеном року представља „битни састојак уговора“.³¹ Да је испуњење уговора у одређеном року битан састојак, односно да касније испуњење уговора за повериоца не долази у обзир, може проистећи из споразума страна или из природе уговора.³² У 300 је, дакле, можда следећи § 376 (1) немачког HGB, раскид због неиспуњења уговора предвиђен у случају тзв. фиксног посла. Формулација („битан састојак уговора“) иначе није најсрећнија јер је закон примењује и приликом закључивања уговора (чл. 26 300), где битни састојци уговора наступају као критеријум довољног консензуса који мора обухватати главне обавезе страна у уговору (*essentialia negotii*). Ако испуњење уговора у одређеном року није „битан састојак уговора“, раскид је могућ тек након одређивања и истека одговарајућег додатног рока.³³

²⁵ Видети чл. 95 Скице.

²⁶ Регулисање у Скици је иначе нешто сажетије него у ULIS-у. Видети чл. 94, чл. 95 и чл. 417, ст. 1 Скице; као и чл. 10, 26, 27, 43, 45, 49 ULIS.

²⁷ Видети чл. 32 ULIS.

²⁸ Видети чл. 49 I лит. а и чл. 64 I лит. а CISG.

²⁹ Видети чл. 25 CISG.

³⁰ Видети чл. 418 Скице.

³¹ Видети чл. 125, ст. 1 300.

³² Чл. 125, ст. 4 300.

³³ Чл. 126, ст. 1 300.

У случају материјалних недостатака, критеријум одређене тежине повреде, односно битне повреде уговора у целини је прецртан, очуван је само механизам накнадног рока. Раскид је сада у сваком случају могућ само по истеку одређеног одговарајућег додатног рока, а изузетак је могућ у случају када би одређивање накнадног рока било очигледно сувишно.³⁴ Из одредаба 300 о неиспуњењу уговора могуће је закључити да је тренутни раскид (без додатног рока) у случају материјалног недостатка могућ и ако је испуњење уговора без недостатка у одређеном року битан састојак уговора.

Одређивање одговарајућег додатног рока намењено је томе да дужник добије још једну могућност да се испуњењем уговора (односно накнадним испуњењем, то јест поправком или заменом робе, ако је реч о материјалном недостатку) ипак избегне за њега по правилу мање повољна одштетна последица раскида. У том смислу има одређену могућност да поправи своје испуњење уговора. У случају материјалног недостатка код продаје, у додатном року може спречити раскид уговора, а не смањење цене, коју купац може да оствари одмах – у погледу снижења у 300 се, различито од CISG-а, дужнику не омогућава да поправи своје испуњење уговора.³⁵ Притом није најконзистентнији јер ту могућност у вези са снижењем цене под одређеним условима предвиђа за уговор о раду.³⁶

У складу са чл. 131 300 уговор се не може раскинути због неиспуњења незнатног дела обавезе. Критеријум „незнатности“ не може се поистоветити са критеријумом битне повреде уговора; то је много нижи праг. Скица је истовремено прописивала оба критеријума.³⁷ Према чл. 473 (3) 300 не може се раскинути уговор и због незнатног материјалног недостатка. Међутим, чини се да концепти „незнатности“ из чл. 131 и чл. 478 (3) 300 нису исти: док због незнатног делимичног неизвршења уговора није могуће раскинути уговор, а поверилац и даље може да захтева накнаду штете, незнатан материјални недостатак „не узима се у обзир“, то јест, нема правне последице. „Незнатност“ материјалног недостатка се стога тумачити уско; недостатке чије отклањање захтева трошкове или утиче на корисност или вредност ствари тешко се може сматрати незнатном.

³⁴ Видети чл. 490 300.

³⁵ Видети чл. 50 CISG. Као и у 300, снижење цене је независно од могућности дужника, поправити испуњење уговора и у PECL, видети чл. 9:401.

³⁶ Видети чл. 620, ст. 1 300.

³⁷ Видети чл. 95 и 101 Скице.

Последица отклањања претпоставке битне повреде уговора је да је раскид повериоцу (купцу) доступан због сваког материјалног недостатка (који није незнатан), то јест и у случајевима када недостатак није такав да би купца спречио да оствари главну сврху (користи), због које је закључио уговор. Може се напоменути, да пренизак праг за раскид повериоцу може омогућити да се „реша“ уговора из опортунистичких мотива.³⁸ Смисао ограничења раскида на оне повреде које битно посежу у повериочев интерес је – нарочито у случајевима када је испуњење уговора већ извршено – да уговор по могућству остаје на снази, а раскид је *ultima ratio*.³⁹

Раскид због материјалног недостатка је, на основу чл. 495, ст. 1 300, који прати формулацију у ULIS-у и Скици,⁴⁰ везан и за додатну претпоставку: да купац може да врати ствар у стању у каквом ју је примио. Правило не важи ако је погоршање или уништење ствари последица редовног коришћења или ако се не може приписати купцу.⁴¹

Као што је већ речено, код раскида због материјалног недостатка треба узети у обзир и посебне претпоставке и временске оквире јемствених захтева: релевантан материјални недостатак може да се појави само у (шестомесечном) јемственом року,⁴² поверилац мора правилно и правовремено да обавести дужника о недостатку,⁴³ а правне лекове, укључујући и раскид, могуће је остварити само у посебном (једногодишњем) преклузивном року који тече од обавештавања.⁴⁴ Сличан механизам предлагао је још Константиновић у Скици, само што је јемствени рок био знатно дужи (две године),⁴⁵ а изнад одредбе

³⁸ Kleinschmidt 2018, чл. 9:301, т. 3, 1295.

³⁹ Müller-Chen 2019, чл. 49, т. 1.

⁴⁰ Видети чл. 79 ULIS, чл. 422 Скице; видети и чл. 82 CISG.

⁴¹ Савремене регулативе не познају више такве претпоставке раскида; евентуалне измене на предмету уговора могуће је узети у обзир у оквиру одштетног односно захтева за реституцију. Видети, на пример, Kleinschmidt 2018, чл. 9:301, т. 52, 1324.

⁴² Видети чл. 482, ст. 2 300.

⁴³ Док је још у чл. 410, ст. 1 Скице био предвиђен рок од осам дана за нотификацију скривених недостатака, у чл. 482, ст. 1 300 је за трговинске уговоре додат и рок „одмах“.

⁴⁴ Видети чл. 500, ст. 1 300.

⁴⁵ Видети чл. 410, ст. 3 Скице. За нотификацију недостатака видети чл. 409 и 410–411 Скице.

о року за остваривање захтева још је био наслов „Застарелост“.⁴⁶ Такво уређење јемственог рока (две године) Скицом је било предвиђено и за уговор о делу, где је предвиђен и дужи рок за нотификацију скривених недостатака,⁴⁷ али не и дужи преклузивни рок за остваривање захтева. Различито од уговора о продаји, у 300 се ти рокови нису скраћивали и зато су сада јемствени рокови у упоредивим положајима битно различити. По узору на уређење уговора о продаји, у 300 је и за уговоре о делу уведен једногодишњи преклузивни рок за остваривање захтева.⁴⁸

Трагове концепта битне повреде уговора је још увек могуће пронаћи у 300. Тако је, на пример, у случају материјалног недостатка у уговору о делу, који има такву тежину да је дело неприменљиво или је у супротности с изричитим уговорним споразумом, могућ тренутни раскид, а у осталим случајевима важи претпоставка одређивања и истека одговарајућег додатног рока.⁴⁹ У 300 и иначе има неколико случајева где могућност раскида зависни од интензивности задирања повреде у повериочев интерес.⁵⁰

По узору на ULIS, у Скици је предвиђен и раскид уговора пре доспећа (тзв. антиципирана повреда уговора), ако је било очигледно да би се догодила битна повреда.⁵¹ То је пратио и 300, а одустало се од критеријума битне повреде уговора; уговор је могуће поништити већ ако је очигледно да једна страна неће испунити своје обавезе из уговора (чл. 128 300).

За раскидање уговора са узастопним обавезама у Скици су, по узору на ULIS, предвиђена посебна правила: ако се не испуни једна од делимичних (узастопних) обавеза, друга страна може да поништи уговор

⁴⁶ Видети чл. 429 Скице. Преклузиван дужи рок за остваривање јемствених захтева је познавао још УЛИС, што се оправдавало потребом за јасноћом и једнообразношћу у међународној продаји, где би примена рока застаривања захтевала (непожељну) примену националног права на прекид и мировање. У ЦИСГ нису задржани преклузивни рокови, а за застаривање у међународној продаји робе је 1974. године закључена посебна Конвенција о застаривању у међународној продаји робе.

⁴⁷ Месец дана, видети чл. 643 Скице.

⁴⁸ Видети чл. 616, ст. 1 300.

⁴⁹ Видети чл. 619 300.

⁵⁰ Видети, на пример, чл. 529, ст. 1 Скице и чл. 571, ст. 1 300 (закупац може раскинути уговор ако потребне оправке закупљене ствари ометају њену употребу у знатној мери и за дуже време). Видети и чл. 460 ОЗ (купац који није знао да је ствар туђа, може раскинути уговор и тражити накнаду штете ако се услед тога не може остварити циљ уговора).

⁵¹ Видети чл. 76 ULIS и чл. 99 Скице.

и с обзиром на будуће обавезе, ако је могуће оправдано закључити да неће бити извршене.⁵² Такав раскид се заснива на идеји антиципираних повреда уговора. У принципу, неиспуњење једног дела оправдава раскид уговора узимајући у обзир тај део. Изузетно је могуће такав уговор у случају неиспуњења једног дела раскинути и с ретроактивним дејством: ако поверилац има интерес само у погледу целовитог испуњења, дакле према свим деловима заједно.⁵³ У суштини, исто правило познаје 300 у чл. 129. И та одредба мало подсећа на критеријум битне повреде уговора јер раскид зависи од интензивности задирања у повериочев интерес. Зато не изненађује да у суштини одговара регулисању у CISG и PECL.⁵⁴

Раскидање уговора због правних недостатака у Скици је једноставно: ако не поступи по захтеву купца да ослободи ствар права трећег и трећа особа одузме ствар купцу, уговор се раскида *ipso facto*; а у случају ограничења купчевог права, купац може да бира између раскида уговора и снижавања цене.⁵⁵ Ако продавац не поступи по захтеву купца да ослободи ствар права трећег и трећа особа одузме ствар купцу, уговор се раскида *ipso facto*; а у случају ограничења купчевог права купац може уговор раскинути или снижити цену. У трговинским уговорима раскидање је могуће само ако је повреда битна. Правило о *ipso facto* престанку уговора у случају потпуне евикције преузето је у 300, а раскидање у случају ограничења права купца ограничено на положај када купац због тога не може да оствари сврху уговора.⁵⁶ И тај критеријум помало подсећа на критеријум битне повреде уговора јер је раскидање могуће само услед одређене интензивности повреде. Посебно правило за трговинске уговоре је у 300 прецртано.

3.2. Механизам раскидања уговора

Раскидање уговора је у Скици једнострано право које поверилац у начелу остварује изјавом супротној страни.⁵⁷ За разлику од на пример, француског права, није потребно да уговор раскине суд.⁵⁸ У неким

⁵² Видети чл. 75 ULIS и чл. 100, ст. 1 Скице.

⁵³ Чл. 100, ст. 2 Скице.

⁵⁴ Видети чл. 73 CISG и чл. 9:302 PECL. Видети и чл. 75 ULIS.

⁵⁵ Видети чл. 438, ст. 1 Скице.

⁵⁶ Чл. 510, ст. 1 и 2 300.

⁵⁷ Чл. 93, ст. 1 ОЗ.

⁵⁸ Видети чл. 1184 *Code civil* (пре реформе) одн. чл. 1217 (*Code civil* 2016).

случајевима у Скици је предвиђено и раскидање према самом закону (*ipso facto*), без изјаве: рецимо, ако је неиспуњење уговора у договореном року представљало битну повреду уговора а поверилац о свом избору (захтев испуњења или раскидање) није обавестио дужника у одговарајућем року.⁵⁹ Сличне случајеве *ipso facto* раскида познавао је и ULIS.⁶⁰

Ако испуњење уговора у одређеном року није представљало битну повреду, Скица је повериоцу омогућавала раскидање с изјавом, када је дужнику одредио одговарајући додатни рок и тај рок је истекао.⁶¹ У случају материјалног недостатка, поверилац (купац) могао је да раскине уговор изјавом ако је материјални недостатак представљао битну повреду; а то право се угасило ако га није искористио у одговарајућем року од обавештења о недостатку.⁶² Ако се није радило о битној повреди, поверилац је могао да раскине уговор само након што је одредио накнадни рок, а у том року недостатак није отклоњен. Право на раскидање је нестало ако поверилац изјаву о раскидању није дао у одговарајућем року после истека накнадног рока.⁶³

Упркос томе што су случајеви *ipso facto* раскидања који су били предвиђени у ULIS-у у литератури изложени критици јер излажу стране несигурности правног положаја,⁶⁴ због чега *ipso facto* раскидање касније и није било усвојено у CISG,⁶⁵ могућности *ipso facto* раскидања у 300 су чак проширене.

Одредбама 300 је одређено да је уговор у коме је време испуњења битни састојак (тзв. фиксни посао), у случају неиспуњења приликом доспећа раскинут аутоматски, *ipso facto*.⁶⁶ Поверилац може да га одржи на снази само ако без одлагања изјави да жели испуњење уго-

⁵⁹ Видети чл. 94, ст. 2 Скице. Исто је важило и у случају када је дужник питао повериоца о избору, а он му није без одлагања одговорио (чл. 94, ст. 3 Скице).

⁶⁰ Видети чл. 25, чл. 26, ст. 1, чл. 26, ст. 2, чл. 30, ст. 1, чл. 30, ст. 2, чл. 61, ст. 2 и чл. 62, ст. 2 УЛИС.

⁶¹ Чл. 96 Скице.

⁶² Чл. 417, ст. 1 и 2 Скице.

⁶³ Чл. 418, ст. 2 Скице.

⁶⁴ Видети, на пример, Treitel 1976, 140.

⁶⁵ Видети чл. 26 CISG тер чл. 7:3.2, ст. 1 PICC и чл. 9:303, ст. 1 PECL. Међутим, ваља напоменути да у PECL постоји изузетак за случај трајне и потпуне сметње за извршење када је уговор ипак раскинут *ipso facto* (чл. 9:303, ст. 4 PECL).

⁶⁶ Чл. 125, ст. 1 300.

вора.⁶⁷ Формативно право повериоца своди се на могућност да уговор остане на снази, али само ако без одлагања обавести дужника да захтева испуњење. Исти механизам важи и у случају раскидања због материјалног недостатка.⁶⁸

Ipso facto раскидање није најбоље решење. Најпре зато што то није нужно у складу с интересима повериоца, који је, пак, принуђен да брзо делује како би одржао уговор, а пре свега зато што у положају где је пожељна што већа јасноћа правног положаја ствара несигурност. Стране можда и нису свесне тога да је њихов уговор престао. То може бити посебно проблематично када чињеница да испуњење уговора од суштинског значаја произилази из околности уговора, а не из изричитог споразума страна. У тим ситуацијама би за јасноћу правне ситуације било боље ако би поверилац уговор раскинуо изјавом дужнику. 300 у томе и није најдоследнији јер у неким упоредивим ситуацијама ипак предвиђа раскид изјавом.⁶⁹ Сврха због које је *ipso facto* раскид усвојен у ULIS-у, а то је да се спречи спекулација повериоца на рачун дужника који би требало да буде спреман да дуже време испуњава уговор, може се знатно боље реализовати на други начин: временским оквиром за изјаву о раскидању уговора или дужношћу смањења штете.⁷⁰

Ако време испуњења није битна компонента, поверилац може да раскине уговор ако најпре одреди одговарајући додатни рок за испуњење.⁷¹ То је сувишно ако је очигледно да испуњења уговора неће бити.⁷² Али се у 300 и у овом случају прописују „исте правне последице“, дакле *ipso facto* раскид ако додатни рок неуспешно истекне.⁷³

Дакле, иако се у 300 – као и у Скици – у уводној одредби (чл. 124 300) најављује раскид изјавом, у већини ситуација потом се прописује *ipso facto* раскид. Раскид се остварује изјавом само у случајевима антиципи-

⁶⁷ Чл. 125, ст. 2 300. Необична је догматска конструкција по којој се уговор прво раскида па поново „оживљава“.

⁶⁸ Чл. 491 300.

⁶⁹ Видети, на пример, чл. 504 300 (раскидање уговора у случају гаранције за непрекоран рад), чл. 546 300 (раскидање уговора о продаји на рате у случају неплаћања), чл. 571 и 578 300 (раскидање уговора о закупу због недостатка), чл. 619 и 620 300 (раскидање уговора о раду због недостатка).

⁷⁰ Видети Kleinschmidt 2018, чл. 9:303, т. 9, 1348.

⁷¹ Чл. 126, ст. 2 300.

⁷² Видети чл. 490, ст. 2 300.

⁷³ Чл. 126, ст. 3 300.

ране повреде уговора (чл. 128 300), уговора с узастопним испуњењима (чл. 129 300) и фиксног уговора који је поверилац најпре одржао на снази, а затим није добио испуњења.⁷⁴

Одредбе Скице, које су повериоцу омогућиле раскидање само ако је изјаву дао у одговарајућем року, нарочито чл. 417, ст. 1, којим је предвиђено да, ако се купац не изјасни да раскида уговор у разумном року сматра се да повреда није битна, нису прихваћене у 300. У савременим регулисањима уговорног права – CISG, PECL, PICC – раскидање је ограничено само на разуман рок од када је поверилац сазнао за повреду.⁷⁵ Ако поверилац не раскине уговор у разумном року, то код дужника ствара привид да прихвата испуњење које није у складу са уговором. Као што је већ речено, разуман рок такође спречава евентуалне повериочеве спекулације на рачун дужника. У 300 се та питања регулишу другачије: остваривање раскида се уопште изричито не ограничава, али се предвиђа одговорност за штету у случају да поверилац – када је реч о случају раскида изјавом – то не учини „без одлагања“.⁷⁶ Међутим, будући да, с обзиром на околности да представља значајно задирање у принцип *pacta sunt servanda*, раскидање због неиспуњавања не може бити на располагању неограничено време, могло би се заступати мишљење да је ограничено барем роком застарелости. У случају раскидања због материјалних недостатака, већ се сматра да се он може спровести само у року од годину дана (преклузиван рок), који тече од обавештења о недостацима.⁷⁷

3.3. Дејство раскида

У чл. 102 Скице се, по узору на регулисање у ULIS, одређују основни принципи дејства раскида уговора. Прво дејство је да уговор престаје, то јест да се гасе захтеви за испуњење, али не и евентуална дужност надокнаде штете.⁷⁸ Иако Скица и ULIS то не дефинишу, јасно је да раскид не поништава оне делове уговора који су намењени решавању спорова, на пример арбитражну клаузулу или споразум о пророгацији судске

⁷⁴ Чл. 125, ст. 3 300. Видети и чл. 123, ст. 3 300.

⁷⁵ Видети чл. 49, ст. 2 CISG, чл. 7.3.2, ст. 2 PICC и чл. 9:303, ст. 2 и 3 PECL.

⁷⁶ Чл. 130 300.

⁷⁷ Видети чл. 500, ст. 1 300 и чл. 429 Скице.

⁷⁸ Видети чл. 102, ст. 1 Скице и чл. 78, ст. 1 ULIS.

надлежности.⁷⁹ Такође, на снази остају посебни споразуми намењени за ситуацију повреде уговора, на пример, уговорна казна или споразум о паушалној накнади штете. Упркос раскиду уговора, стране могу и даље имати једна према другој неке обавезе, рецимо складиштење робе.⁸⁰

У принципу, раскид има дејство *ex tunc*, а стране морају једна другој да врате оно што су испуниле на основу уговора.⁸¹ Ако ко враћање у натури није могуће, треба надоместити корист.⁸² Уговор се, дакле, раскидом трансформише у однос у коме стране имају реституцијске захтеве.⁸³ Међутим, регулисање из чл. 102 Скице не решава сва питања која се могу појавити у вези са повраћајем, на пример, у вези с накнадом трошкова које су странке с предметом уговора направиле до тренутка раскида. На та питања је могуће одговорити одредбама о неоснованом обогаћењу (стицању без основа). Да је још Константиновић основу за реституцијске захтеве по престанку међусобног уговора видео у стицању без основа, проистиче из одредаба о утицају немогућности испуњења обавеза једне стране на уговор.⁸⁴

За уговоре с узастопним обавезама или обавезама које трају дуже важи другачије правило: ту раскид у принципу има дејство само за убудуће (*ex nunc*). Сва (делимична) испуњења која су обављена у складу с уговором и плаћена остају на снази.⁸⁵ Приступ Скице и 300, који прате ULIS и узимајући у обзир дејство раскида разликују уговоре с једнократним испуњењем и уговоре с испуњењима која се понављају односно трају, у упоредном праву је широко прихваћен.⁸⁶ Само када сва делимична испуњења чине целину, а купац има интерес само у целини, у складу са чл. 129 (2) ZOR уговор се може раскинути и са повратним дејством, што значи враћање већ обављених (делимичних) чинидби.

⁷⁹ Тако и чл. 9:305, ст. 2 PECL и чл. 7.3.5, ст. 3 PICC.

⁸⁰ Видети нпр. чл. 449, ст. 2 Скице и чл. 520, ст. 2 300.

⁸¹ Видети чл. 102, ст. 2 Скице и чл. 78, ст. 2 ULIS.

⁸² Арг. из чл. 102, ст. 4 Скице и чл. 132, ст. 4 300.

⁸³ Видети и Tot 20226, 229.

⁸⁴ Видети чл. 105, ст. 1 Скице.

⁸⁵ Видети чл. 75 ULIS, чл. 100 Скице и чл. 129 300.

⁸⁶ Видети чл. 81, 83 и 84 CISG и чл. 7.3.6 и 7.3.7. PICC. Треба напоменути да раскид у PECL-у има само дејство за убудуће; странка која је испоручила робу или уплатила новац може захтевати повраћај само ако за то није добио супротно испуњење, види чл. 9:305–9:309 PECL.

Стране такође морају једна другој надокнадити користи које су оствариле коришћењем односно потрошњом предмета испуњења.⁸⁷ За накнаду користи од коришћења новца, у Скици је, по узору на ULIS, предвиђено плаћање „законске“ камате од пријема надаље.⁸⁸ У ULIS-у је за случај новчаних обавеза предвиђена примена одредбе о исплати камате у случају доцње у исплати новца (затезне камате), где је каматна стопа била дефинисана као званична дисконтна стопа у земљи у којој продавац има своје седиште односно уобичајено пребивалиште, увећана за 1%.⁸⁹ У Скици је, иначе, у случају доцње у испуњавању новчаних обавеза предвиђена „законска камата“ у висини од 6% годишње.⁹⁰

У чл. 132, ст. 5 300 је, у случају враћања новца као последице раскида уговора, предвиђено плаћање „затезних камата“ од пријема надаље.⁹¹ У првој верзији 300, у чл. 277, ст. 1, каматна стопа затезних камата је дефинисана као каматна стопа прописана за штедне улоге по виђењу. Године 1985. штедни улози по виђењу били су замењени „улозима везаним без одређене сврхе на више од годину дана“,⁹² а 1989. године је одређивање каматних стопа пренесено на посебан пропис савезног извршног већа,⁹³ којим се он брже прилагођавао екстремној инфлацији.

Обавеза плаћања затезних камата у ситуацији враћања због раскида уговора није одговарајућа. Наиме, није могуће сматрати да је страна, када је примила уплату на основу (тада) важећег уговора, била у доцњи. Затезне камате, осим (апстрактне) надокнаде штете због доцње, садрже и „казнени додатак“ који дужника подстиче на испуњење. Овде није реч о надокнади штете већ о повраћају користи од коришћења, што говори у прилог коришћењу реституцијских камата чије се каматне стопе не дефинишу ни у Скици ни у 300 те су препуштене судовима.⁹⁴ Затезна камата доспева тек од тренутка када странка која враћа новац после раскида касни са реституцијским захтевом.⁹⁵

⁸⁷ Чл. 102, ст. 4 Скице и чл. 81, ст. 2 ULIS.

⁸⁸ Чл. 101, ст. 5 Скице.

⁸⁹ Видети чл. 81, ст. 1 и чл. 83 ULIS-а.

⁹⁰ Чл. 223, ст. 1 Скице.

⁹¹ Видети и Tot 20226, 267.

⁹² *Службени лист СФРЈ* 39–498/1985 од 26. јула 1985.

⁹³ *Службени лист СФРЈ* 57–880/1989 од 29. септембра 1989.

⁹⁴ Чл. 84, ст. 1 CISG у случају раскида (међународног) уговора о продаји одређује да продавац, који мора да врати куповну цену, плати „камате“ за период од пријема надаље, а не и каматне стопе. У конвенцијској литератури се,

Да одредба чл. 132, ст. 5 300 о плаћању затезне камате није примерена, произилази и из поређења с општим одредбама о обиму захтева на основу неоснованог обогаћења. На основу чл. 214 300, само непоштени стицалац дужан је да плати затезну камату за период од пријема, то јест онај који је знао да нема право на новац. Пошто одредбе о неоснованом обогаћењу у Скици не садрже правила о обиму тужбеног захтева, не може се говорити о неусклађености чл. 102, ст. 5 Скице са њима.

У сваком случају, ако обе стране врате корист од коришћења, обе треба третирати подједнако, то јест ако једна страна враћа бенефиције апстрактно – без обзира на конкретно остварену корист (као што, на пример, важи за затезну камату) – онда и супротна страна враћа апстрактну корист од коришћења.⁹⁶ Ако корист од коришћења враћају обе стране, у принципу би износи користи од коришћења на обе стране требало да буду једнаки и да се пребијају. Из тог разлога неки савремени системи уговорног права надокнаду користи од коришћења чак искључују.⁹⁷

У чл. 102, ст. 3 Скице још се дефинише да се, у случају да обе стране враћају оно што су примиле на основу уговора, примењују правила „двостраних“ (тј. међусобних) уговора. Исто одређује чл. 132, ст. 3 300. Правило је шире од ULIS-а којим је предвиђено да се у случају узајамног враћања примењује правило о истовременом испуњењу;⁹⁸ међу правилима међусобних уговора су, рецимо, правило о утицају немогућности испуњења на уговор, помоћу којих би се могао решити проблем уништења или погоршања предмета враћања. У вези с ризиком да једна страна неће моћи да врати своје испуњење ваља поменути да је у Скици (и 300) за уговор о продаји одређено да купац уопште не може да раскине уговор ако ствари не може да врати у стање у каквом их је примио, осим ако је реч о једном од изузетака.⁹⁹

између осталог, предлаже примена уобичајене каматне стопе за комерцијалне кредите у месту продавца, која одражава трошак који је продавац приштедео. Видети Fountoulakis 2019, чл. 84, ст. 17, и Bridge 2018.

⁹⁵ То је најкасније онда када, упркос опомени, не испуни реституцијски захтев.

⁹⁶ Више у Lutman 2018, 262.

⁹⁷ Видети чл. 7.3.6 PICC и Zimmermann (2011, 563).

⁹⁸ Чл. 78 (2) ULIS.

⁹⁹ Чл. 411 Скице, чл. 495 300.

4. РАСКИД УГОВОРА ЗБОГ ПОВРЕДЕ СПОРЕДНИХ ОБАВЕЗА

Скица и 300 не познају општи појам повреде обавезе односно уговора, који би обухватао свако одступање од уговора, укључујући и повреду споредних обавеза, већ у складу са континенталном традицијом посебно регулишу неиспуњење (доцњу), испуњење са материјалним или правним недостатком и немогућност испуњења. Иако нема сумње да признају и споредне уговорне обавезе, не утврђују уопштено последице њихових повреда већ само неке последице неких повреда.¹⁰⁰ Поставља се питање да ли је могуће раскинути уговор и због повреде споредне обавезе ако стране не предвиђају раскид у уговору.

На основу CISG-а и повреда споредне обавезе, као што је, на пример, непредаја релевантних докумената који прате робу, повреда обавезе отварања банкарске гаранције или повреда обавезе обезбеђивања монтаже, може омогућавати раскид ако представља битну повреду уговора.¹⁰¹ У 300 није усвојен критеријум битне повреде уговора који је био предвиђен у Скици, а већ је њеним одредбама право раскида било предвиђено уже него у CISG-у, уз то Скица и није познавала једнообразан појам повреде. У сваком случају, питање раскида због повреде споредних уговорних обавеза могло би се решити једнообразним појмом повреде уговора и претпоставком битне повреде уговора. Али на то питање треба одговорити и у постојећој регулативи.

Вероватно не може бити сумње да и повреде обавеза које нису главна обавеза, односно које не представљају материјалне недостатке, могу бити толико важне за стране да уговор са њима „стоји и пада“ као што важи за време испуњења које чини битан састојак уговора. Тако, на пример, није тешко замислити да би се у случају повреде уговора о чувању пословне тајне или о забрани конкуренције нарушило поверење стране неопходно за наставак уговора. До сличног положаја би могло да дође и ако би једна страна покушала да неосновано раскине уговор или да сауговорника превари.

Прва опција би могло бити коришћење критеријума „знатности“ из чл. 131 300. Међутим, повреда споредне обавезе тешко да ће се сматрати „неиспуњењем“ обавезе. Осим тога, чини се да је раскид по основу одредби о неиспуњењу узајамних обавеза могућ само због неиспуњења

¹⁰⁰ Тако нпр. 300 за пропуштање уговорне дужности информисања дефинише одштетну санкцију, видети чл. 268.

¹⁰¹ Видети нпр. Müller-Chen 2019, чл. 49, бр. 11–12; Bach 2018, чл. 49, т. 50.

уговорних обавеза које су повезане у синалагму. Иако су неке споредне обавезе везане за главну обавезу, то се свакако не може рећи за све, нпр. за повреду забране конкуренције. Дакле, одредбе о раскиду због неиспуњења из разлога систематике закона не изгледају као најбољи основ за раскид због повреде споредних обавеза. Слично важи и за одредбе о раскиду због материјалних недостатака. Последица кршења неких споредних обавеза, нпр. склапања робе или достављања упутства за употребу, може бити неупотребљивост робе за уговорну или обичну сврху, дакле, материјални недостатак. Међутим, то се не односи на све споредне обавезе, јер неке нису директно повезане са интересом повериоца у односу на главну обавезу.

Било би потребно формирати претпоставке за раскид уговора у случају повреде споредних обавеза, рецимо када би се тиме толико озбиљно задирало у суштинске интересе повериоца, да не би било примерено очекивати да веровник, узимајући у обзир принцип савесности и поштења, остаје у оваквом уговору.¹⁰² Одређени ослонац за такав став се може наћи и у Скици и 300, који у посебном делу предвиђају одређене могућности раскида без повреде главних обавеза страна или материјалних недостатака. Тако, на пример, свака страна може да раскине уговор о агенцији (трговинском заступању) без отказног рока ако је друга страна покушала да откаже уговор без основа.¹⁰³ У неоснованом отказу односно раскиду могуће је видети и антиципирану повреду уговора. Такође, свака страна може да раскине уговор о агенцији из озбиљних разлога.¹⁰⁴ Поткрепљење за тај став може се наћи и у неким другим одредбама, где могућност раскида зависи од интензитета задирања у интерес повериоца.¹⁰⁵

5. ПРЕСТАНАК УГОВОРА ЗБОГ НЕМОГУЋНОСТИ ИСПУЊЕЊА

Одредбама Скице и 300 је – за разлику од ULIS-а, који им је иначе служио као главни модел у области уговорног права – предвиђено и неиспуњење као посебан облик неизвршења, који настаје када испуњење обавезе постане немогуће. Тада наступа посебан систем санкција. При томе је Константиновић следио неке континенталне правне поретке,

¹⁰² § 324 BGB.

¹⁰³ Чл. 836, ст. 4 Скице и чл. 811, ст. 4 300.

¹⁰⁴ Чл. 836, ст. 1 Скице и чл. 811, ст. 19 300.

¹⁰⁵ Видети, на пример, чл. 529, ст. 1 Скице и чл. 571, ст. 1 300.

посебно немачки BGB (пре реформе), швајцарски OR и италијански *Codice civile*,¹⁰⁶ иако је пандектички приступ, у којем је немогућност постала широка концептуална апстракција за низ ситуација, а пропис је инспирисан строгим тужбама из класичног периода римског права и идејом о перпетуацији обавезе у случају пропасти дуговане ствари, у литератури већ дуго био предмет критике.¹⁰⁷

Институт (објективне) немогућности извршења треба, с једне стране, да омогући растерећење дужника ако није одговоран за појаву немогућности,¹⁰⁸ а с друге стране – зависно од одговорности за то – да утврди и последице немогућности у међусобном уговору. Када је испуњење обавезе већ било немогуће у време закључења уговора, уговор уопште није настао (ништавост) и дужник није дужан да накнади штету због неиспуњења (у висини тзв. интереса извршења), него само штету „због ништавости“ уговора.¹⁰⁹

У вези са растерећењем, то јест ослобођењем дужника због (накнадне) немогућности испуњења, треба констатовати да појам немогућности у стварности нема посебну улогу. Док су у чл. 309, ст. 1 Скице били садржани критеријуми за растерећење (виша сила или накнадни догађај за који дужник не одговара), у 300 се одговорност за немогућност процене заснива на основној одредби за растерећење од уговорне одговорности за штету (чл. 263 300). Као и за сваки други облик повреде уговора, због тога је релевантно само да ли је дужник за неиспуњење одговоран, а не и да ли је дужник пропустио да га испуни зато што није хтео или зато што је то било објективно немогуће. Изузетак се примењује ако је дужник већ у доцњи када дође до немогућности; тада је у сваком случају одговоран, пошто је растерећење искључено.¹¹⁰

У Скици и 300 дејство немогућности у „двостраном“ (узајамном) уговору одређује се узимајући у обзир која од страна за њу одговара. Ако није одговорна ниједна страна, уговор престаје.¹¹¹ Ако је поверилац одговоран, обавеза дужника се гаси, а повериочева се умањује за онолико колико је имао користи од тога што је дужникова обавеза

¹⁰⁶ Више у Možina 2008, 175, 181.

¹⁰⁷ Видети првенствено Rabel 1965. Видети и Šmalcelj 1976, 98. О немогућности у римском праву видети Zimmermann 1996, 686 и даље и 759 и даље.

¹⁰⁸ Видети чл. 309–311 Скице и чл. 354–356 300, чл. 105–106 Скице и чл. 137–138 300 и чл. 23 Скице и чл. 47 300 у вези са чл. 87 Скице односно чл. 108 300.

¹⁰⁹ Видети чл. 87 Скице и чл. 108 300 и Možina 2006b, 180.

¹¹⁰ Видети чл. 262, ст. 4 300. Скица није познавала такву одредбу.

¹¹¹ Видети чл. 105, ст. 1 Скице и чл. 137, ст. 1 300.

угашена.¹¹² За главну ситуацију у којој је дужник одговоран за настанак немогућности, што се такође претпоставља до противдоказа,¹¹³ у Скици и 300 није предвиђена никаква одредба јер се очигледно полазило од тога да се ситуација третира исто као и дужниково „неиспуњење“, то јест ситуација када је испуњење могуће, а дужник је није испунио – тада поверилац може да раскине уговор.¹¹⁴ Одређивање додатног рока није потребно јер је очигледно да испуњења неће бити. Положај је покривен и одредбом о раскиду због антиципиране повреде уговора.¹¹⁵ Последице накнадне немогућности у међусобном уговору у суштини су једнаке последицама неиспуњења због било ког другог узрока.¹¹⁶ У постојећем систему уговорне одговорности у Скици и 300 институт (накнадне) немогућности испуњења обавезе је сувишан и могао би се без проблема прецртати.¹¹⁷ Тако бисмо добили јасније и прегледније регулисање последица повреде уговора.¹¹⁸ Неиспуњење због немогућности треба третирати као неиспуњење из било ког другог разлога. Кључно је да ли дужник за њега одговара. Такав је приступ и у савременим регулисањима уговорног права.¹¹⁹ Једина стварна последица немогућности извршења је да се искључује захтев за испуњење у натури, при чему није релевантно да ли је немогућност почетна или накнадна, објективна или субјективна и да ли је и ко је за њу одговоран.¹²⁰

И регулисање ништавости због почетне немогућности испуњења је сувишно. Да ли је уговор у периоду закључења могуће испунити у натури, не спада у суштину обавезе.¹²¹ На место захтева за извршење може

¹¹² Видети чл. 106, ст. 1 Скице и чл. 138, ст. 1 300. Модел за Скицу је највероватније § 324 BGB пре реформе.

¹¹³ Видети чл. 309, ст. 2 Скице, чл. 354, ст. 2 300.

¹¹⁴ Такође и Jankovec 1982, 19; и Cigoj 1981, 347.

¹¹⁵ Видети чл. 99 Скице и чл. 128 300.

¹¹⁶ Смислена је и одредба о заменском *commodum*-у из чл. 311 Скице, одн. 356 300, одн. о могућности настављања уговора, ако на место немогуће обавезе ступи *commodum*.

¹¹⁷ Више у Možina 2008, 195 и 196.

¹¹⁸ Šmalcelj 1976, 98, 112 и даље.

¹¹⁹ Изузетак се ипак одређује у чл. 9:304, ст. 4 PECL. У принципу поверилац раскида уговор изјавом, а не и у случају ако се дужник растерети по чл. 8:108 на основу трајне и потпуне препреке; тада долази до *ipso facto* раскида.

¹²⁰ Видети Možina 2006б, 19; Šmalcelj, 1976, 98, 112.

¹²¹ Видети Možina 2006б, 200.

да ступи одштетна обавеза.¹²² Дужник треба да сноси пуну одговорност за своје обећање, али се може позвати на заблуду. Такав је приступ и савремених система уговорног права.¹²³

6. ЗАВРШНЕ КОНСТАТАЦИЈЕ

Константиновић се приликом регулисања раскида уговора због повреде у Скици у првом реду угледао на ULIS, који је у том тренутку представљао модерну регулативу уговорног права. Међутим, једнообразни појам повреде уговора није усвојио. За разлику од ULIS-а, он је регулисању повреде уговора додао застарелу институцију немогућности испуњења обавеза, која је већ била предмет критике, а савремени системи уговорног права више је не регулишу на системском нивоу. Усвојио је „класични“ континентални третман различитих типова повреде уговора: неиспуњење (доцња), извршење с недостатком и немогућност испуњења обавезе, што је следио и 300. Регулисање те области у Скици није најпрегледније, што остаје и карактеристика 300.

У погледу претпоставки раскида, Константиновић је, следећи ULIS, предвидео комбинацију критеријума интензитета повреде (битна повреда уговора) и механизма накнадног рока. Раскид је био могућ ако је неиспуњење у одређеном року представљало битну повреду уговора – ако разумно лице у положају стране која је у тренутку закључења могла предвидети повреду не би закључило уговор. Ако неиспуњење уговора у року није представљало битну повреду уговора, поверилац је могао да одустане тек пошто је дужнику одредио разуман додатни рок и тај рок је истекао. И раскид због материјалног недостатка при продаји такође је био могућ само ако је представљао битну повреду, а у супротном случају, након истека додатног рока. Скицом је у принципу био предвиђен раскид изјавом супротној страни, а притом је – следећи ULIS – познавала и неке случајеве аутоматског (*ipso facto*) раскида. У регулисању временских оквира за остваривање раскида (одговарајући рок), раскида пре доспећа, раскида уговора са узастопним испуњењем и дејствима раскида Скица је пратила ULIS.

¹²² То проистиче и из изузетка од правила о ништавости због почетне немогућности. Видети чл. 367 Скице и чл. 442 300.

¹²³ Видети чл. 4:102 PECL и чл. 3.1.3 PICC. Видети и § 311a, ст. 1 BGB (после реформе 2002).

„Поправљачи“ Скице нису прихватили идеју битне повреде уговора и тиме су се удаљили од савремених трендова које представља, на пример, CISG. У 300 је, иначе, раскид без одлагања због неиспуњења уговора био предвиђен у ситуацији, која је представљала битну повреду и у Скици – ако је време испуњења за стране било од кључног значаја, а иначе само након истека одговарајућег додатног рока. Раскид због материјалног недостатка је, без обзира на интензитет недостатка, био могућ тек по истеку одговарајућег додатног рока у коме би продавац могао да поправи или замени ствар. Као и у Скици, додатни рок није потребан ако не би имао смисла. У 300 нису усвојена ни временска ограничења за спровођење раскида, која су сада стандардна у моделима уговорног права. Они више не прихватају *ipso facto* раскид, а у 300 је његова примена чак проширена, тако да је то сада главни начин остваривања раскида. То је знатан недостатак јер раскид може да буде супротан интересима страна, а може да створи несигуран правни положај. Регулисање раскида пре доспећа, раскида уговора са узастопним испуњењем и дејства раскида остали су суштински исти као у Скици. Дужност стране која – након раскида – враћа новац да плати затезне камате од пријема надаље није одговарајуће и у супротности је с општим правилима неоснованог обогаћења у 300.

У сваком случају, регулатива с једнообразним појмом повреде уговора заједно с критеријумом битне повреде уговора била би транспарентнија и омогућила би предвидљивије одговоре, укључујући и одговор на питање раскида због повреде споредних обавеза. Неки од недостатака који се, ако занемаримо нетранспарентност и неуједначеност третирања различитих типова повреда, са аспекта савременог уговорног права могу приписати регулацији у Скици – могу се поменути могућност *ipso facto* раскида, преклузивни рок за остваривање захтева по основу материјалних недостатка (неусклађености с уговором) и утврђивање затезне камате за повраћај новца као последице раскида – заправо произилазе из ULIS-а и укинута су у даљем развоју унифицираног права продаје (CISG). Нажалост, „поправљачи“ Скице приликом припреме 300 нису отклонили те недостатке. Понегде су чак скренули у супротном правцу и избрисали нека савремена обележја Скице: то важи за критеријум битне повреде и одговарајући рок за остваривање раскида. Област примене *ipso facto* раскида су још проширили, а такође су додатно скратили, односно поострили рокове одговорности продавца за материјалне недостатке. Иако је купчев положај у случају испуњења уговора са материјалним недостатком због строгих рокова ограничен више од других правних поредака, нешто су шире могућности раскида због непостојања критеријума битне повреде и

због аутоматског раскида (без изјаве). Може се рећи да су постојећи недостаци регулативе ЗОО у области раскида уговора услед повреде настали управо као резултат „поправљања“ Скице.

ЛИТЕРАТУРА

- [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] Јанковец, Ивица. 1982. *Видови и последице немогућности испуњења уговорне обавезе*. Београд: Институт друштвених наука, Центар за правна и политолошка истраживања.
- [8] Капор, Владимир. 1983. *Коментар закона о облигационим односима*, ур. Б. Т. Благојевић, В. Круљ. 2. издање. Београд: Савремена администрација.
- [9] Константиновић, Михаило. 1969. *Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима*. Београд: Правни факултет.
- [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 nemogućnost 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] Слијепчевић, Ратомир. 10–12/1988. Еволуција настанка Закона о облигационим односима. *Правни живот*: 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 stvarima 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 radio⁴ i televiziju⁵ kao medije za oglašavanje⁶ i teleprintere u kontekstu pisanog oblika ugovora.⁷

Digitalizacija⁸ 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 spome-nuo telegram, ali se pored teleprintera koristi vrlo općenita formulacija (zahtjev pi-sanog 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 analo-gni (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 pret-postavke ispunjene, ugovor može biti sklopljen u pisanom obliku (opširnije Nikšić 2022, 19–22).

¹⁰ Osim elektroničkog sklapanja ugovora te digitalnih sadržaja, danas je aktual-na i treća komponenta digitalizacije pravnih odnosa, a to je subjekt. Iako različitim sustavima umjetne inteligencije koji danas postoje još uvijek nije priznat pravni su-bjektivitet 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 svedeno 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/EZ¹⁶ (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 1999/44¹⁹, 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 *ratione 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 kupoprodajom²³) 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 funkcionalnost³⁰ 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 nacrtu 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 ZOO³⁹ (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 nedostatke (čl. 399.a toč. 3 ZOO), te u vezi s odgovornošću 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 pokretne. 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 nekretninom⁴⁵) 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, Vediš, 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 podataka⁵⁵ (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 čimbe 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 nedostataka

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 uporabu⁶⁷ 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 izriekom 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 obavezan 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

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.

rizika, a kod trgovačkih ugovora taj rok iznosi šest mjeseci, pri čemu se 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 isporuke⁹² 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 irokov.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 trenutno 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 izriekom 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 potvrđan. 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. *Obligacije 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.

Др Снежана ДАБИЋ НИКИЋЕВИЋ*

О НАЧИНУ УРЕЂЕЊА ПРЕКОМЕРНОГ ОШТЕЋЕЊА У НАШЕМ ПРАВУ И ОДНОСУ СА СРОДНИМ УСТАНОВАМА

Још 1954. године, у раду посвећеном прекомерном оштећењу, Константиновић је покренуо важна питања начина уређења те установе. Имајући у виду размимоилажења у ставовима у послератној судској пракси, Константиновић је сматрао да је важно да изнесе аргументе у прилог схватању да би та установа требало да буде уређена по објективном принципу, у складу са решењем које је било предвиђено српским Грађанским закоником. Међутим, доношењем Закона о облигационим односима извршена је реформа установе прекомерног оштећења чиме је, између осталог, право на поништење условљено захтевом да се оштећено лице у моменту закључења уговора налазило у заблуди о правој вредности престације.

Аутор у овом раду поставља питање да ли је другачијим позитивно-правним решењем учињен напредак или се њему могу изнети и озбиљне критике. У покушају да дође до одговора, аутор најпре анализира начин уређења прекомерног оштећења у упоредном праву, а потом аргументовано утврђује предности и недостатке уређења прекомерног оштећења по објективном, односно субјективном принципу.

Кључне речи: Прекомерно оштећење. – Заблуда о вредности. – Мане воље. – Зеленашки уговор. – Начело еквиваленције.

* Доцент, Правни факултет Универзитета у Београду, Србија, snezana.dabic@ius.bg.ac.rs.

1. УВОД

Много пре доношења Закона о облигационим односима¹, штавише и пре него што је формално започет рад на изради Скице за законик о облигацијама и уговорима, Михаило Константиновић је у свом раду под називом „Оштећење преко половине и зеленашки уговори“, објављеном у *Аналима Правног факултета у Београду* 1954. године, број 2,² покренуо важна питања у вези са установом прекомерног оштећења која се, без сумње, и данас могу сматрати актуелним. Имајући у виду да је рад објављен у послератном периоду, у коме је правну праксу и науку мучио проблем аброгације правних прописа донетих пре 6. априла 1944. године и за време окупације,³ Константиновић се у њему првенствено осврнуо на проблем најпримеренијег начина примене предратних правила о прекомерном оштећењу у нашој послератној судској пракси. Представљајући укратко предратне прописе, пита се Константиновић (1982, 530) на самом почетку свог рада вреде ли та правна правила „и данас“ или су нека од њих (и која?) изгубила ту снагу јер више не одговарају „нашим потребама и промењеним приликама“. Међутим, и летимичан поглед на даље редове његовог рада довољан је да се уочи да су многа питања која је покренуо и ставови које је изнео много општији и далекосежнији те да нису изгубили актуелност ни након више од пола века.⁴ И данас се, наиме, можемо запитати да ли је адекватна

¹ Закон о облигационим односима – 300, *Службени лист СФРЈ* 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ* 31/93, *Службени лист СЦГ* 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС* 18/2020.

² Чланак је под истим називом објављен и у *Аналима Правног факултета у Београду* 3–4/1982, 529–539.

³ Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1944. године и за време непријатељске окупације, *Службени лист ФНРЈ* 86 од 25. октобра 1946, 105 од 27. децембра 1946, 96 од 12. новембра 1947 – обавезно тумачење. У члану 4 ст. 1 тог закона се наводи да се „правна правила садржана у законима и другим правним прописима поменутим у чл. 2 овог закона, која у смислу чл. 3 овог закона нису проглашена обавезним, могу по овом закону примењивати на односе који нису уређени важећим прописима, и то само уколико нису у супротности са Уставом ФНРЈ, уставима народних република, законима и осталим важећим прописима донетим од надлежних органа нове државе, као и са начелима уставног поретка Федеративне Народне Републике Југославије и њених република“.

⁴ Конкретно, у раду је Константиновић посебно нагласио следећа питања: да ли би требало остати при објективном принципу уређења прекомерног оштећења или се треба приклонити решењима који усвајају субјективни принцип; да ли би требало дозвољавати могућност одрицања од права на раскид због прекомерног оштећења; да ли би на примену правила о прекомерном оштећењу требало да утиче чињеница да је оштећење, након закључења

тан начин на који је уређена установа прекомерног оштећења у нашем правном систему, нарочито имајући у виду њен однос са другим сродним установама – зеленашким уговорима, али и установама којима се уређују мане воље – те начином на који су оне уређене у нашем праву.

Уколико се посматра развој установе прекомерног оштећења, па и зеленашких уговора, и њихов међусобни однос, чак и само у границама нашег правног система, а нарочито ако се осврнемо и на упоредноправна решења, врло се лако може уочити да постоји читава палета различитих решења. Њихова полазна основа и циљ су исти: постојање значајне диспропорције између престација уговорних страна у моменту закључења уговора и тежња да се утврди када треба пружити заштиту оштећеној страни због такве диспропорције. Ипак, начини на које су правни системи долазили до тог циља те ситуације у којима се сматрало да би требало интервенисати у уговорне односе веома су разнолики, што указује на комплексност проблема уређења те материје. Несразмера између престација, нарочито кад је значајног степена, може имати различите узроке те проблем може бити не само да се утврди који су већ и који од њих оправдавају интервенцију и налажу да се оштећеној страни пружи заштита.

Доношењем Закона о облигационим односима наш правни систем ушао је у (ужи) круг правних система који у својим одредбама садрже и правила којима се уређује установа прекомерног оштећења и правила којима се уређују зеленашки уговори. Како се објашњава у теорији (Аранђеловић 1982, 522), иако уношење тих одредаба у 300 представља наставак праксе која је код нас постојала и у предратном и у послератном периоду, сâм начин регулисања је у многим појединостима битно другачији од ранијег, нарочито када је реч о установи прекомерног оштећења. Због тога се може слободно рећи да су се од решења предвиђеног у српском Грађанском законнику (СГЗ), преко правних прописа и праксе у послератном периоду, до усвајања решења предвиђеног у Закону о облигационим односима, догодиле озбиљне промене. То се нарочито односи на критеријуме за одређивање појма прекомерног оштећења, чиме је, уз имплементацију одредаба о зеленашким уговорима, значајно сужено њено поље примене и у великој мери доведен у питање њен смисао. У складу с тим, поставља се питање да ли је другачијим позитивноправним решењем учињен напредак или се њему ипак могу изнети и озбиљне критике.

уговора а пре подношења тужбе, престало; коначно, какав је однос установе прекомерног оштећења са установом зеленашких уговора? Константиновић 1982, 529–539.

2. ТРЕБА ЛИ УСТАНОВА ПРЕКОМЕРНОГ ОШТЕЋЕЊА ДА БУДЕ УРЕЂЕНА ПО ОБЈЕКТИВНОМ ИЛИ СУБЈЕКТИВНОМ ПРИНЦИПУ?

Једна од најозбиљнијих измена коју је установа прекомерног оштећења претрпела у нашем праву јесте другачије постављање критеријума за њену примену.

Наиме, према одредбама §559 СГЗ, у случају теретних уговора, сауговорач је могао да раскине уговор и захтева повраћај у пређашње стање само на основу тога што није примио ни пола обичне вредности онога што је другој страни дао. Као што се може видети, приликом уређења прекомерног оштећења био је прихваћен тзв. објективни принцип: заштита се сауговорачу, на основу права на раскид и захтева за повраћај у пређашње стање, пружала већ само на основу тога што није примио ни пола обичне вредности онога што је другој страни дао.⁵ У §560 СГЗ су, додуше, биле предвиђене ситуације у којима се искључивала могућност заштите путем правила о прекомерног оштећењу,⁶ али ниједном од њих се није уметао тзв. субјективни услов који се најчешће среће у упоредном праву: да оштећена страна мора да докаже да је о правој вредности престације била у заблуди у моменту закључења уговора или, што је случај са тзв. квалификованом лезијом, да се налазила у некаквој неповољној ситуацији коју је друга страна искористила како би за себе или другог прибавила прекомерну корист. Уколико се уз то узме у обзир чињеница да се правило о прекомерном оштећењу из СГЗ могло применити на све теретне уговоре, може се слободно рећи да је оно било постављено прилично широко.

⁵ Објективни принцип био је прихваћен и у Закону о промету земљишта и зграда – ЗПЗЗ, *Службени лист ФНРЈ* 26/54, 19/55, 48/58, 30/62, 53/62 и *Службени лист СФРЈ* 15/65, којим је било предвиђено да се може поништити уговор којим је радна организација продала земљиште или зграду грађанину или грађанском правном лицу ако продајна цена не достиже две трећине прометне вредности непокретности у време закључења уговора, односно ако купи земљиште или зграду од грађанина или грађанског правног лица, а куповна цена прелази за више од једне трећине прометну вредност непокретности у време закључења уговора. Вид. чл. 24 ЗПЗЗ.

⁶ Према §560 СГЗ, право да се позива на правила о прекомерном оштећењу нема: лице које се тог права изричито одрекло приликом закључења уговора; лице које је за ствар дало прекомерну цену из особите наклоности; ако се утврди да је вишак вредности представљало поклон; ако се права цена ствари више не може утврдити или ако је ствар продата на судској продаји.

С друге стране, приликом усвајања Закона о облигационим односима (300), од таквог решења се одступило. Према чл. 139 300, ако је између обавеза уговорних страна у двостраном уговору у време закључења уговора постојала очигледна несразмера, оштећена страна може захтевати поништење уговора ако за праву вредност ствари тада *није знала нити је морала знати* (наглашавање аутора). У појам прекомерног оштећења уведен је, дакле, и субјективни елемент, који је притом шире постављен: неопходан је доказ не само да оштећено лице није знало за праву вредност ствари већ и да у моменту закључења уговора није морало знати за њу. Његова заблуда, дакле, мора бити извињавајућа.

Већ се из поменутих прописа може закључити о разлици између та два начина уређења прекомерног оштећења.

Уређење установе прекомерног оштећења по објективном принципу подразумева да се пуноважност уговора, а самим тим и могућност заштите оштећене стране, начелно повезује само са чињеницом да постоји несразмера између престација одређеног степена. Таква несразмера може, али не мора бити последица утицаја неког субјективног момента; за примену правила о прекомерном оштећењу то је ирелевантно и она је могућа независно од тога да ли је у тренутку закључења уговора постојала мана воље оштећеног лица (Перовић 1980, 444–445; Круљ 1980, 361). Неопходно је, али и довољно утврдити да постоји одређена несразмера између престација уговорних страна у моменту закључења уговора. Дакле, основ непуноважности се своди на непостојање еквиваленције између престација уговорних страна која, додуше, мора бити одговарајућег степена.

С друге стране, уређење установе прекомерног оштећења по субјективном принципу подразумева да, осим што мора постојати несразмера одређеног степена, таква несразмера мора бити последица заблуде оштећеног лица. Сауговарач који је знао (или морао знати) за праву вредност престације нема права да заштиту тражи позивањем на правила о прекомерном оштећењу. Дакле, основ прекомерног оштећења је у мани воље, а прекомерно оштећење се као установа тиме своди на заблуду о вредности (Перовић 1980, 444–445; Круљ 1980, 360–361).

Основно питање које је Константиновић поставио у свом раду јесте управо то: да ли би установа прекомерног оштећења требало да буде уређена по објективном или по субјективном принципу (Константиновић 1982, 533–534)? Проблем се у послератној судској пракси јавио због размимоилажења ставова највиших судских инстанци о том

питању,⁷ а такво размимоилажење је било последица чињенице да је то питање у предратним прописима било различито регулисано: док се у СГЗ предвиђало да сауговорач може да раскине уговор и захтева повраћај у пређашње стање само на основу тога што није примио ни пола обичне вредности онога што је другој страни дао,⁸ у аустријском Општем грађанском законик у (АГЗ) право на поништај се условљавало још и доказом да у време закључења уговора оштећеном сауговорачу није била позната права вредност ствари.⁹

Константиновић се у свом раду недвосмислено определио за објективни принцип уређења установе прекомерног оштећења. Према његовом схватању, већ је само постојање велике несразмере између узајамних престација противно идеји двостраних уговора. „Оштећење преко половине значи да је једна страна извукла из уговора претерану корист на рачун друге стране; оно чини уговор неправичним и оправдава допуштање другој страни да уговор, ако хоће, раскине због тога“ (Константиновић 1982, 532, 534).

Од свог става није одступио ни када је стварао Скицу за законик о облигацијама и уговорима – Скица (Константиновић 1996). Према члану 107, ст. 1 Скице, поништење се може захтевати већ само на основу тога што је у време закључења двостраног уговора за једну страну постојало оштећење преко половине.¹⁰ Изузетак је, међутим, предвиђен за уговоре у привреди¹¹, алеаторне уговоре и јавне продаје.¹²

⁷ Вид. Пресуду Савезног врховног суда, ГЗ 115/62, 22. 12. 1962, Збирка судских одлука, књ. VII, св. 3, 1962, у којој се за примену правила о прекомерном оштећењу сматрало да је довољно установити постојање прекомерности, док се у Пресуди Врховног суда Хрватске, ГЗ 3664/77, 19. 1. 1978, Преглед судске праксе, 1978, одлука бр. 65, сматрало да, осим прекомерности, мора бити утврђено да оштећено лице није знало за праву вредност ствари у моменту закључења уговора. Одлуке наведене према Аранђеловић 1982, 523–524.

⁸ Вид. §559 СГЗ.

⁹ §934 и §935 АГЗ.

¹⁰ Чл. 107 ст. 1 Скице: „Ако између обавеза страна уговорница у двостраном уговору постоји у време закључења уговора толика несразмера, да оно што је једна страна примила или треба да прими од друге стране не представља ни половину вредности онога што је она дала другој страни, или се обавезала дати или учинити, онда она може захтевати поништење уговора у року од једне године од његовог закључења.“

¹¹ Константиновић је очигледно узео у обзир да се од таквих сауговорача очекује да покажу већи степен пажње при закључењу уговора.

¹² Вид. чл. 107, ст. 5 Скице: „Због ове несразмере не може се тражити поништење уговора у привреди, алеаторних уговора као ни јавних продаја.“

Зашто се онда у 300 одступило од решења које је било предвиђено у СГЗ и које је предложено у Скици за законик о облигационим односима?¹³ И да ли је такво одступање примереније од претходног решења?

3. УРЕЂЕЊЕ УСТАНОВЕ ПРЕКОМЕРНОГ ОШТЕЋЕЊА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Ако се посматрају искуства из упоредног права, требало би рећи да ниједан правни систем данас не садржи правила којима би се на уопштен начин, дакле без обзира на врсту уговора, улоге или карактеристике сауговорача или неке друге околности, предвидела ништавост, рушљивост или нека друга санкција само зато што у уговору постоји несразмера између престација уговорних страна, макар она била и значајног степена. Идеја јесте у очувању уговорне сигурности – у складу са максимумом *pacta sunt servanda* уговор је за стране закон и оне су дужне да га се придржавају и благовремено испуне своје обавезе на начин на који су оне предузете. Због тога се обично могућност утицаја на већ закључен уговор ограничава постављањем додатних услова уз захтев да постоји одговарајућа несразмера између престација уговорних страна, чиме се сужава домен примене правила о прекомерном оштећењу: било тако што се признаје само одређеним врстама уговора, и то најчешће само једном од сауговорача који има одговарајућу улогу у тим уговорима; било тако што се признаје само оним сауговорачима који имају одређене карактеристике; било тако што се поставља захтев да, осим несразмере, буде испуњен још неки услов који оправдава „напад“ на уговор, односно потребу да се оштећеној страни призна могућност да напусти уговорни однос којим се неправедно угрожавају њени интереси.

Уопштено речено, можемо говорити о три групе система уређења прекомерног оштећења.

Првој групи система, у којима је установа прекомерног оштећења уређена по угледу на римско право,¹⁴ према објективном принципу, припадају француско, белгијско и шпанско право. Иако је у њима

¹³ Корисно је поменути да је у чл. 140 300 био предвиђен случај у коме се прихватао објективни критеријум прекомерног оштећења: уколико је, приликом отуђења или прибављања основног средства, оно што је примљено/дато у очигледној несразмери са вредношћу у време закључења уговора. Али је та одредба важила до измена закона из 1993. године када је избрисана.

¹⁴ У римском праву је „рушење“ уговора због прекомерног оштећења било дозвољено ако постоји оштећење преко половине, али само ограничено – у уговору о продаји земље, у корист продавца, уколико је за ствар примио мање од половине праве вредности. Вид. Павловић 2014, 217.

довољно само утврдити постојање диспропорције одређеног степена, важно је истакнути да је могућност „нападања“ уговора заправо прилично ограничена. У општим одредбама белгијског, шпанског, а све до измена из 2016. године и француског Грађанског законика, изричито стоји да лезија не утиче на пуноважност уговора, осим изузетно.¹⁵ Према француском и белгијском праву, постоје заправо само три изузетка у којима је лезија утиче на пуноважност уговора:¹⁶ прво, код продаје непокретности, када се продавцу даје могућност да захтева поништење уговора уколико је добио мање од 7/12 уобичајене вредности непокретности;¹⁷ друго, код уговора о деоби, када се уговор може поништити у случају лезије преко 1/4;¹⁸ коначно, на прекомерно оштећење су се увек могли позивати малолетници и друга пословно неспособна лица уколико нису имала заступника приликом предузимања правних послова.¹⁹ Слично решење је предвиђено и у шпанском праву.²⁰ У свим тим случајевима, неопходно је, али и довољно, доказати да постоји одговарајућа несразмера између престација у тренутку закључења уговора, како би се исходovalo поништење уговора или

¹⁵ „La lésion ne vicié les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section.“ Чл. 1118 француског Грађанског законика – ФГЗ (пре измена). Вид. и чл. 1118 старог, односно чл. 5.38 новог белгијског Грађанског законика – БГЗ, односно чл. 1293 шпанског Грађанског законика – ШГЗ.

¹⁶ Ван ФГЗ је постојало још неколико изузетака. Schmidt-Szalewski 1999, 123. За изузетке у белгијском праву вид. Samoy, Dang Vu 2011, 102.

¹⁷ Вид. чл. 1674 ФГЗ. Право на поништај не постоји само уколико се тог права продавац изричито одрекао или ако је изричито изјавио да вишак вредности поклања. Захтев за поништење се могао поднети у року од 10 година од дана закључења уговора – чл. 1676 ФГЗ. Вид. чл. 1674 БГЗ.

¹⁸ Вид. чл. 887, ст. 2 ФГЗ (пре измена), односно чл. 889 измењеног ФГЗ. Вид. чл. 4.105 новог БГЗ.

¹⁹ Вид. чл. 1305 ФГЗ (пре измена), односно чл. 1149 измењеног ФГЗ. Вид. и чл. 1305 старог, односно чл. 5.43 новог БГЗ.

²⁰ Према одредбама ШГЗ, поништење је могуће: ако је уговор о продаји закључио старатељ, при чему је уговорена цена мања од 3/4 реалне вредности ствари; ако је уговор закључен у име одсутног лица, при чему је уговорена цена мања од 3/4 реалне вредности ствари; коначно, ако је приликом деобе наследник оштећен преко 1/4.

Правила су нешто мање строга када се примењује каталонско право: у њему право на поништење постоји увек када, при прометовању права својине на непокретности, постоји оштећење преко половине. Право на поништај има само продавац, не и купац, у року од четири године од дана закључења уговора, при чему се не мора доказивати да је прекомерно оштећење последица мане воље. Али, могућност поништења се искључује када је реч о јавној продаји, код алеаторних уговора и уговора о поравнању. Vaquer 2011, 91–92.

уравнотежење престација. Другим речима, не тражи се утврђивање и субјективног елемента – да је таква несразмера последица мане воље или злоупотребе друге стране.

Ипак, чињеница је да француски и белгијски законодавац нису без разлога предвидели та три изузетка: одредба којом се продавцу непокретности дозвољава могућност поништења због прекомерног оштећења и јесте мотивисана чињеницом да продавац на такву несразмеру најчешће пристаје управо зато што се налази у материјалној нужди; одредбом којом се деобничару дозвољава поништење због прекомерног оштећења француски законодавац је желео спречити да један деобничар искористи другог; коначно, јасно је да је мотив законодавца да пропише изузетак предвиђен у односу на малолетнике и остала пословно неспособна лица била заштита воље „слабијих“. Дакле, у тим случајевима се најчешће и може уочити да постоји субјективни елемент, он је на својеврстан начин презумиран законом. Ипак, чињеница је да њега није неопходно доказивати те сауговорач који подноси захтев за поништење уговора може имати успеха без обзира на то да ли је у конкретном случају заиста постојао некакав субјективни елемент који би оправдао такав захтев (Schmidt-Szalewski 1999, 123; Larroumet, Bros 2014, 413–415).

Због тога се начелно може рећи да поменути правни системи прихватају објективни принцип при регулисању лезије (прекомерног оштећења) јер дозвољавају поништење без обзира на то да ли је у конкретном случају таква несразмера између престација уговорних страна била последица заблуде оштећене стране, преваре, принуде или неке неповољне ситуације у којој се она нашла. Ипак, необично је важно подсетити: они то чине само изузетно, при чему је и тај узак круг случајева у којима се дозвољава поништење због лезије одређен управо зато што је примећено да у њима најчешће постоји одређени субјективни елемент који оправдава поништење.²¹

Ваља поменути и то да у тим правним системима доскоро није постојала посебна одредба којом се регулишу ситуације у којима је значајна диспропорција између престација уговорних страна резултат злоупотребе неповољне ситуације или слабости у којој се нашла друга страна; другим речима, ситуације које су у нашем праву регулисане правилима о зеленашким уговорима. Тек је изменама из 2016. године у

²¹ Како се у теорији објашњава, тиме правни систем бира да штити уговорну стабилност, а не уговорну правду. Schmidt-Szalewski 1999, 123.

ФГЗ, и то у оквиру правила о принуди, као својеврстан вид економске принуде,²² имплементирана одредба да се сматра да је реч о принуди и онда када једна страна, искористивши стање зависности у којој се нашла друга страна, закључи с њом уговор који та друга страна иначе не би закључила и стекне претерану корист.²³ И изменама БГЗ имплементирана је одредба под називом „злоупотреба околности“ (*Abus de circonstances*“), према којој се сматра да постоји злоупотреба околности када, у тренутку закључења уговора, постоји очигледна несразмера између престација услед тога што је једна страна злоупотребила стање слабости у којем се нашла друга страна. У том случају, слаба страна може захтевати од суда измену уговорних обавеза и, ако је злоупотреба била одлучујућа, поништење уговора.²⁴

Другој групи система, пак, припада аустријско право. У њему је одредба из §934 АГЗ о лезионарним уговорима уређена на општи начин, тако да се има применити на све двостранообавезне уговоре, дозвољавајући оштећеној страни да захтева поништење и повраћај у пређашње стање уколико од друге стране није примила ни половину онога што јој је дала. Међутим, у §935 АГЗ се могућност поништења искључује ако је сауговарач знао за праву вредност ствари. Другим речима, за примену правила о прекомерном оштећењу неопходно је доказати да постоји и субјективни елемент, који се огледа у томе да је оштећена страна при закључењу уговора била у заблуди о правој вредности ствари, али је у том погледу довољно доказати да сауговарач *није знао* а не и да *није могао знати* за њу.²⁵ Иако је, дакле, проширено поље примене одредбе о прекомерном оштећењу на све двостране уговоре, без обзира на уло-

²² О економској принуди као виду принуде више у Loiseau 2013, 1232 и даље.

²³ Вид. чл. 1143 ФГЗ: „*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 Вид. чл. 5.37 БГЗ: „*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.“

²⁵ Осим тога, у §935 АГЗ побројани су још неки случајеви у којима се искључује примена одредбе о прекомерном оштећењу: тако, наводи се, том правном средству нема места уколико је сауговарач изјавио да за ствар даје вишу цену из личних наклоности; ако се из односа сауговарача може закључити да су хтеле предузети мешовити правни посао, делом теретни, делом добротини; ако се права вредност више не може утврдити; коначно, када је ствар продата

гу коју сауговорачи имају у конкретном уговору, односно без обзира на њихове карактеристике, оно се с друге стране сужава захтевом да је несразмера последица незнања сауговорача о правој вредности ствари. У аустријском праву, дакле, лезија доводи до поништења уговора само уколико уједно постоји и заблуда о вредности.

Аустријски Грађански законик, осим те, садржи и одредбу којом се регулишу правила зеленашких уговора. Тако, према новелираном §879 АГЗ, ништавим се, између осталих, сматра и уговор којим неко искоришћава лакоумност, тежак положај, слабоумност, неискуство или узбуђење другог тиме што за чинидбу себи или трећем лицу уговара или прима такву противчинидбу чија је имовинска вредност у очигледној несразмери са вредношћу чинидбе.

Конечно, на овом месту је корисно поменути да постоје и системи, као што су, примера ради, швајцарско и италијанско право, чије одредбе само по називу, не и суштини, упућују на то да је њима уређена установа прекомерног оштећења. По суштини се, међутим, јасно може видети да се њима уређује заправо случај злоупотребе туђе неповољне ситуације, односно материја која је у нашем праву регулисана одредбама о зеленашким уговорима.

Тако, у члану 21 швајцарског Законика о облигацијама (ШЗО), који носи назив „Лезија“, предвиђа се да „у случају очигледне несразмере између престација једне и друге стране, оштећена страна може, у року од годину дана, поништити уговор и захтевати враћање онога што је дала, уколико је до лезије дошло услед искоришћавања њене нужде, лакоумности или неискуства“.²⁶ Као што се може видети, под лезијом се у швајцарском праву регулише заправо случај тзв. квалификоване лезије – није довољно само да постоји очигледна несразмера већ она мора бити последица искоришћавања неке „слабости“ друге стране. Том нормом се остварује двострука функција – циљ није само да се обезбеди једнакост престација уговорних страна већ и да се сузбије понашање које се сматра неприхватљивим, а које се огледа у злоупотре-

на јавној продаји. Све до измена §935 АГЗ 1979. године било је такође могуће искључити примену §934 АГЗ, односно одрећи се права на поништење посла због прекомерног оштећења. Таква могућност више не постоји.

²⁶ Иако се у тексту законика помињу само те три околности (нужда, лакоумност и неискуство), у теорији се сматра да се та одредба има шире тумачити, тако да се под њу заправо могу подвести и неке друге околности, као што су, примера ради, стресне ситуације, узбуђење, агресивна реклама. Више у Schmidlin 2012a, 208.

треби неког неповољног стања у коме се нашла друга страна (Schmidlin 2012a, 207). У том смислу, неопходно је да буду испуњени и објективни услов, који се огледа у очигледној несразмери, и субјективни услов, у коме се заправо крију два услова – да се, с једне стране, у моменту закључења уговора један сауговарач налази у неком неповољном стању које, с друге стране, други сауговарач искоришћава. Та установа, дакле, неодољиво подсећа на правила којима се у нашем, али и неким другим системима, уређују зеленашки уговори. Значајна разлика, међутим, постоји у санкцији: док се, примера ради, у нашем и немачком праву такви уговори сматрају апсолутно ништавим, што значи да правно заинтересовано лице у било ком тренутку после закључења уговора може утврђивати његову ништавост, у швајцарском се они сматрају рушливим, те се оставља искључиво оштећеној страни да одлучи, и то у врло кратком року од годину дана од дана закључења уговора, да ли ће захтевати његово поништење.

Италијанско право је слично швајцарском, и по начину утврђивања услова за примену правила о лезији и по начину санкционисања. У чл. 1448 италијанског Грађанског законика (ИГЗ), који такође у наслову садржи термин „лезија“, да би се могло захтевати поништење због прекомерног оштећења, неопходно је да буду испуњена три услова: да оштећење буде преко пола, да је једна страна закључила уговор у стању „потребе“ те да је друга страна злоупотребила такво стање. Осим општег правила, у чл. 1147 ИГЗ се предвиђа и посебно правило за уговоре закључене у случају опасности: уговор који је једна страна закључила под неправичним условима, у стању нужде, која је била позната другој страни, а како би спасао себе или друге из опасности, може се поништити (Monateri, Musy, Chiaves 2016, 92).

Швајцарско и италијанско право, дакле, не садрже одредбу којом се уређује установа прекомерног оштећења у класичном смислу. И изостанак таквих правила носи најмање две поруке: најпре, да се у њима (начелно) сматра да несразмера између престација, макар била и прекомерна, није сама по себи довољна да би се стабилност закљученог уговора могла довести у питање; потом, да се заштита у случају (значајне) неједнакости давања може пружити и применом правила сродних установа, нарочито заблуде и преваре.²⁷

²⁷ Вид. и чл. 24, ст. 1, т. 3 ШЗО, према коме се заблуда сматра битном, између осталог, и онда кад је престација коју је обећала страна која се позива на заблуду знатно већег обима или је контрапрестација знатно мањег обима него што је та страна заиста хтела. Том одредбом је дата својеврсна дефиниција

4. ПРЕДНОСТИ И НЕДОСТАЦИ УРЕЂЕЊА ПРЕКОМЕРНОГ ОШТЕЋЕЊА ПО ОБЈЕКТИВНОМ ПРИНЦИПУ

Константиновић није једини који је подржавао идеју да се у нашем правном систему установа прекомерног оштећења уреди по објективном принципу. Тако, истицао је Аранђеловић, да „природи прекомерног оштећења више одговара објективни критеријум“, да је такво решење, које је било заступљено у СГЗ, „сасвим у сагласности са данашњим (тадашњим, прим. аут.) потребама“ те да се „прекомерно оштећење уводи у правни систем првенствено ради тога да се заштити начело еквиваленције узајамних давања“ (Аранђеловић 1982, 524). Иако се, наиме, известен степен неједнакости давања мора толерисати јер се потпуна еквиваленција између уговорних престација не може постићи, прекомерна одступања се не смеју толерисати јер вређају основне моралне вредности. Друштво „не може да остане равнодушно“ на чињеницу да једна страна извлачи прекомерну корист из уговора, без обзира на то да ли је о томе друга страна била у заблуди (Аранђеловић 1982, 525). Слично се питао и Павловић (2014, 217): „а кад је оштећење врло несразмерно, зар се не може и оно уврстити међу узроке који обарају уговоре?“

Аргументи који се, дакле, истичу у прилог објективном схватању прекомерног оштећења тројаки су.

Најпре, сматра се да установа прекомерног оштећења треба да буде уређена тако да се њоме првенствено штити начело еквиваленције давања, прецизније, да се њоме тежи обезбеђивању заштите увек када је еквиваленција узајамних давања у значајној мери нарушена. Јер, иако није могуће нити би требало тежити апсолутној еквиваленцији, исто тако се не сме препустити случају, односно толерисати свакако одступање, макар оно било и претерано.²⁸

У вези с тим је и следећи аргумент: не би било морално остати равнодушан и не пружити заштиту у случају када постоји претерана несразмера између престација уговорних страна.

Конечно, уређење прекомерног оштећења по објективном принципу јасно разграничава ту од других сродних установа, као што су заблуда, превара, принуда или зеленашки уговори, које у свом фокусу имају потребу заштите воље при уговарању, односно потребу да се сузбију понашања која су у друштву неприхватљива (Аранђеловић 1982, 525).

заблуде о вредности.

²⁸ То не важи у случајевима када је такво одступање жељено јер се тиме жели учинити какав поклон другом сауговарачу. Ипак, важно је нагласити да је лезија институт применљив само на уговоре с накнадом те се и питање поништења уговора због прекомерног оштећења поставља само код њих.

Међутим, како уопште можемо полемисати о томе да ли је несразмера између престација морално прихватљива ако не знамо узрок такве несразмере? Управо се у томе огледа главни недостатак уређења уставне прекомерног оштећења по објективном принципу – њиме се готово уопште не води рачуна о *узроку* несразмере. А ако постоји, нарочито претерана несразмера између престација уговорних страна, морамо се запитати чиме је она проузрокована. Тек када се утврди њен узрок, могуће је полемисати о томе да ли је морално, оправдано, потребно пружити заштиту страни која је уговором добила (значајно) мање.

Израз да се *готово* уопште не води рачуна о узроку несразмере свесно је употребљен у претходном параграфу, имајући у виду да се у свим правним системима, чак и оним који лезију уређују по објективном принципу, традиционално искључује примена тих правила у појединим случајевима. Тако, уобичајено је да се правила о прекомерно оштећењу не примењују онда када је несразмера жељена (јер се тиме хтео учинити поклон другој уговорној страни или се за ствар дала већа цена из афекционих разлога), односно онда када је несразмера готово уобичајена, очекивана па чак и својствена закључењу појединих уговора (што је случај приликом продаје ствари на јавној продаји, односно приликом закључења уговора о поравнању), односно онда када је (не) сразмеру немогуће утврдити приликом закључења уговора (као што је случај са алеаторним уговорима).²⁹ Међутим, ти случајеви нису једини разлози због којих се јавља прекомерна несразмера између престација уговорних страна. Осим њих, разлог може бити и то што је оштећени био у заблуди приликом закључења уговора, или је чак преварен, односно принуђен од његовог сауговорача да закључи такав уговор, или га је пак на то натерала нека неповољна ситуација у којој се налазио (Константиновић 1982, 534; Павловић 2014, 217; Хибер 1991, 363–364). И док би се сасвим разумљиво могло прихватити да се „притекне у помоћ“, како Павловић (2014, 217) сликовито каже, сауговорачу који је прекомерно оштећен кад је до тога дошло преваром, принудом или услед нужде коју је искористила друга страна, то не мора увек бити случај када је он пристао на тако несразмеран уговор јер је био у заблуди о вредности престација. Правила о заблуди нас управо уче томе да свака заблуда не води праву да се уговор поништи. Ту се опет мора учинити корак назад и поставити питање: шта је проузроковало погрешну представу једног сауговорача о одређеној чињеници? И у којој је мери релевантно држање, односно савесност страна при закључењу уговора

²⁹ §560 СГЗ; чл. 107, ст. 5 Скице; чл. 273 и чл. 751, ст. 2 Преднацрта Грађанског законика РС; Schmidt-Szalewski 1999, 46; Samoy, Ilse, Tăm Dang Vu 2011, 101; Vaquer 2011, 40, 41, 92, 183.

погођеног заблудом?³⁰ Посебно, шта уколико је оштећено лице скривило своју заблуду, тиме што је пропустило да се обавести о вредности престације? Завређује ли оно заштиту само зато што постоји несразмера између престација одређеног степена? И зар се не би у том случају заштита „уговорне правде“ претворила у своју супротност?

Аргумент да не завређује заштиту сауговорач који се није понашао с дужном пажњом при закључењу уговора постаје посебно значајан ако се има на уму да је правило којим су уређивани лезионарни уговори било у СГЗ широко постављено, могло би се рећи и прешироко. Оно се, наиме, могло применити на све теретне уговоре у којима је постојало оштећење преко половине, готово без обзира на узрок несразмере. У том погледу се може рећи да је такво решење било јединствено јер, као што се могло видети, у упоредном праву не постоји систем у коме се на уопштен начин, дакле без обзира на врсту уговора, улоге или карактеристике сауговорача или неке друге околности, дозвољава могућност поништења уговора само зато што постоји несразмера између престација уговорних страна, макар она била и претерана. Чак и у системима као што су француски, белгијски или шпански, у којима је прекомерно оштећење уређено по објективном принципу, могућност поништења је дозвољена само изузетно (ваља подсетити да је законодавац и предвидео те изузетке јер је у њима видео субјективни елемент; он је, на изванредан начин, презумиран). Разлог је у заштити правне сигурности: дозволити поништење уговора због прекомерног оштећења, не водећи рачуна о томе шта га је узроковало, а нарочито да ли у томе има кривице једне или друге уговорне стране, водило би озбиљној правној несигурности.

Бојазан да би се могла угрозити правна сигурност ако би се установа прекомерног оштећења уредила по објективном принципу, и то на уопштен начин, за све двостране уговоре, без обзира на то ко се налази у улози сауговорача (јер је Закон о облигационим односима био замишљен као јединствени извор облигационог права, којим би се уредило и опште и привредно облигационо право), износе се у теорији као главни аргументи зашто је у коначном тексту 300 ипак био прихваћен субјективни принцип уређења. Како се објашњава, без ограничења да оштећена страна за праву вредност „није знала нити морала знати“, примена института прекомерног оштећења на уговоре у привреди не би се могла замислити (Круљ 1980, 361). Као контрааргумент могло би се, додуше, истаћи да је примена института прекомерног оштећења

³⁰ О значају држања сауговорача при закључењу уговора више у Дабић 2018, 61 и даље.

могла бити искључена за уговоре у привреди, као што је предложено и у Скици за законик о облигацијама и уговорима.³¹ Ипак, чак и да је усвојено такво ограничење, опет би остало питање оправданости и даље прешироко постављеног поља примене установе прекомерног оштећења, ако оно не би било ограничено захтевом да се утврди није ли несразмера последица (скривљене) заблуде оштећеног лица.³²

Коначно, не би требало занемарити ни још један аргумент којим се у нашој теорији објашњавало усвајање субјективног принципа уређења прекомерног оштећења у 300. Наиме, сматрало се да би уређење прекомерног оштећења према објективном принципу, нарочито ако би објективни критеријум био предложен као и за зеленашке уговоре – као очигледна несразмера – обесмислило уређивање и каснију примену правила о зеленашким уговорима. Оштећено лице не би имало мотива да доказује да је очигледна несразмера последица тога што се нашао у законом дефинисаној неповољној ситуацији коју је, притом, друга страна намерно искористила, кад већ има средство које му пружа заштиту већ само на основу тога што постоји очигледна несразмера (Круљ 1980, 361).

Аргумент стоји, макар када је реч о периоду у коме се може захтевати поништај уговора због прекомерног оштећења. Али би по протеклу тог рока оштећеном свакако било од користи да се, уколико су услови испуњени, позива и на правила којима су уређени зеленашки уговори или пак на неку другу установу грађанског права како би напустио уговорни однос који је по њега тако неповољан или на други начин обезбедио себи заштиту.

Као општи закључак, могло би се изнети да изостанак бриге о узроку који је довео до прекомерног оштећења у сваком конкретном случају представља, дакле, најозбиљнију замерку уређењу установе прекомерног оштећења по објективном принципу. Како Хибер објашњава (1991, 364–365), ако би се код лезије сасвим пренебрегло постојање заблуде,

³¹ Вид. чл. 107, ст. 5 Скице.

³² У вези с тим, занимљиво је решење хрватског *Zakona o obveznim odnosima* – HZOO, *Narodne novine* 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18, 126/21, према коме је, као и у нашем 300, услов за поништај уговора због прекомерног оштећења да оштећена страна за праву вредност није знала нити могла знати, али се и поред тога у последњем ставу изричито искључује могућност поништења када је реч о уговорима у привреди. Тиме се практично искључује могућност доказивања да је заблуда оштећеног код уговора у привреди била извињавајућа. Вид. чл. 375 HZOO.

свако предомишљање би било довољно да се уговор сруши. „Не може се замислити правни систем, нарочито у светлу заштите права трећих, који би такав режим без тешкоћа најозбиљније врсте могао да поднесе.“

5. О ЗАБЛУДИ О ВРЕДНОСТИ КОД ПРЕКОМЕРНОГ ОШТЕЋЕЊА И ЊЕНОМ ИЗВИЊАВАЈУЋЕМ КАРАКТЕРУ

Пре него што пређемо на аргументе који указују на предности, односно недостатке уређења прекомерног оштећења по субјективном принципу, а имајући у виду да се могућност поништења уговора због прекомерног оштећења у нашем праву условљава захтевом да оштећена страна у тренутку закључења уговора „за праву вредност није знала нити могла знати“, чини се да је важно разјаснити о каквој врсти заблуде је реч и у којим случајевима таква заблуда у пракси заправо доводи до поништења уговора.

Приликом анализирања услова неопходних за поништење уговора због прекомерног оштећења, у теорији се обично наилази на схватање да услов да оштећена страна „за праву вредност није знала нити морала знати“ подразумева да је она у тренутку закључења уговора заправо била у заблуди о вредности престације (Аранђеловић 1982, 523; Круљ 1980, 360–361; Перовић 1980, 444; Nikšić 2015, 75). Међутим, даље се не образлаже шта конкретно представља заблуда о вредности.

Мада је питање комплексно и захтева детаљнију анализу, начелно би се могло рећи да се у вези са заблудом о вредности јављају најмање два проблема.

Први проблем је појмовни: како одредити заблуду о вредности и, још прецизније, како је разграничити од других врста заблуда јер је она с њима и другим установама уговорног права испреплетана више него иједан други облик заблуде (Хибер 1991, 360).

Заблуда о вредности је један од појмова чију садржину није лако одредити. Она се уобичајено не дефинише прописима,³³ а у теорији и судској пракси је њена прихватљивост као разлога за поништење уговора увек

³³ Изузетак представља швајцарско право, у коме се заблуда о вредности сматра битном, између осталог, и онда кад је престација коју је обећала страна која се позива на заблуду знатно већег обима или је контрапрестација знатно мањег обима него што је та страна заиста хтела. Вид. чл. 24, ст. 1, т. 3 ШЗО.

изазивала контроверзе. Условно речено, реч је о кривој процени вредности сопствене или контрапрестације или, прецизније, о кривој представи односа вредности уговорних престација (Хибер 1991, 360).

У судској пракси се, као најчешћи, јавља проблем разграничења заблуде о вредности и заблуде о битним својствима престације.³⁴ Потреба разграничења те две врсте заблуде истицана је нарочито у француској теорији и судској пракси. Разлог је управо у ограниченој могућности поништења уговора због прекомерног оштећења, због чега се поставило питање може ли се на остале случајеве применити правила о заблуди. Имајући у виду да је преовлађујући одговор био негативан јер би се у супротном заобишла правила о лезији, у француској теорији и судској пракси се почело инсистирати на разликовању заблуде о битним својствима престације и заблуде о вредности (схваћене у ужем смислу).

Наиме, заблуда о вредности (па и сопствене престације) неретко је последица заблуде о битним својствима престације. Само примера ради, ако продавац ствар прода по знатно нижој цени не знајући да је заправо продао уметничко дело чија је вредност вишеструко виша, он јесте у заблуди о вредности (цени) ствари коју продаје, али таква заблуда је последица заблуде о битном својству ствари. Међутим, о „чистој“

Заблуда о вредности помиње се и у ФГЗ, од измена из 2016. године. Према чл. 1136 ФГЗ, заблуда о вредности, онда када није последица заблуде о битним својствима престације, представља само погрешну економску процену која не утиче на пуноважност уговора.

³⁴ Често цитирани случај у француској судској пракси је случај *Пусен (Poussin)*: продавци су слику продали по вишеструко нижој цени не знајући да је реч о Пусеновом делу и да вреди знатно више. Више о случају у Beale, Fauvarque-Cosson, Rutgers, Tallon, Vogenauer 2010, 476 и даље; Capitant, Terré, Lequette, Chénédé 2015, 29 и даље.

Може се, примера ради, поменути и случај из наше судске праксе у коме је власник експроприсаног земљишта захтевао поништај споразума о накнади за експропријацију јер је при њеном утврђивању био у битној заблуди о својствима земљишта. Наиме, власник није имао сазнања да је годину дана пре закључења споразума планским документом града промењена намена земљишта из пољопривредног у градско грађевинско земљиште, због чега је његова вредност знатно порасла. Иако је првостепени суд одбио захтев за поништење уговора, апелациони суд је сматрао да има места поништењу јер је власник био савестан: „учесници у правном промету не могу да трпе штету због чињенице да се регистровано стање разликује од стварног стања непокретности. Увид у катастар непокретности, који је претходно извршио, представљао је довољну и потребну пажњу коју је тужилац требало да покаже приликом закључења предметних споразума“. Вид. Решење Апелационог суда у Нишу, Гж. 2335/2017, 13. 4. 2017, *ParagrafLex*.

заблуди о вредности може се говорити тек када се из њене сфере елиминишу они случајеви који представљају заблуду о битним својствима престације. Тада је, како Гестен (*Ghestin*) дефинише, реч о случају „погрешне економске процене извршене на основу тачних података“.³⁵ Другим речима, када се жртва „превари“ у процени вредности (цене) престације иако су јој била позната сва њена (битна) својства. Сматра се да би, у случају преплитања те две врсте заблуде – заблуде о битним својствима и заблуде о вредности, предност требало дати првој (Дабић 2018, 294). Другим речима, у случају када је заблуда о вредности последица заблуде о битним својствима престације, у француском праву се сматра да има места примени правила о заблуди, што би у крајњем могло да доведе и до поништења уговора. Ипак, поништење уговора се у таквим случајевима не прихвата због тога што се жртва нашла у заблуди о вредности већ због тога што је била у заблуди о битним својствима престације (Goubeaux 2001, 394).

Ако би се ствари посматрале на такав начин, могло би се поставити питање шта се подразумева под формулацијом да оштећена страна „за праву вредност није знала нити могла знати“ из чл. 139 300, којом се уређује установа прекомерног оштећења: да ли се тиме обухватају сви случајеви заблуде о вредности, па и они који узрок имају у заблуди о битним својствима престације, или је пак уређењем правила о прекомерно оштећењу наш законодавац желео да случај заблуде о вредности (у ужем смислу) издвоји као посебан и да му да значај само уколико је довео до очигледне несразмере између престација уговорних страна?

Имајући у виду да је заблуда о битним својствима изричито предвиђена правилима о заблуди,³⁶ одговор би могао да тежи прихватању другог схватања – да се заблуда о вредности код лезије има схватати у ужем смислу. Тиме би се, међутим, значајно сузило поље примене установе прекомерног оштећења, готово до њеног обесмишљавања.

Разлог лежи у другом проблему у вези са заблудом о вредности: схваћена у ужем смислу, заблуда о вредности готово да никад не доводи до поништења уговора јер се њој изузетно ретко може признати да има извињавајући карактер. Наша судска пракса познаје пример у коме је уговор о купопродаји непокретности оглашен ништавим због заблуде продавца о вредности непокретности коју продаје, али применом пра-

³⁵ „L'erreur sur la valeur se caractérise ainsi comme une appréciation économique erronée, effectuée à partir de données exactes.“ Ghestin 1971, 83.

³⁶ Вид. чл. 61, ст. 1 300.

вила о зеленашким уговорима.³⁷ Ту, дакле, осим заблуде о вредности (у ужем смислу) постоји још неки разлог који оправдава „рушење“ уговора. Слично би се могло закључити и када је заблуда о вредности резултат преваре јер се тада свака заблуда сматра битном и извињавајућом. Ипак, и то је неспорно само у случају преваре активним понашањем, не и преваре ћутањем (Дабић 2018, 316). Ако се, међутим, занемаре правила тих посебних установа, у нашој доступној судској пракси се углавном наилази на одлуке у којима је суд одбијао захтев за поништење уговора због заблуде о вредности управо зато што је налазио да таква заблуда нема извињавајући карактер.³⁸

³⁷ Вид. одлуку Врховног суда Србије, Рев. 3112/98, 24. 6. 1998, *IngPro*: у улози продавца налазила се, према речима суда, „медицинска сестра у пензији, старија особа, која се креће уз помоћ штапа, оштећеног слуха и која није имала ближе родбине“. Купца је познавала неколико година и за то време се између њих развио близак однос. Стан је продала купцима за цену од 392.000 тадашњих динара, иако је његова вредност била значајно виша (9.522.239 тадашњих динара), али јој то није било познато. Након закљученог уговора, купци су променили своје понашање према продавцу. О томе више и у Дабић 2018, 314.

³⁸ Вид. Решење Округног суда у Ваљеву, Гж. 305/2006, 2. 3. 2006, *ParagrafLex*: суд је одбио поништење споразума о накнади за експроприсане грађевинске објекте сматрајући да се власник „никако није могао налазити у извињавајућој заблуди у погледу цена – вредности експроприсаних објеката“. Како се може закључити на основу доступног текста одлуке, власник непокретности је, упркос саветима свог пуномоћника, прихватио понуду коју му је дао корисник експропријације, у висини према подацима које је прибавио од својих стручних служби. Вид. Решење Апелационог суда у Нишу, Гж 3183/2017, 15. 6. 2017, *ParagrafLex*: суд је одбио захтев продавца за поништење уговора о продаји стана према правилима о прекомерном оштећењу, између осталог, и због тога што продавац „ничим није доказао да у моменту закључења овог уговора није знао, нити могао знати за праву вредност продатих непокретности“. Непокретност је продата за 200.000 динара, иако је њена тржишна вредност била 1.803.991 динар. Осим тога, иако је продавац „вишегодишњи корисник психоактивних супстанци и уживалац опојних дрога, у време закључења предметног уговора, по налазу вештака, био пословно способан, могао је да управља својим поступцима и био свестан предузетих радњи“. Вид. Пресуду Привредног апелационог суда, Пж 2243/2015(1), 22. 10. 2015, *ParagrafLex*: на прекомерно оштећење, као разлог рушљивости уговора, оштећена страна се „може позивати само ако у време закључења уговора за праву вредност није знала нити је морала знати, што је услов који је овде није остварен имајући у виду процедуру закључења уговора, као и чињеницу да се ради о уговору у привреди, те да су уговорне стране привредни субјекти који као добри привредници, односно добри стручњаци свакодневно закључују уговоре, па се не може сматрати да су приликом закључења уговора биле у заблуди у погледу вредности узајамних давања“. Вид. и Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 130/95, 5. 4. 1995, *IngPro*; Пресуду Апелационог суда у Београду, Гж 112/2017,

Прихватање, пак, првог схватања да се заблудом вредности сматрају и они случајеви у којима истовремено постоји заблуда о битним својствима престације значило би да се установом прекомерног оштећења у великој мери залази у поље које се природно уређује установом заблуде. То нас води најозбиљнијој замерци која се упућује уређењу прекомерног оштећења по субјективној принципу, о чему ће бити речи у наредном поднаслову.

6. ПРЕДНОСТИ И НЕДОСТАЦИ УРЕЂЕЊА ПРЕКОМЕРНОГ ОШТЕЋЕЊА ПО СУБЈЕКТИВНОМ ПРИНЦИПУ

Уређење прекомерног оштећења по субјективном принципу несумњиво отвара питање односа заблуде и лезије. Ако се поништење уговора због прекомерног оштећења услови тиме да је оштећена страна била у заблуди о вредности престације, не своди ли се тиме лезија само на једну врсту заблуде? Штавише, није ли тиме обесмишљено и постојање установе прекомерног оштећења?

Позитиван одговор би се могао наметнути тумачењем правила уређења прекомерног оштећења и њој сродних установа.

Најпре, ако се једна страна нашла у заблуди о вредности због свог недовољног искуства или лакомислености и због тога пристала на закључење уговора који је на њену штету очигледно несразмеран, што је притом друга страна искористила, могу се применити правила 300 којима се уређују зеленашки уговори. Ако је, пак, заблуду о вредности изазвала друга страна или ју је одржавала у њој у намери да је тиме наведе на закључење уговора, друга страна може захтевати поништење уговора позивањем на правила о превари, чак и онда када заблуда није битна.³⁹

Међутим, док се поље примене правила о прекомерном оштећењу само делимично преклапа са пољем примене правила о зеленашким уговорима или правила о превари, преклапање је потпуно када је реч о заблуди као мани воље. Како Аранђеловић објашњава, „ако се уговор, без обзира на висину оштећења, може поништити само ако оштећена страна није знала вредност узајамних давања, значи да је она била у

22. 2. 2019, *ParagrafLex*; Пресуду Привредног апелационог суда, Пж 783/2017, 27. 9. 2017, *ParagrafLex*; Решење Апелационог суда у Нишу, Гж 3183/2017, 15. 6. 2017, *ParagrafLex*.

³⁹ Вид. чл. 65, ст. 1 300.

заблуди о вредности. Тада су прописи о поништењу уговора због заблуде сасвим довољни за такве ситуације“. Другим речима, поље примене правила о прекомерном оштећењу потпуно је супсумирано под поље примене правила о заблуди. И не постоји случај на који би се могла применити правила о прекомерном оштећењу а да истовремено нису испуњени услови за примену правила о заблуди јер су правила о заблуди у том смислу шира.

Најпре, мада заблуда о вредности није посебно регулисана правилима о заблуди, чл. 61 је довољно широко постављен да се битном заблудом могу сматрати и „околности које се по обичајима у промету или по намери странака сматрају одлучним, а страна која је у заблуди не би иначе закључила уговор такве садржине“. Тиме се могу обухватити и други случајеви заблуде, који нису изричито побројани, под условом да се могу сматрати битном. Даље, примена правила о заблуди није изричито условљена тиме да између престација уговорних страна постоји очигледна несразмера јер је у фокусу потреба заштите воље лица које предузима правни посао а не једнакост узајамних давања.⁴⁰ Коначно, рок у коме се може захтевати поништење уговора због заблуде је дужи него рок у коме се може захтевати поништај због прекомерног оштећења.⁴¹ Осим тога, поништење уговора је и због заблуде и због прекомерног оштећења условљено тиме да заблуда буде извињавајућа,⁴² а и у једном и у другом случају саговорач лица у заблуди има прилику да одржи уговор на снази.⁴³

Чему онда служе правила о прекомерном оштећењу ако се заштита у потпуности може постићи применом правила других института? Како истичу присталице уређења лезије по објективном принципу, „прекомерном оштећењу као посебном правном средству за заштиту оштећене стране има места само ако се критеријуми поставе објективно, јер нам

⁴⁰ Ипак, показаће се даље у раду, тешко да би суд прихватио поништење (теретног) уговора због заблуде ако она уједно није праћена и (одговарајућом) несразмером између престација.

⁴¹ Вид. чл. 61, 117 и 139 ЗОО.

⁴² Иако се одређују различито, захтев из чл. 61, ст. 2 ЗОО да је страна која је у заблуди поступала „с пажњом која се у промету захтева“, односно захтев из чл. 139, ст. 1 ЗОО да оштећена страна за праву вредност „није знала нити могла знати“, суштински значе исто – да је заблуда извињавајућа, односно нескривљена. О нескривљености заблуде вид. Хибер 1992, 267 и даље.

⁴³ Вид. чл. 61, ст. 4 ЗОО, према коме се „страна која је у заблуди не може на њу позивати ако је друга страна спремна да изврши уговор као да заблуде није било“, и чл. 139, ст. 4, према коме ће „уговор остати на снази ако друга страна понуди допуну до праве вредности“.

за друге случајеве поништења уговора и отклањања нееквивалентне размене стоје на расположењу друга правна средства“ (Аранђеловић 1982, 527).

У извесној мери такав став потврђује и искуство из упоредног права. Примера ради, у системима у којима се уопште не уређује установа прекомерног оштећења у класичном смислу већ само као тзв. квалификована лезија, као што је швајцарско право,⁴⁴ сматра се да се, ако су испуњени услови, оштећено лице може позвати на нека друга општа правила, као што су правила о манама воље да би исходило поништење уговора (Schmidlin 2012a, 212–213). Штавише, примена правила о манама воље није искључена ни онда када су испуњени услови за примену правила о (квалификованој) лезији; другим речима, ако су у конкретном случају испуњени услови за примену обе установе, оштећена страна има право да бира на коју ће се позвати. То важи и онда када је рок за примену правила о (квалификованој) лезији већ истекао – оштећена страна се и даље може позвати на правила о манама воље.⁴⁵ Као што се може видети, непостојање посебних правила о лезији (схваћеној у класичном смислу) у швајцарском праву надомешћује се применом правила других установа, пре свега правилима о (квалификованој) лезији и правилима којима се уређују мане воље.⁴⁶

⁴⁴ Подсећања ради, у швајцарском праву постоји одредба чл. 21 ШЗО која носи назив „Лезија“, али по суштини није реч о прекомерном оштећењу већ о одредби којом се предвиђа заштита у случају кад је очигледна несразмера последица тога што један саговорач искоришћава неповољну ситуацију у којој се нашла друга страна.

⁴⁵ У швајцарском праву се „лезионарни“ уговори сматрају рушљивим те се оштећеној страни оставља рок од годину дана од дана закључења уговора да захтева његово поништење (чл. 21, ст. 2 ШЗО). С друге стране, када је реч о заблуди и превари, рок за поништење је такође годину дана, али од дана сазнања за заблуду (чл. 31 ШЗО). Schmidlin 2012b, 274.

⁴⁶ У француској судској пракси се доста обазриво позива на правила о заблуди. Разлог је првенствено у начину уређења прекомерног оштећења. Имајући у виду да је у француском праву лезија уређена по објективном принципу, али врло ограничено, тако што се дозвољава поништење због несразмере одређеног степена само у законом тачно одређеним случајевима, прибегавање правилима о заблуди како би се исходило поништење уговора због заблуде о вредности се само изузетно дозвољава, и то онда када је заблуда о вредности последица заблуде о битним својствима престације или се кривица за настанак заблуде о вредности може превалити на другу страну. Сматра се да би се широм применом правила о заблуди заобишла правила о лезији – отуда суздржаност француских судова.

Међутим, чини се да поменути разлози ипак нису довољни да би се могло закључити да су правила о прекомерном оштећењу (уређеном по субјективном принципу) сувишна, а још мање да би лезију стога требало уредити по објективном принципу како је, између осталог, предложено и у Преднацрту грађанског законика.⁴⁷

Наиме, иако су правила о заблуди довољно широко постављена, Законом о облигационим односима се заблуда о вредности не уређује изричито. Разлог може бити у томе да су питања која отвара та врста заблуде већ покривена установом прекомерног оштећења (Хибер 1991, 360). Али, изостанак посебних правила о прекомерном оштећењу могао би да роди питање услова под којима би се уговор, применом правила о заблуди, поништио.⁴⁸ У том смислу су, имајући у виду постојећа законска решења којима се уређују заблуда и лезија, правила о прекомерном оштећењу јаснија.

Осим тога, мада неспорно блиске, разлике између заблуде и лезије, у извесном смислу, постоје и у примени те две установе: иако су „природан простор“ заблуде о вредности теретни уговори, она је начелно замислива и у добротним уговорима,⁴⁹ док је примена правила о лезији искључиво резервисана за теретне уговоре (Хибер 1991, 366).⁵⁰ У томе се огледају и различити циљеви којима се воде заблуда и лезија: док је у фокусу лезије непостојање сразмере (преко мере која се може толерисати), у фокусу заблуде је потреба заштите воље саговорача.

То, међутим, не значи да су друге околности ирелевантне. Чињеница је, наиме, да између заблуде о вредности и лезије неминовно постоји однос корелације. С једне стране, нема лезије без заблуде – ако није реч

⁴⁷ Вид. чл. 273, ст. 1 Преднацрта грађанског законика Републике Србије: „Ако између обавеза страна уговорница у двострано обавезном уговору постоји у време закључења толика несразмера, да оно што је једна страна примила или треба да прими од друге стране не представља ни половину вредности онога што је она дала другој страни, или се обавезала дати или учинити, онда она може захтевати поништење уговора у року од једне године од његовог закључења.“ У ставу 5 истог члана се предвиђа, између осталог, да се због те несразмере не може тражити поништење привредних уговора.

⁴⁸ У швајцарском праву се, примера ради, изричито уређује заблуда о вредности, чиме се донекле решава питање услова под којима она може довести до поништења уговора. Вид. чл. 24, ст. 1, т. 3.

⁴⁹ Хибер наводи пример заблуде поклонопримца који „поклања комад накита мислећи да се ради о обичној бижутерији, а ради се о накиту од племенитог метала“. Вид. Хибер 1991, 361.

⁵⁰ То произлази и из законског текста чл. 139 300, у коме се додуше користи термин „двострани уговори“.

о превари, претњи или зеленашком уговору, до неједнакости давања долази или због намере даривања или због заблуде (Хибер 1991, 372). Ако се има у виду да се лезија повезује само са теретним уговорима, преостаје да се узрок прекомерног оштећења налази управо у томе што је оштећена страна била у заблуди. С друге стране, постојање несразмере је најсигурнији начин да заблуда буде прихваћена (Хибер 1991, 372). Наиме, тешко да би суд прихватио да заблуда о вредности доведе до поништења (теретног) уговора уколико истовремено између престација уговорних страна не постоји несразмера.⁵¹ Несразмера престација је оно што заблуду може учинити битном – ако не постоји несразмера код заблуде, онда се заблуда о вредности своди на заблуду о мотиву која је за теретне уговоре правно ирелевантна.⁵² Исто је примећено и за друге случајеве заблуде, пре свега заблуду о битним својствима престација, која је по правилу најчешће праћена лезијом. У том смислу заблуда о вредности *de facto* подразумева лезију (Хибер 1991, 367) – иако лезија није неопходан услов за примену правила о заблуди, она је уткана у појам битности заблуде.

7. ЗАКЉУЧАК

Мада Константиновићева идеја о објективном уређењу прекомерног оштећења није имплементирана у коначан текст 300, који представља позитивноправно решење у нашем праву, не може се спорити да је она имала своју логику. Чињеница је да установа прекомерног оштећења, када се уреди по објективном принципу, има јасно омеђено поље примене и смисао у односу на установе којима се регулишу мане воље и зеле-

⁵¹ Када је реч о заблуди о вредности код теретних уговора, како Хибер објашњава, процена да ли је постојала заблуда о вредности не би се смела свести на поређење стварне и замишљене вредности сопствене или контрапрестације већ на њихово међусобно поређење: „Начело уговорне правде довешће у питање оправданост поништења уговора због заблуде о вредности ако вредност једне престације мање више одговара вредности контрапрестације.“ Хибер 1991, 361. Другим речима, суд неће дозволити поништење уговора због тога што је један сауговорар мислио да његова сопствена престација или контрапрестација вреди више/мање од реалне вредности (а да притом између сопствене и контрапрестације нема диспропорције) већ само ако између сопствене и контрапрестације заиста постоји диспропорција преко (нормалне) мере.

⁵² „Другим речима, то би значило да се накнада, вредност, појављује као ‘универзалан’ апстрактан мотив за све (појединачне) уговоре с накнадом.“ Хибер 1991, 370.

нашки уговори. То се види не само из тога што за поништење због прекомерног оштећења у Скици није био постављен доказ да је оштећена страна била у заблуди већ и из чињенице да је другачије био постављен захтев у односу на висину оштећења („преко пола“ уместо „очигледне несразмере“). Осим тога, треба имати у виду и политичко и економско уређење наше земље у време када је Константиновић писао поменути рад о прекомерно оштећењу и радио на Скици, с којим је много више у складу идеја да се уговор може поништити већ на основу тога што између престација уговорних страна постоји тако претерана неједнакост.⁵³

Ипак, идеја да би прекомерно оштећење требало уредити по објективном принципу не може до краја издржати критику да собом носи озбиљну претњу угрожавања правне сигурности. Ако постоји претерана неједнакост између престација уговорних страна, морамо се запитати чиме је она проузрокована. Начелно, ако није реч о превари, претњи или зеленашком уговору, неједнакост давања се јавља или због намере даривања или због заблуде. А правила о заблуди нас управо уче томе да свака заблуда не води праву да се уговор поништи. Морамо се запитати шта је проузроковало погрешну представу једног сауговорача о одређеној чињеници те није ли је он сам скривио тиме што није поступао с дужном пажњом у промету. Тога је очигледно и Константиновић био свестан, имајући у виду да је у Скици предложио да се поништење, између осталог, не може захтевати када је реч о уговорима у привреди. Ипак, и поред таквог ограничења, остаје питање оправданости и даље прешироко постављеног поља примене установе прекомерног оштећења у Скици.

С друге стране, пак, позитивноправно уређење прекомерног оштећења по субјективном принципу у извесној мери пати од недостатка смисла. Наиме, ако је до очигледне несразмере дошло злоупотребом неповољног стања у коме се нашло оштећено лице, ако је оно на закључење таквог уговора принуђено или је преваром наведено, могу се применити правила о зеленашким уговорима, принудити или превари. У свим осталим случајевима, када је очигледна несразмера последица заблуде оштећеног, чини се да би сасвим довољна могла бити правила о заблуди. Ако се уз то узме у обзир чињеница да се у нашој судској пракси изузетно ретко прихвата поништење уговора применом правила

⁵³ „Како би се усталом могло објаснити да се принцип који потиче из социјалистичког начина гледања на односе међу људима, и који је имао места у многим индивидуалистичким правима, да се тај принцип брише из социјалистичког права? Дакле, не само да овај принцип не треба напуштати, него му треба дати у нашем праву још више места него што га је раније имао.“ Константиновић 1982, 532.

о прекомерном оштећењу, основано се може довести у питање потреба постојања установе прекомерног оштећења. Ипак, због тога не би требало закључити да су правила о прекомерном оштећењу (уређеном по субјективном принципу) потпуно сувишна, а још мање да би лезију због тога требало уредити по објективном принципу. Иако између заблуде и лезије неминовно постоји однос корелације – с једне стране, нема лезије без заблуде, док је, с друге стране, постојање несразмере најсигурнији начин да заблуда буде прихваћена као разлог за поништење теретних уговора – њихови циљеви су различити. Осим тога, правила о лезији нам дају јасније смернице када сауговарач завређује заштиту у случају несразмере између престација него што је то случај са правилима о заблуди у чијем фокусу је заштита воље, а не једнакост давања.

На крају би ваљало поменути да је, без обзира на то што нису усвојене све његове идеје, видљив Константиновићев допринос уређењу установе прекомерног оштећења у нашем праву. Одредба о прекомерном оштећењу из 300 у великој мери одговара тексту предложеном у Скици за законик о облигацијама и уговорима, што значи да је он био добра основа за њено уређење. А уколико се упореди са ранијим решењима, приметно је да су захваљујући његовом темељном проучавању те установе, а нарочито домаће судске праксе, уведена и нова важна правила – као што је искључење могућности одрицања од права да се захтева поништење уговора, опстанак уговора на снази ако друга страна понуди допуну до праве вредности и искључење могућности поништења у одређеним случајевима – чиме је уређење те установе несумњиво подигнуто на висок ниво.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Аранђеловић, Светислав. 3–4/1982. Прекомерно оштећење према Закону о облигационим односима. *Анали Правног факултета у Београду* 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 Chénédé. 2015. *Les grands arrêts de la jurisprudence civile, Tome 2, Obligations, Contrats spéciaux, Sûretés*. Paris: Dalloz.
- [4] Дабих, Снежана. 2018. *Дужност обавештавања при закључењу уговора*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

- [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] Хибер, Драгор. 1991. *Појам битне заблуде при закључењу уговора*, докторска дисертација. Београд.
- [8] Хибер, Драгор. 2/1992. Нескривљеност заблуде. *Архив за правне и друштвене науке* 48: 267–277.
- [9] Константиновић, Михаило. 3–4/1982. Оштећење преко половине и зеленашки уговори. *Анали Правног факултета у Београду* 30: 529–539.
- [10] Константиновић, Михаило. 1996. *Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима*. Београд: Службени лист СРЈ.
- [11] Круљ, Врлета. 1980. Члан 139. Очигледна несразмера узајамних давања. 358–362. *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, ред. Борислав Благојевић, Врлета Круљ. Београд: Савремена администрација.
- [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] Павловић, Ђорђе. 2014. *О обвезностима и уговорима уопште*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [17] Перовић, Слободан. 1980. Члан 139. Очигледна несразмера узајамних давања. 443–449. *Коментар Закона о облигационим односима*, књига прва, ред. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић. Крагујевац: Правни факултет.
- [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.

Др Наташа ПЕТРОВИЋ ТОМИЋ*

**АКТУЕЛНОСТ РАЗЛИКОВАЊА ПРАВА НА НАКНАДУ
ШТЕТЕ И ПРАВА НА ОСИГУРАЊУ СУМУ У ДЕЛУ
МИХАИЛА КОНСТАНТИНОВИЋА: КЛАСИЧНИ
ИНСТИТУТИ И МОДЕРНО ПРАВО ОСИГУРАЊА****

Ауторка настоји да докаже да разликовање права на накнаду штете и права на осигурању своту, као предуслов одрживог развоја осигурања, постоји у делу професора Константиновића. Иако и Скици за законик о облигацијама и уговорима нису регулисане све врсте осигурања које чине актуелну правну стварност, наш уважени професор кристално јасно објашњава да „осигурана сума коју оштећеник добија од Државног осигуравајућег завода не замењује накнаду на коју он има право по општим правилима о накнади проузроковане штете од онога који је одговоран за ту штету“. Та формулација представља азбуку осигурања, чија се актуелност није изгубила ни данас. Штавише, у фокусу је више него икада. Ослонцем у делу професора Константиновића, ауторка аргументује да је српски регулаторни оквир – који сва осигурања посматра из скучене визуре имовинских или осигурања лица – ограничавајући фактор развитка тржишта осигурања. Фаворабилан правни оквир не ограничава услуге осигурања према врсти осигурања већ уважава тип покрића и карактер уговорене престације.

Кључне речи: Скица за законик о облигацијама и уговорима. – Право на накнаду штете. – Право на осигурању своту. – Карактер престације. – Одрживи развој осигурања.

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

** Ауторка захваљује главној и одговорној уредници *Анала Правног факултета у Београду* проф. др Марији Караникић Мирић на позиву и прилици да својим радом допринесе обележавању годишњице смрти знаменитог професора Михаила Константиновића.

1. ОСНОВНА ПОСТАВКА ПРАВА ОСИГУРАЊА

Класично уговорно право осигурања почива на базичној подели на имовинска и осигурања лица (Ćurković 2013, 5–6; Morlet 2003, 9–10). Од почетка XX века, када се у водећим правним културама осигурања почело са кодификацијама тог дела уговорне материје (и својеврсне еманципације уговорног права осигурања од уговорног права генерално!) било је уобичајено да се сваки тип осигурања посматра кроз призму те поделе. Сврставање одређене врсте осигурања у групацију имовинских или осигурања лица повлачило је за собом и примену одређених начела, која у великој мери одређују физиономију и циљну функцију осигурања. А и од практичне су помоћи.

Крајем XX, односно почетком XXI века поменута подела постаје сувише скучена за развој нових производа осигурања, којима се излази у сусрет потребама софистицираних корисника осигурања (Петровић Томић 2013, 122–148). Узмимо као пример тренутно најпопуларнији производ тржишта осигурања – добровољно здравствено осигурање. У питању је високотражени уговор на основу кога се осигуравач обавезује да покрије ризик болести који може довести до смрти, боравка у болници (тзв. болнички дани) или покрића трошкова лечења (Петровић Томић 2019, 708 и след.). Престације које осигуравач преузима прилично су различите и немогуће их је сврстати у чисто имовинске или чисто личне. Слично је и са осигурањем од последица незгоде. На примеру тих изузетно атрактивних производа осигурања потврђује се *застарелост поделе* на осигурање имовине и осигурање лица. Модеран законски модел осигурања прати трендове и напушта поделе које представљају сметњу развоју перспективних производа осигурања. Или бар одредбе које су оцењене као реметилачки фактор или стварају подељену судску праксу.

Данас постоје бројни производи осигурања, без којих се не може замислити живот у XXI веку, који су спретна комбинација елемената осигурања лица и одштетних осигурања. Због тога сврставање у једну или другу групацију осигурања нема онај значај који је имало у време када се уговор о осигурању почео развијати. Могли бисмо рећи да је подела на осигурање имовине и осигурање лица одиграла *историјску улогу у развоју права осигурања*. Она је настала наменски, да омогући позиционирање осигурања међу институтима приватног права повезујући их са подручјем имовинских или личних ризика. Ступањем у нови век, актуелно постаје питање правног режима који ће се примењивати на све бројније врсте осигурања, посебно оних нових (мешовитих). Херметички приступ заснован на инсистирању

на традиционалној подели показао се као неупотребљив. Према ставу угледног немачког правника, квалификација уговорних престација осигурања треба да зависи првенствено од онога што у уговору пише, то јест како је одређена обавеза осигураваача (Lorenz 2009, 20–21). На истој линији резонувања је и француски Касациони суд, који сматра да је воља уговорних страна кључна за одговор на питање да ли уговор о осигурању има функцију обештећења. Заправо, тај угледни суд сматра да је за утврђивање такве воље довољно унети у уговор једну клаузулу: *клаузулу о суброгацији осигураваача*.¹ Подразумева се да та клаузула мора бити јасна, прецизна и недвосмислена, унета у полису на начин да скреће пажњу осигуранику. Ако се предложени критеријум усвоји и за наше право, то би могло да смањи број спорова у вези са правном природом одређених осигурања и да повећа степен правне сигурности.²

Спор који код нас не губи актуелност, за шта имамо да захвалимо искључиво неизграђеном регулаторном оквиру и судској пракси без имало слуха за специјалне правне режиме, тиче се суштински утврђивања правне природе престације осигураваача. Да ли је она једино детерминисана врстом ризика који је осигураваач примио у покриће? Да ли пријем у покриће ризика који је окарактерисан као имовински (неживотни) аутоматски повлачи претпоставку да је престација осигураваача *ipso facto* усмерена ка накнади штете? И *vice versa*: да ли су сва осигурања лица свотна? У упоредном праву: и осигурања лица могу поимити одштетни карактер, ако је то воља уговорних страна. Та воља се испољава тако што се у уговор уносе критеријуми који утичу на обавезу осигураваача и којима се недвосмислено потврђује њен одштетни карактер: исплата накнаде из осигурања према висини стварне штете-

¹ Француски Касациони суд је заузео овај став у вези са питањем да ли уговори о осигурању од последица незгоде имају одштетни или фиксни карактер. Наиме, осигураваач који се бави пословима осигурања лица може унети у уговор клаузулу о суброгацији. Том клаузулом, која се често среће у осигурању од последица незгоде, прецизира се да престације осигураваача имају одштетни карактер, што отвара врата суброгационом захтеву осигураваача. У таквом случају, одштетни карактер престације осигураваача произлази из начина процене штете коју трпи осигураник: она се процењује према општим правилима грађанског права, тј. утврђује се стварно претрпљена штета. Видети: Morlet, 2003, 250.

² Уосталом, једно од најспорнијих питања је да ли забрана суброгације важи и у осигурању од последица несрећног случаја. Логика која постоји у нашој осигуравајућој пракси потпуно је супротна ономе што предлагемо: код нас се уговор разврстава у одређену категорију (осигурање имовине или осигурање лица) да би се на основу тога закључило да ли долази до суброгације. Такав пут је компликованији и противан интересима потрошача.

те, коефицијенту неспособности и годинама осигураника, уношење клаузуле о суброгацији осигуравача итд. Ако желимо да подстакнемо даљи развој тих осигурања, неопходно је да се и у наш правни поредак имплементира подела на свотна и одштетна осигурања, *explicite* или *implicite*.

У делу професора Константиновића налазимо зачетак идеје која је поставила темеље уговорног права осигурања и дала ветар у леђа развоју те гране права у бившој Југославији. Он, наиме, увиђа да осигурање одражава промене у основним правним установама попут својине, уговора и одговорности и да, стога, постоји „тенденција постепене супституције осигурања одговорности“ (Константиновић 1982, 572). Али, Константиновић је пре више од пола века јасно казао да појава објективне одговорности за штету не значи потискивање субјективне одговорности. У нашем праву – а то је случај и са другим правним системима – постоје оба система одговорности, као и одговорност на основу правичности (Константиновић 1992, 1154).³ Штавише, када се пажљиво анализирају његови чланци, могуће је уочити и елементе из којих произлази да он препознаје поделу осигурања коју наш регулаторни оквир још увек није формалноправно прихватио. Захваљујући његовој визији, коју је у својим делима разрадио и надоградио професор Шулејић, етаблирана је подела која је у оно време била модерна и општеприхваћена у најрепрезентативнијим правним системима осигурања. Захваљујући томе, створени су предуслови за развој права осигурања. Место у историји права осигурања професор Константиновић заслужује највећим делом захваљујући јасном разликовању права на осигурану суму и права на накнаду штете.

2. РАЗЛИКОВАЊЕ ПРАВА НА НАКНАДУ ШТЕТЕ И ПРАВА НА ОСИГУРАНУ СУМУ У ЗОО – КЛАСИЧНИ ИНСТИТУТИ И ПРАВО ОСИГУРАЊА

Подела на осигурање имовине и осигурање лица носи епитет *традиционална* (Groutel, Leduc, Pierre, Asselain 2008, 4–5; Bonnard 2012, 9; Abravanel-Jolly 2017, 12–13; Buch 2003, 29–34).⁴ У Француској је

³ Подсећања ради, професор Константиновић је био „ђак“ једног од најпознатијих професора оног доба: Луја Жосрана (фр. *Louis Josserand*), једног од оснивача теорије објективне одговорности за проузроковану штету.

⁴ Због тога већина теоретичара, домаћих и страних, у уџбеницима и монографијама, полази од те поделе као најстарије и законски утемељене.

та подела уведена законом из 1930. године. До доношења тог закона осигурања се нису делила на она којима се штити имовина и она којима се штите интегритет и живот осигураника. За сва осигурања је важило да су закључена са циљем обештећења жртве. И чувени француски познаваоци осигурања *Picard* и *Besson* сматрали су да се два типа осигурања суштински не разликују (Morlet 2003, 249). Концепција Скице за законик о облигацијама и уговорима (даље: Скица), као и нашег Закона о облигационим односима⁵ почива на дуалистичкој подели, коју прате и посебна правила за осигурање имовине и осигурање лица (Петровић Томић 2019, 161–167). Осигурање имовине се дели на: осигурање ствари и осигурање од одговорности.⁶ Када је реч о осигурању лица, у позитивном праву регулисани су осигурање живота и осигурање од последица несрећног случаја, док се добровољно здравствено осигурање уопште не помиње. Оно је, након усвајања Закона о здравственом осигурању, делимично уређено, што се може оценити као помак у односу на вишедеценијски *status quo*. То не умањује хроничну потребу за усвајањем посебног Закона о уговору о осигурању, којим би се тај производ осигурања регулисао у складу с упоредним трендовима.

Искусном познаваоцу права осигурања нарочито смета константно мешање традиционалне шеме са критеријумом природе престације осигуравача. И то је деценијски манир наших, а и страних теоретичара, у чему ни практичари не заостају. Наиме, већина аутора се у својим радовима приликом објашњења те поделе не задржава на мерилу предмета осигурања већ додаје и *критеријум престације осигуравача*. То „мешање“ различитих критеријума класификације ствара нејасне ситуације у пракси, које резултирају повредом права и интереса осигураника или повредом фундаменталних правила уговора о осигурању. Ствар је постала утолико проблематичнија појавом мешовитих производа осигурања, чији је развој на нашем тржишту успорен услед ограничења која произлазе из застарелог регулаторног оквира. Проблем дерегулације у не-

⁵ Закон о облигационим односима – 300, *Службени лист СФРЈ* 29/78, 39/85, 45/85, 45/89 – одлука УСЈ И 57/89, *Службени лист СРЈ* 31/93, *Службени лист СЦГ* 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС* 18/2020.

⁶ У осигурање ствари спадају: осигурање од пожара, од провалне крађе и разбојништва, осигурање машина од лома, каско осигурање моторних возила, осигурање усева и плодова, шомажно осигурање итд. Осигурање од одговорности традиционално се дели на осигурање од опште одговорности и осигурање од одговорности за штете од употребе моторних возила.

ким случајевима резултира креативношћу осигуравача, који у услове осигурања уносе одредбе којима се додатно погоршава ситуација у вези са неким производом осигурања на нашем тржишту.

Нико се фундирано не може залагати против поделе на осигурање имовине и осигурање лица, која је дубоко укореењена у свести законодавства и тржишта осигурања. Она без сумње треба да о(п)стане, али наш регулаторни оквир треба обогатити додатним класификацијама, које увелико „живе“ у развијеним законодавствима, а које је изнедрила пракса. Прва на листи је категоризација према врсти престације осигуравача. Она се савршено уклапа у принцип слободе уговарања у домену уговорног права осигурања.⁷ Иако смо у више наврата елаборирали да слобода уговарања трпи бројна ограничења у осигурању (Петровић Томић 2020, 100–127), она данас оживљава управо креирањем производа осигурања за које се, због тога што није могуће ближе и тачније одредити њихову правну природу, користи термин *хибриди* (Петровић Томић 2021, 325–341). Довитљивошћу праксе осигурања, која се не придржава стега круте поделе на осигурање имовине и осигурање лица, осигурање наставља да руши стереотипе и да грађанима пружа управо оне производе осигурања који се могу назвати *корисним* покрићем. Наиме, акценат свих реформи које се последњих година спроводе у домену дистрибуције у осигурању је на увођењу гаранција да ће потрошач прибавити корисно покриће, оцењујући спрам „теста жеља и могућности“.⁸ Ако се регулаторни оквир не измени тако да се омогући квалификација престације осигуравача према ономе што у уговору пише, а не према томе да ли је у питању осигурање имовине или осигурање лица, то ће без сумње представљати сметњу за остварење поменутог циља у нашем правном оквиру.

На основу познавања не само законских решења упоредног права већ и теорије, сматрамо да се спор поводом квалификације осигурања од последица незгоде и добровољног здравственог осигурања превазилази увођењем поделе према предмету престације осигуравача. Како је реч о производима осигурања који могу дати ветар у леђа тржишту осигурања, постоји и практичан разлог да се олакша њихова продаја.

⁷ Генерално о слободи уговарања: Перовић 1975, 5–21; Орлић 1993, 19–35.

⁸ Пракса је показала да велики број спорова у вези са осигурањем настаје услед прибављања производа осигурања који није прилагођен потребама потрошача или му једноставно није потребан.

3. ОД КЛАСИЧНЕ (ДУАЛИСТИЧКЕ) ДО (МОДЕРНЕ) ПОДЕЛЕ НА ОДШТЕТНА И СВОТНА ОСИГУРАЊА У ПРАВУ ОСИГУРАЊА

3.1. Продукт законодавства и праксе

Дерегулација која у овом тренутку постоји у домаћем законодавству има бројне негативне консеквенце. *Неприхватљиво је, и са становишта теорије и са становишта праксе, мешање различитих критеријума поделе приликом одређивања правног режима који ће бити примењен на производе осигурања.* Које опције стоје на располагању српском законодавцу? Прва је да изричито помене поделу на одштетна и свотна осигурања.⁹ Друга, изгледнија, јесте да приликом израде секторског уговорног закона у одељак о осигурању лица унесе правила из којих произлази да обавеза осигуравача и у осигурању лица – ако је тако уговорено – може да се састоји у накнади штете. Ако бисмо кренули путем „позајмица из упоредног законодавства“, друга опција је далеко заступљенија од прве.¹⁰ Што се тиче српског права, за почетак је довољно да се, осим правила која важе за осигурања лица генерално, уведу и посебна правила за сва три типа осигурања лица. И да се приликом нормирања осигурања од последица незгоде и добровољног здравственог осигурања избегну решења из којих произлази да се обавеза осигуравача увек састоји у исплати унапред уговорене суме осигурања.¹¹

Упоредноправно посматрано, већина модерних уговорних извора осигурања, на челу са првокласним правним системима – немачким и француским – свет осигурања посматра из визуре одштетних и свотних осигурања.¹² Заправо, што се тиче Немачке, и пре усвајања Закона о уговору о осигурању 2007. године, у теорији и пракси је постојала подела на одштетна (нем. *Schadensversicherung*) и свотна осигурања (нем.

⁹ То би било сјајно, али и без тога се пракса може развијати.

¹⁰ Тај термин професор Константиновић употребљава у образложењу Скице.

¹¹ Заправо, елементи те поделе већ постоје у нашем праву. 30 је сврстао осигурање од последица незгоде и здравствено осигурање у неживотно осигурања, те је тиме поставио темељ, који би требало разрадити секторским уговорним законом.

¹² И Принципи европског уговорног права осигурања (енг. *Principles of European Insurance Contract Law*) полазе од поделе на одштетна осигурања (енг. *indemnity insurance*) и осигурања са фиксним износом (енг. *fixed sum insurance*).

Summenversicherung).¹³ Одштетни карактер осигурања налаже обавезу осигуравача да исплати накнаду из осигурања која одговара штети (издацима, трошковима) коју је осигураник претрпео услед наступања осигураног случаја, независно од тога којој врсти осигурања припада уговорено покриће. Насупрот одштетним стоје осигурања закључена на одређену суму, чији је циљ исплата унапред одређеног износа, независно од тога да ли је осигураник претрпео имовинску штету.^{14, 15} Кључна разлика између тих подела је у непримени начела обештећења и свих правила која из тога произлазе у свотним осигурањима.¹⁶ Крuciјално за разумевање односа традиционалне и модерне поделе – које смо трамо прихватљивим и за српско право *de lege ferenda* – јесте да само осигурања лица могу бити закључена као осигурања на одређену суму (капитална, паушална), док то није случај са имовинским.¹⁷ Али, то не мора увек бити случај. *Претпоставка свотног карактера осигурања лица је, дакле, оборива.* Постоје и осигурања лица са одштетним карактером. Приликом одређивања правног режима у фокусу је оно што је уговорено у погледу обавезе осигуравача кад настане осигурани случај, а не правила која произлазе из сврставања осигурања у неки тип покрића. Најбољи пример је добровољно здравствено осигурање,

¹³ У немачком праву постоји разлика између осигурања од штете, које је и термилолошки изричито поменуто у наслову друге главе, и осигурања на новчану суму, које није изричито поменуто као такво (Ђорђевић, Самарџић 2014, 44).

¹⁴ У немачкој теорији се истиче да одштетна осигурања одговарају конкретној потреби за покрићем (нем. *konkret Bedarfsdeckung*), док осигурања закључена на одређену суму одговарају апстрактној потреби за покрићем (нем. *abstrakt Bedarfsdeckung*). И док се у немачком закону изричито помињу одштетна осигурања и посвећује им се посебан одељак, термин осигурања закључена на одређену суму није употребљен у закону. Упоредити: Wandt 2010, 13–14.

¹⁵ Док се прва категорија поклапа са појмом осигурања имовине из нашег права (обухвата осигурање ствари и осигурање од одговорности), друга категорија је слична нашем осигурању лица (осигурање живота, осигурање од последица незгоде и добровољно здравствено осигурање).

¹⁶ С друге стране, постоји мање значајна подела на осигурања лица (нем. *Personenversicherung*) и нелична осигурања (нем. *Nichtpersonenversicherung*). Нелична осигурања су негативно одређена: то су сва осигурања која се не могу сврстати у осигурања лица.

¹⁷ Најједноставније је то објаснити на примеру осигурања живота: у том типичном осигурању лица осигуравач се обавезује да, када наступи осигурани случај, исплати износ који је унапред уговорен са уговарачем осигурања. Видети: Lorenz 2009, 19–20.

које се у немачком праву цитира као осигурање лица са одштетним карактером: осигуравач покрива штете које је осигураник претрпео услед плаћања трошкова лечења одређене болести.¹⁸

Да бисмо приближили колико је из угла праксе фундирана подела према врсти престације осигуравача, круцијално је да се *штета може јавити и као последица остварења ризика на личним добрима осигураника*.¹⁹ Такав закључак не произлази из дуалистичке поделе. По онима који осигурања посматрају из скучене визуре имовинских или осигурања лица, суштинска разлика између њих састоји се у томе да се ризик у области осигурања имовине остварује на имовинском добру и да захтева да обавеза осигуравача буде усмерена ка накнади штете коју осигураник трпи услед тога. *A contrario*, ризик код осигурања лица се остварује на личним добрима осигураника и као такав повлачи паушални карактер обавезе осигуравача. Међутим, то не може да буде генерални став, нарочито не у актуелном тренутку. Код неких врста осигурања лица, повреда која настаје на личном добру услед остварења осигураног ризика ствара бројне издатке, који могу бити обухваћени осигурањем. Осигураник, дакле, трпи штету упоредиву са штетом након остварења ризика на имовинским добрима, те има интерес да од осигуравача захтева да престација покрива и те последице. Из тих разлога је *немогуће изједначавати предмет осигурања и врсту обавезе осигуравача*. Дакле, лично добро као предмет ризика не повлачи *ipso facto* и искључиво свотни карактер престације. Осим тога, такав приступ често води неправичним решењима. Због тога је *регулаторни оквир осигурања који не признаје одштетни карактер престације осигуравача код осигурања лица ограничен* и представља сметњу развоју осигурања за која се тврди да чине пети стуб система социјалне заштите.

Поделу на осигурање имовине и осигурање лица наше право и пракса познају већ више од четрдесет година и сада је тренутак да се она надогради увођењем још једне класификације која би утицала на

¹⁸ И у француском праву увелико постоји подела на осигурања са функцијом обештећења и осигурања која немају функцију обештећења. Bigot 2007, 94; Morlet 2003, 249.

¹⁹ „...есенцијално за разумевање поделе на свотна и одштетна осигурања коју предлагемо и за наше право је да природа ризика – лично или материјално добро – није одлучујући критеријум квалификације осигурања, већ оно што је за одређени ризик уговорено. Иако осигурани ризик погађа лично добро осигураника, ако његова реализација доводи до штетних последица по осигураника њему се излази у сусрет уговарањем престације осигуравача одштетног карактера. Штета се јавља и као последица повреде неког личног добра, што се одражава на врсту престације осигуравача и начин на који се она одређује“. Петровић Томић 2019, 496–497. Упоредити: Hofmann, 1991, 28.

решавање практичних проблема у вези са хибридним производима осигурања. Тиме би се на законском нивоу потврдило да специјални правни режими треба да уживају правовремен и адекватан законски одговор.

Какав је однос нове и традиционалне поделе? Прво и најважније, могу да коегзистирају. Заправо је пожељно да правни поредак буде богат класификацијама, будући да се сврставањем у одређену под-групу аутоматски обезбеђује примена специјалног правног режима. То је изузетно корисно за нове типове покрића, који се често јављају као продукт праксе. Друго, да ли је могуће ставити знак једнакости између одређених класификација? Или бар уочити одређене правилности у њиховом односу са другим класификацијама? Док се између осигурања имовине и одштетних осигурања генерално може ставити знак једнакости (јер су сва осигурања имовине закључена са циљем обезбеђења накнаде штете од осигураваача и у том смислу су одштетног карактера те нису пуноважни споразуми којима би осигураваач пристао да исплати више него што је претрпљена штета, као ни споразуми којима се унапред уговара износ накнаде штете),²⁰ осигурања лица су контроверзна. Она се, наиме, најчешће поклапају са свотним осигурањем (осигураваач исплаћује унапред уговорени износ осигуране суме), али не можемо пренебрегнути чињеницу да је и у неким осигурањима лица обавеза осигураваача, макар делимично, одштетног карактера (Binon 2007, 29–30).

За праксу ће у будућности бити значајно и питање које врсте осигурања лица су свотног карактера, а које одштетног? Да ли нека врста може бити и свотна и одштетна? Које престације су свотне, а које одштетне? Осигурање живота је искључиво паушално то јест свотно осигурање, што је ноторно и код нас и у страним законодавствима. За разлику од осигурања живота, *престације осигураваача код осигурања од последица незгоде и добровољног здравственог осигурања нису искључиво унапред квантитативно одређене или одредиве на основу унапред дефинисаних параметара, без икакве релације са потенцијалном штетом* (Binon 2007, 31–32). Наиме, та осигурања лица показују, у појединим типовима покрића, карактеристике одштетних осигурања, што је у страној пракси већ увелико афирмисано. Када је уговорено

²⁰ И та тврдња је релативизиована у савременом праву. Као пример можемо узети уговорену и нову вредност. У првом случају се унапред уговара вредност од које ће се поћи приликом одмеравања износа накнаде из осигурања, док се у другом свесно занемарује стопа амортизације, чиме се директно одступа од начела обештећења. Све то под окриљем прилагођавања имовинских осигурања потребама савремених осигураника. И то је потпуно оправдано.

плаћање трошкова лечења (а по некима и изгубљене зараде) као последице наступања несрећног случаја, обавеза осигураваача се одмерава и испуњава на сличан начин као у другим одштетним осигурањима. Исто важи и за трошкове лечења који су обухваћени добровољним здравственим осигурањем.

Право осигурања као грана права и правне науке има будућност само ако се постави флексибилније према потребама софистицираних корисника. Право осигурања јесте настало из грађанског права и као такво у значајној мери одражава онај степен формализма кога се грађанско право вероватно никада неће ослободити. То је у неку руку оправдано. С друге стране, као незаобилазан део заштите потрошача, право осигурања обавезују одређене процедуре, којима се гарантује потребан ниво заштите слабије стране. Не споримо оправданост ни једне ни друге карактеристике. Али, будућност осигурања видимо у прилагођавању измењеним приликама и креирању мешовитих производа осигурања. Под тим мислимо на комбинације елемената различитих врста осигурања у једном производу осигурања. Само такав приступ може обезбедити *одрживи развој права осигурања*. Ако осигурање по понуди производа и правној регулативи наликује ономе што смо имали почетком XX века, то би значило да није остварен никакав напредак и да је оно херметички затворено за измене које диктира живот у савременом друштву. Сам историјски развој права осигурања обавезује да се иде у корак са временом, односно корак испред класичних института грађанског права.

О потреби прилагођавања закона потребама друштва професор Константиновић говори у контексту образложења Скице: „Али како се потребе праксе, нарочито привредне праксе, мењају, то сваки закон временом почиње да заостаје за потребама друштва. То је општа истина и она се може лако проверити данас, у време убрзане еволуције односа изазване добрим делом наглим техничким развитком. У примени, нарочито у судској примени, врши се стално прилагођавање закона потребама живота и тај се процес никад не зауставља. Тај процес није увек лак, те најзад дође час када закон дође у сукоб са животом, и настане потреба за интервенцијом законодавца. Интервенција законодавца временом постане неминовна, али при изради неког закона, а нарочито при изради неког законика, потребно је поступити тако да до те интервенције дође што доцније. Када је могуће предвидети правац еволуције, онда је лако подесити да законске одредбе не дођу у опреку са потребама живота. Иста сврха може се постићи ако неке одредбе закона, место да буду круто формулисане добију облик гибких директива, општих стандарда“ (Константиновић, 1996, 35).

3.2. Разликовање права на накнаду штете и права на осигурану суму у делу професора Константиновића – претеча поделе на одштетна и свотна осигурања

Питање односа између права на накнаду штете и права на осигурану суму насталих из истог основа поставило се поводом обавезног осигурања путника од несрећног случаја у судској пракси СФРЈ. Том приликом Врховни суд је донео решење којим је указао на погрешан став нижих судова, који су развили праксу да одбијају исплату накнаде штете која се десила по истом основу који је довео до права на исплату суме осигурања.²¹ То питање је, иначе, на недвосмислен начин било уређено у Скици: „Право на накнаду од трећег лица одговорног за наступање осигураног случаја припада уговориоцу осигурања односно кориснику, независно од његовог права на осигурану своту“ (чл. 925, ст. 2). У коментару тог решења и уопште судске праксе професор Константиновић исправно примећује разлику између права на осигурану суму (које се остварује према условима осигурања) и права на накнаду штете (према општим правилима одштетне одговорности). Иако је у Скици било регулисано само осигурање живота, када се у пракси појавило спорно питање у вези са осигурањем од несрећног случаја, професор Константиновић није имао ни најмању дилему како разрешити тај за судску праксу нижих судова правни галиматијас.

„Оштећенику припада право на накнаду од железница по општим правилима нашег права, ако су испуњени услови постављени тим правилима. Он то право не губи тиме што је услед обавезног осигурања стекао једно ново право према Државном осигуравајућем заводу. Иначе, то би значило да би установом обавезног осигурања, за које искључиво они плаћају премије, положај путника био погоршан, што би било апсурдно. У питању су два потпуно одвојена односа: однос између путника и железница и однос између путника и Државног осигуравајућег завода. Право на осигурану суму коју оштећеник може да захтева од Државног осигуравајућег завода заснива се на осигурању. Оно потиче из његових односа са тим заводом и налази се потпуно ван његових односа са железницама. *Осигурана сума коју оштећеник добија од Државног осигуравајућег завода не замењује накнаду на коју он има право по општим правилима о накнади проузроковане штете од онога*

²¹ „Погрешан је правни став суда првог степена да тужиоци по истом основу по други пут остварују право на накнаду, јер накнада коју су примили од ДОЗ-а има свој основ у уговору о осигурању, а накнада која се тужбом тражи има свој основ у уговору о превозу“ (Решење Врховног суда НР Србије. Гж-38/51 од 16. фебруара 1953).

који је одговоран за ту штету. То није ни сврха осигурања. Његова сврха је да осигура оштећенику извесну суму ако се догоди осигурани случај, а не да покрије одговорност онога који је дужан да накнади штету. Зато оштећеник може захтевати накнаду целокупне штете од онога ко је за њу одговоран, и та накнада може бити много већа од осигуране суме“ (Константиновић 1982, 500).

Реч је о кумулирању права из осигурања и права на накнаду штете у случају чисто свотних престација, институту који не губи значај ни у условима тржишта и модерне привреде. Заправо, под утицајем социјалистичких заблуда, судска пракса је погрешно резоновала и једно кристално јасно правно питање замагљивала смо зато што је полазна премиса била упливисана логиком која не уважава елементарне поставке права. За разлику од нефундиране судске праксе, проф. Константиновић упозорава: „...у случају осигурања лица од несрећних случајева, чија је сврха да обезбеди кориснику исплату одређене суме новца (осигуране суме) чији је износ утврђен унапред, ако се деси предвиђени случај (осигурани случај). У овом случају кориснику треба признати поред права да захтева од осигураоца исплату осигуране суме, још и право да се окрене против штетника и да од њега захтева накнаду, дакле да кумулира осигурану суму и накнаду. Осигурана сума коју се осигуралац обавезује да плати у овом случају нема карактер накнаде, као што је то случај са износом који осигуралац плаћа у случају имовинског осигурања, који има чист карактер накнаде. Код осигурања од несрећног случаја, износ осигурања суме утврђују стране уговорнице слободно још приликом закључења уговора, или је он одређен унапред неким општим прописом код обавезног осигурања, и осигуралац дугује исплату тог износа кад се деси осигурани случај без обзира на то да ли постоји штета, а кад штета постоји, без обзира на то колика је. Величина осигуране суме не зависи од величине штете. Њом осигуралац не накнађује штету коју је осигураник претрпео, већ врши своју обавезу из уговора. Осигураник не заснива своје право према осигураоцу на претрпљеној штети, већ на алеаторном уговору о осигурању или обавезном осигурању, пошто се одређени неизвесни догађај остварио. Да би имао право на осигурану суму кад се одређени догађај оствари, осигураник је платио премије. Осигурана сума одговара тим премијама, а не евентуалној штети. Она не треба да буде сметња да осигураник захтева од одговорног лица накнаду проузроковане штете. Право на осигурану суму и право на накнаду штете имају, дакле, различите сврхе и различите подлоге, и због тога осигуранику треба признати кумулативно и једно и друго“ (Константиновић 1982, 504).

4. КВАЛИФИКАЦИЈА ОСИГУРАЊА ОД ПОСЛЕДИЦА НЕЗГОДЕ И ДОБРОВОЉНОГ ЗДРАВСТВЕНОГ ОСИГУРАЊА У ИЗМЕЊЕНОМ КОНТЕКСТУ

4.1. *De lege lata*

За недовољног познаваоца права осигурања осигурање од незгоде је прилично контроверзно: из угла облигационог права, то је осигурање лица, док је у статусним изворима новијег датума подврста неживотног осигурања (30, чл. 9).^{22, 23} Због тога се поставља питање каква је правна природа те врсте осигурања. Далеко од тога да је то само академска дилема. Наша вишедеценијска судска пракса доказује да од одговора на то питање зависи који правни режим ће бити примењен на уговор о осигурању од последица незгоде.²⁴

Да пођемо од Скице, како ред налаже. У њој нема одредаба о осигурању од последица незгоде. У одељку Скице насловљеном „Осигурања лица“ регулише се само уговор о осигурању живота. Због тога је и питање кумулирања накнаде и осигураних своте уређено полазећи само од карактера престације осигурања живота. У томе и јесте највећи пропуст редактора 300. Они су преузели одредбе Скице из дела посвећеног осигурању лица не уважавајући околност ком типу осигурања су оне суштински намењене. То ће, као што је познато, створити „јуристичку конфизију“ (Перовић 1996, 7). Да ствар буде гора, редактори се нису задржали на погрешном преузимању одредбе прилагођене једној врсти осигурања лица већ су је обогатили додатним ставом, који је кумовао настанку правне несигурности највећег степена.

Важећи регулаторни оквир, дакле, садржи низ одредаба које сматрамо *сметњом за правилно одређење правне природе овог типа осигурања*. У 300 се прави дистинкција између врсте престација осигураваача већ у члану у коме је дефинисан уговор о осигурању. Уговорни закон каже да се уговором о осигурању обавезује уговарач осигурања да плати одређени износ организацији за осигурање (осигураваач), а организација се обавезује да, ако се деси догађај који представља осигурање,

²² Закон о осигурању – 30, *Службени гласник РС* 139/2014 и 44/2021.

²³ Добровољно здравствено осигурање се помиње само у статусним изворима (где је распоређено у групу неживотних осигурања), док се регулатива материјалноправних питања донедавно налазила у подзаконском извору – Уредби о добровољном здравственом осигурању. Због значаја тог осигурања оно је однедавно законски уређено – Законом о здравственом осигурању.

²⁴ Што се тиче добровољног здравственог осигурања, судска пракса која би се бавила тим питањем за сада није доступна.

гурани случај, исплати осигуранику или неком трећем лицу накнаду, односно уговорену своту или учини нешто друго.²⁵ Законодавац је добро кренуо (можда и несвесно!), али је проблем за праксу настао зато што се обавеза осигуравача посматра у контексту једине поделе коју познаје 300, а која представља камен спотицања. Различит карактер престације осигуравача произлази из члана који носи наслов „Сврха осигурања имовине“ и члана који носи наслов „Утврђивање осигуране своте“.²⁶ Законодавац инаугурише принцип обештећења и каже да се осигурањем имовине обезбеђује накнада за штету која би се десила у имовини осигураника због наступања осигураног случаја.²⁷ То је програмско начело свих имовинских осигурања те је немогуће закључити уговор којим се уговара паушална накнада штете или износ накнаде већи од претрпљене штете. То не важи у осигурању лица. 300 каже да се у осигурању лица висина осигуране своте коју је осигуравач дужан исплатити када наступи осигурани случај утврђује у полиси према споразуму уговорних страна.²⁸ Притом помиње само животно осигурање и осигурање од несрећног случаја, док је добровољно здравствено осигурање изостављено.

Ако језички тумачимо прву одредбу из одељка о осигурању лица, долазимо до сазнања да је престација осигуравача у осигурању лица искључиво свотна. Да ли је заиста тако? Да ли 300 усваја претпоставку свотног карактера осигурања лица? Да ли је то императивна одредба? Или полуимперативна, па се од ње може одступати ако је то у несумњивом интересу осигураника? Да ли то значи да 300 *implicite* познаје свотна осигурања и везује их за осигурања лица?

Да 300 *полази од свотне природе осигурања лица* потврђује и члан којим се уређује кумулирање. Осим што је наслов прилично нетачан (јер се у осигурању лица, држећи се чл. 942, ст. 1, не исплаћују накнаде већ искључиво осигуране суме), тај члан је један од најконтроверзнијих имајући у виду његов утицај на судску праксу у вези са уговором о осигурању. Пошто осигуравач исплати осигурану своту, 300 каже да не може имати ни по ком основу право на накнаду од трећег лица одго-

²⁵ 300, чл. 899, ст. 1.

²⁶ У Скици изнад члана којим се регулише начело обештећења стоји наслов: СВРХА ИМОВИНСКОГ ОСИГУРАЊА: НАКНАДА ШТЕТЕ (чл. 903), док члан који регулише осигурања лица носи наслов: УТВРЂИВАЊЕ ОСИГУРАНЕ СВОТЕ (чл. 919).

²⁷ 300, чл. 925, ст. 1. Скица је доста јаснија: „Имовинска осигурања имају за сврху накнаду штете која би се десила у имовини осигураника услед остварења одређеног ризика“ (чл. 903, ст. 1).

²⁸ 300, чл. 942, ст. 1; Скица, чл. 919.

ворног за наступање осигураног случаја. То право припада осигуранику, односно кориснику, независно од његовог права на осигурану своту. То би се могло разумети, да законодавац није увео изузетак који каже да се одредбе претходних ставова *не односе на случај када је осигурање од последица несрећног случаја уговорено као осигурање од одговорности*.²⁹

Уместо да критикујемо допуњену одредбу Скице, можда је паметније да се запитамо да ли би социјалистички законодавац предвидео изузетак од примене кумулације осигуране суме и накнаде штете да је био „начисто“ о правној природи престације осигуравача осигурања од последица незгоде? Да је престација увек свотна, не би било потребе да се регулише изузетак од допуштености кумулације. Ондашњи законодавац познаје само поделу на осигурање имовине и осигурање лица и покушава да и питање координације права из осигурања и права на накнаду штете реши полазећи од те поделе. И прави две грешке. Прво, погрешно дозвољава кумулацију у осигурању лица као генерално правило, без уважавања разлике између животних и осигурања од последица несрећног случаја.³⁰ У одбрану социјалистичког законодавца може

²⁹ Према нашој судској пракси, та одредба се првенствено односи на осигурање које закључују послодавци, а где су запослени осигураници и корисници права. Међутим, та одредба потенцијално обухвата све случајеве у којима уговорач покрива своју одговорност, која у исто време покрива и незгоде које трпе друга лица. У квалifikацији таквих уговора, судска пракса је пошла од економског критеријума, а не од критеријума заштитне функције. Наиме, узимала је у обзир извор плаћања премија осигурања. Ако су се премије плаћале из средстава послодавца, судови су такав уговор сматрали уговором о осигурању од одговорности. Ако то није био случај, уговор се квалификовао као осигурање од последица несрећног случаја. Разлика између та два приступа имала је и практичне консеквенце по корисника права из осигурања. У првом случају, раднику се приликом досуђивања накнаде штете од послодавца, а посредством његовог осигуравача од одговорности, умањивала накнада за оно што је примио по основу осигурања од последица несрећног случаја. Тиме се његов положај чини знатно неповољнијим у односу на случај када се дозвољава кумулација. Стога у теорији постоји становиште, са којим се слажемо, да се уговор о осигурању од последица несрећног случаја може сматрати уговором о осигурању од одговорности само ако је то у њему изричито наведено. Видети: Ćurković 2009, 193.

³⁰ Директива 73/239 о усаглашавању законских, подзаконских и административних аката који се односе на отпочињање и обављање делатности директног осигурања, осим осигурања живота (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). Наиме, Анексом А Прве неживотне директиве набројани су уговори о осигурању у којима се обавеза осигуравача састоји у накнади штете. То су уговори о осигурању који обухватају следеће ризике:

се изнети аргумент да у оно време ни у Европи није била развијена свест о потреби разликовања животних и неживотних осигурања. Та дистинкција је заслуга Прве неживотне директиве, која је усвојена 1973. године. Временски и математички посматрано, у време када се радило на 300, тек је требало да заживи идеја о јасном разграничењу послова животног и неживотног осигурања. За државу у којој је доминантна била контролисана привреда и која је на осигурање гледала као на егзотичан производ, сазнања о врстама осигурања нису приоритет највишег степена. Друго, 300 уводи непрецизно дефинисан изузетак који се тиче осигурања од последица несрећног случаја које је закључено као осигурање од одговорности, у ком случају забрањује кумулацију права.³¹ То је врло спорно решење јер није прецизирано у којим случајевима осигурање од последица незгоде постаје осигурање од одговорности.³² То дословно значи да ако у неком случају суд није довољно фамилијаран са осигурањем, због чега неће бити у стању да препозна да ли је *in concreto* осигурање од последица незгоде закључено као осигурање од одговорности, дозволиће кумулацију права. *In ultima linea*, такво резонување води неоснованом обогаћењу осигураника, који може да оствари две накнаде за исту штету, једну од осигураваача (који одговара на основу уговорне одговорности и који би одбијањем да исплати накнаду повредио синалагматичност уговора о осигурању), а другу од штетника. Иначе, у вези са спорним ставом чл.

несрећни случај (укључујући и незгоду на раду и професионално обољење), болест, одговорност за копнена возила, железничка возила, ваздухоплови, бродови, губитак или оштећење ствари у саобраћају, одговорност од пожара и других природних сила, одговорност за осталу штету у имовини, одговорност за управљање моторним возилом, одговорност за управљање авионом (укључујући и одговорност превозиоца), одговорност за управљање бродовима (укључујући и одговорност превозиоца), општа одговорност, одговорност за враћање кредита и кад наступи стечај, одговорност у вези са јемством, финансијски губици и ризик при запошљавању и осигурање правних трошкова.

³¹ Можда би се могло рећи да је ондашњи законодавац *implicite* наслутио да у неким случајевима осигурање од последица незгоде има одштетни карактер, а није био довољно вешт како да то изрази. Због тога је покушао да уведе другачији правни режим за осигурање од последица несрећног случаја поистовећујући га са осигурањем од одговорности. Циљно посматрано, законодавац тиме каже да оно има одштетни карактер, те у том случају кумулација права није дозвољена.

³² Питање је да ли би проблем у вези са квалификацијом уговора о осигурању био донекле решен ако се унесе клаузула којом се имплицира одштетни карактер престације? Ако се, примера ради, уведе забрана за осигураника да се одрекне захтева према трећем лицу. Да ли је то уопште могуће имајући у виду одредбе 300?

948 300, након усвајања Закона о обавезном осигурању у саобраћају, обавезно осигурање путника у јавном превозу од последица несрећног случаја може се навести као пример осигурања на које се та одредба не може применити.³³ Наиме, ЗООС изричито каже да осигураник има право на кумулацију осигуране суме и накнаде штете.³⁴ То значи да ЗООС искључује могућност да обавезно осигурање путника у јавном превозу буде закључено као осигурање од одговорности превозиоца.

Када је реч о добровољном здравственом осигурању, у пракси престација осигуравача неће бити у сваком случају чисто свотна, већ ће по начину утврђивања бити сличнија престацијама у имовинским осигурањима (као што је то случај са трошковима лечења). Из тог разлога је у страној теорији уобичајено да се добровољно здравствено осигурање квалификује као мешовит производ осигурања, тачније као лично осигурање које спаја особине и свотних и одштетних осигурања. Најбољи пример је покриће трошкова лечења који настају услед уговором обухваћених болести и који се покривају у стварном износу (Bonnard 2012, 316). Заправо, најтачније је рећи да је то осигурање *хибрид*, то јест да има мешовит карактер и да за њега треба да важи сличан правни режим као за осигурање од последица незгоде.³⁵ Ту долазимо до највећег ограничења нашег регулаторног оквира осигурања. Пошто добровољно здравствено осигурање уопште није поменуто у одељку 300 у којем се уређује осигурање лица, његова квалификација се врши само на основу онога што пише у условима осигурања.

Сврставање добровољног здравственог осигурања у осигурање лица и сходна примена правила која се односе на животно и осигурање од последица несрећног случаја сметња је за адекватну квалификацију тог осигурања. Спорно је и да ли се може применити принцип забране кумулације. Законска солуција отвара питање које правило применити на добровољно здравствено осигурање: генерални принцип о

³³ Закон о обавезном осигурању у саобраћају – ЗООС, *Службени гласник РС* 51/09, 78/11, 101/11, 93/12 и 7/13 – одлука Уставног суда, чл. 17, ст. 3.

³⁴ Судска пракса то потврђује: „Путник има право на осигурану суму по основу обавезног осигурања путника, а независно од тог права и право на накнаду штете по основу одговорности превозиоца.“ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 859/2016 од 28. 6. 2016.

³⁵ Ипак, између та два типа покрића постоји једна значајна разлика: осигурању од последица незгоде се оспорава одштетни, док се добровољном здравственом осигурању оспорава свотни карактер. Истина је на средини. Оба осигурања могу подразумевати различита покрића, те према ономе што је уговорено треба одговорити какав је карактер престације осигуравача.

допуштености кумулације права из осигурања и права од одговорног лица за наступање осигураног случаја? Или изузетак који се односи на осигурање од последица несрећног случаја? Познавање института добровољног здравственог осигурања наводи нас на мишљење да би правни режим кумулације права у тој врсти осигурања требало уподобити правном режиму који важи за осигурање од последица незгоде. Али, изузетке треба уско тумачити, а у 300 се помиње само осигурање од последица незгоде. Све и да није овог правила тумачења, изузетак од допуштености кумулације је тако формулисан да је извор главобоље у судској пракси већ више од четири деценије. То правило није довољно јасно ни из угла осигурања од последица незгоде. Питање је какве би све практичне проблеме створио покушај да се примени и у добровољном здравственом осигурању. Дакле, остаје могућност да се примени принцип из чл. 948, ст. 1 и 2. Таквом тумачењу се противи сазнање да су престације осигуравача у добровољном здравственом осигурању често одштетног карактера. Како допустити кумулацију права из тог осигурања и права од одговорног лица када би тако нешто водило неоснованом обогаћењу осигураника?

Суочени са овим проблемом и свесни чињенице да се у 300 нигде не помиње директно добровољно здравствено осигурање, домаћи осигуравачи су проблем решили уношењем у опште услове осигурања клаузула из којих произлази да је то одштетно осигурање, без обзира на то каква престација је *in concreto* уговорена.³⁶ Уместо довитљивости домаћих осигуравача, залажемо се за уређење добровољног здравственог осигурања у посебном уговорном закону о осигурању. Кључно је да се оно дефинише на јасан начин и да се прецизно одреди која правила из одељка о осигурању лица имају примену и на то осигурање, односно која правила која иначе важе за имовинска осигурања долазе у обзир ако природа престације то налаже.

³⁶ У неким општим условима садржана је одредба о регресу која потврђује одштетни карактер тог типа осигурања. Исправније би било рећи да долази до суброгације осигуравача у права осигураника. Тако стоји да се „права осигураника, односно осигураног лица према трећем лицу које је одговорно за штету, преносе на осигуравача у висини накнаде исплаћене од осигуравача, без прибављања посебне сагласности осигураника“. Такође, условима осигурања се помиње право осигуравача да износ накнаде који је платио штетник одбије од износа накнаде коју треба да плати осигуранику на основу насталог осигураног случаја.

4.2. *De lege ferenda*

Основна дилема коју треба разрешити пре коначног изјашњења о законском уређењу правног режима осигурања од последица незгоде и добровољног здравственог осигурања јесте који је циљ тих осигурања. Да ли је то накнада штете претрпљене услед незгоде или болести? Или је реч о осигурању капитала? Да ли је регулаторни оквир тако конципиран да „тера“ потрошаче који прибављају осигурања лица да уговарају свотне престације? Или им омогућава да, према својим потребама, модификују покриће, оптирајући некада за свотне, а некада за одштетне престације. Повезано са тим је и питање да ли престације осигуравача зависе од постојања и висине штете настале након незгоде или болести? Или су унапред одређене, без икакве релације са евентуалном штетом коју осигураник трпи?³⁷

Све недоумице у вези са квалификацијом осигурања од последица незгоде и добровољног здравственог осигурања потичу од присуства имовинске компоненте. према мишљењу многих аутора, осигураник *настоји да путем тих осигурања поврати материјална средства потрошена након настанка несрећног случаја или болести*.³⁸ Заштитна улога тих осигурања састоји се у санирању штетних (највећим делом имовинских) последица тачно одређеног несрећног случаја или болести.³⁹ Да нема тог осигурања, осигураник би сам сносио све последице несрећног случаја или болести: немогућност рада услед губитка радне способности и пад животног стандарда, трошкове боравка у болници или трошкове лечења итд.

³⁷ У почетној фази развоја осигурања од последица незгоде одговор је био следећи: ово је одштетно осигурање, њиме се ствара обавеза на страни осигуравача да покрије штету коју осигураник трпи услед настанка несрећног случаја, при чему је износ одштете варирао зависно од последица инвалидитета или тренутне неспособности за рад. То становиште је напустила класична доктрина. Видети: Bigot, 507.

³⁸ Стога се за осигурање од последица несрећног случаја каже да представља *осигурање паушално уговорене накнаде*. О томе још и: Ćurković 2009, 11.

³⁹ Према мишљењу неких аутора, штета коју осигураник трпи услед настанка несрећног случаја није елемент од утицаја на висину осигуране суме, чак ни у случају покрића трошкова лечења и изгубљене зараде. Уговором се унапред дефинишу параметри према којима се одређује висина осигуране суме или накнаде коју ће исплатити осигуравач, већ према томе које последице несрећног случаја наступе. Штета или имовински губици осигураног лица, дакле, представљају услов доспелости унапред одређене суме осигурања. У том смислу и осигурања лица која имају изражени одштетни карактер задржавају фиксни карактер осигуране суме. Детаљније: Bonnard 2012, 302.

Наше право је зрело (и презрело!) за увођење још једне категоризације осигурања. Кључно је да се изменама регулаторног оквира осигурања стекну услови за промену деценијске праксе, судске и осигуравајуће, засноване на застарелим законским критеријумима поделе осигурања (Beignier, Hady Yahia 2015, 55–57). Данас је ноторно да и осигурања лица могу попримити одштетни карактер, ако је то воља уговорних страна. Та воља се испољава уношењем у уговор критеријума који утичу на обавезу осигуравача и којима се недвосмислено потврђује њен одштетни карактер: исплата накнаде из осигурања према висини стварне штете, коефицијенту неспособности и годинама осигураника, уношење клаузуле о суброгацији осигуравача итд.⁴⁰ За нашу судску праксу од помоћи може бити оно што је истакао француски Касациони суд у одлуци из 1993. године: „Престације које служе извршењу уговора о осигурању лица за случај незгоде или болести попримају паушални карактер ако су обрачунате према елементима које су стране претходно утврдиле, независно од претрпљене штете.“ Француска судска пракса је прихватила становиште да је за процену карактера престације осигуравача код осигурања лица круцијалан метод процене износа престације (Mimoun 2017, 104–105). Ако уговор не садржи посебна правила о томе како ће се утврђивати висина престације већ се примењују општа правила грађанског права, то указује на њен одштетни карактер. Неопходно је, дакле, да постоји веза између штете коју је неко лице претрпело према правилима грађанске одговорности и престације осигуравача. То што је у уговор унета клаузула о суброгацији – како се чини у иностраној пракси – само је један од показатеља одштетног карактера. Такав карактер не произлази само из чињенице да су осигуране суме унапред утврђене уговором. Оно што му даје одштетни карактер и омогућава осигуравачу да се суброгира у права осигураника према одговорном лицу јесте узимање у обзир стварно претрпљене штете и њено одмеравање према правилима грађанске одговорности. Осигурање од последица незгоде је, дакле, врста осигурања лица са израженим одштетним карактером.⁴¹ Законодавац то мора да уважи и да ствари назове правим именом.

⁴⁰ То су показатељи примене начела обештећења у области осигурања лица. Чим је тако, може се закључити да се не може инсистирати на примени свих правила која се иначе примењују у животном осигурању.

⁴¹ Признајући те разлике, страни законодавац везује за осигурање живота обележје осигурања паушалног карактера, док за остала осигурања лица каже да могу бити паушална или одштетна, „према томе како је одређено вољом страна“ (белгијски Закон о уговору о осигурању, чл. 198).

Најзад, из угла измена регулаторног оквира осигурања, скрећемо пажњу на значај фондираног и прецизног законског уређења питања кумулације права. То питање је у позитивном праву уређено на начин којим не можемо бити задовољни.⁴² Уместо система правила и нејасан изузетак којим се преваљује терет препознавања на судску праксу, и наше право треба да усвоји модеран приступ нормирања кумулирања права из осигурања и права на накнаду штете. Конкретно, законом треба регулисати координациона правила полазећи од природе престације осигураваача, независно од тога да ли одређена врста осигурања припада корпусу имовинских или личних осигурања. Ако је одређено осигурање закључено са циљем да се осигуранику исплати унапред уговорени износ суме осигурања и ако на обавезу осигураваача не утичу штетне радње штетника према личним добрима осигураног лица, јасно је да је престација свотна. И да не постоји интерес правног поретка да забрани кумулацију права из осигурања и права на накнаду штете. Ма колико да је висок износ исплаћене суме осигурања, његова кумулација са накнадом штете не води до неоснованог обогаћења осигураника. Ово зато што се тај износ – због различитог карактера и сврхе исплате – не може поредити са износом одштете. Проф Константиновић јасно каже: „Осигурана сума коју се осигуралац обавезује да плати у овом случају нема карактер накнаде, као што је то случај са износом који осигуралац плаћа у случају имовинског осигурања, који има чист карактер накнаде.“ Како је истакнуто у једној пресуди из бивше СФРЈ: „...у питању су таква повређена добра за која никаква награда није претерана – јер нема бојазни да би штетник могао доћи у прилику да више пута надокнађује...“⁴³

A contrario, када је престација осигураваача одштетног карактера, то јест када је примарни циљ закључења уговора о осигурању санирање економских последица одређених догађаја, принцип обештећења и забране неоснованог обогаћења диктирају забрану кумулације права. Тако је неспорно да кумулација треба да буде забрањена у покрићу трошкова лечења на основу осигурања од последица несрећног случаја или добровољног здравственог осигурања. Њих осигураваач покрива

⁴² Као узор како то питање треба регулисати може да послужи француски Законик о осигурању, који у члану Л. 131–2 прописује да се осигураваач, након исплате осигуране суме, не може суброгирати у права осигураника према штетнику. Али, ако је реч о уговорима који покривају трошкове који су настали у вези са повредом лица, осигураваач се може суброгирати у права осигураника према трећем одговорном лицу.

⁴³ Пресуда Врховног суда БиХ, Гж. 458/68, од 14. новембра 1968. године, Збирка судских одлука, књига четрнаеста, свеска прва, 1969, одлука бр. 25.

према износу стварне штете те не постоји оправдање да се осигуранику дозволи да их кумулира са накнадом штете. Исти разлози не стоје у случају исплате осигуране суме за случај смрти, инвалидитета или унапред уговореног износа дневних накнада.

5. УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Право осигурања на овим просторима, ништа мање од уговорног права генерално, своју основну поставку дугује делу професора Константиновића. Његова визија осигурања одговара савременим потребама и уклапа се у модерне токове. Управо у дистинкцији између права на накнаду штете и суме осигурања лежи једна од фундаменталних поставки права осигурања. Увођењем права на осигурану суму – која је пандан плаћеним премијама – не дира се у већ постојећа права, од којих је најосетљивији однос са правом на накнаду штете. То је било сасвим јасно и правницима који су се први сусрели са институтом осигурања. Будући да су имовинска осигурања по вокацији усмерена ка ефикаснијем остваривању права на накнаду штете, једно од најстаријих правила у тој врсти осигурања је начело обештећења. Исто начело се није примењивало у области осигурања лица, до појаве хибридних осигурања. Када је тржиште осигурања почело да се прилагођава захтевима софистицираних конзумента, постало је мање битно да ли неки тип покрића припада имовинским или личним осигурањима. Фокус се помера ка врсти уговорене престације, према којој се одређује и правни режим односне врсте осигурања. При таквој квалификацији, значај добија дистинкција између права на накнаду штете и права на осигурану суму.

Ако намерава да држи корак са модерним тенденцијама и да омогући развој праксе осигурања, српско право треба да приоритетно усвоји закон о уговору о осигурању. Није искључено да неке од одредаба Скице, које нису преузете у 300 или нису изворно преузете, проживе „другу младост“ *pro futuro*. У сваком случају, идеје професора Константиновића и даље су актуелне са аспекта развоја уговорног права осигурања.

Подстицајан регулаторни оквир осигурања подразумева бројне критеријуме класификације осигурања, од којих је нашем праву тренутно најпотребнија подела према врсти престације осигураваача. То не искључује поделу према предмету осигурања. Штавише, коегзистенција тих подела је пожељна. Подела на осигурање имовине и осигурање лица је традиционална и као таква укореењена у свести домаћих правника, а и осигураваача.

Право осигурања се у овом тренутку налази на прекретници. Да би се подстакло његов развој – посебно у домену осигурања лица – кључно је да законодавство престане да буде сметња уговарању одштетног карактера престације осигуравача код осигурања лица. Нису сва осигурања лица увек и искључиво свотна. Такав карактер има само животно осигурање. Остала два типа осигурања лица имају мешовит (хибридни) карактер. Осигурање од последица незгоде и добровољно здравствено осигурање покривају и чисто имовинске ризике као што су трошкови лечења, због чега се у том делу престације у упоредном праву примењује режим који важи за одштетна осигурања.

Отклањањем препрека за квалификацију осигурања према врсти уговорене престације створиће се услови да се на примерен начин уреди питање кумулације права у осигурању лица. У овом тренутку то питање је уређено на задовољавајући начин само у осигурању живота. У осигурању од последица незгоде настала је судска пракса која покушава да се избори са нејасном формулисаним изузетком од правила да је кумулација начелно допуштена и у тој врсти осигурања. С обзиром на то да законодавац није прецизирао у ком случају се то осигурање сматра закљученим као осигурање од одговорности (осим негативних одређења накнадно донетим прописима, тј. ЗООС), на судској пракси је било да од случаја до случаја утврђује да ли осигурање од последица незгоде може да се квалификује као осигурање од одговорности. То је тежак задатак, коме многи судови нису дорасли.

Дакле, одрживи регулаторни оквир осигурања не сме бити препрека развоју нових врста осигурања, посебно оних која поседују обележје хибридних. Деценијска слабија заступљеност осигурања лица, а посебно осигурања од последица незгоде и добровољног здравственог осигурања, у портфолију домаће привреде осигурања сигурно се може довести у везу са контроверзама које прате реализацију права из тих осигурања. Имајући у виду корисност поменутих типова покрића, као самосталних производа или као допунских уз животно осигурање, измене регулаторног оквира су хитно потребне.

Наглашавамо: у осигурању лица престације нису еквивалент личног добра које је обухваћено уговором о осигурању (живот, телесни интегритет, радна способност итд.) већ више финансијских прилика осигураника или уговарача осигурања. Међутим, факат је да у одређеним случајевима обавеза осигуравача није унапред и тачно одређена већ се одмерава према правилима која иначе важе у имовинском осигурању. Наиме, његов одштетни механизам је инспирисан филозофијом одштетних осигурања. Ако је као последица несрећног случаја или болести дошло до трошкова и уопште штете, логично је да осигуравач пре

исплате утврди износ претрпљене штете. Због тога је неспорно да у случају трошкова лечења обавеза осигураваача не може бити унапред одређена и фиксирана већ се одмерава према стварно претрпљеној штети, у границама апстрактно одређене суме осигурања.⁴⁴

Ствар је у томе да се у осигурању од последица незгоде по инерцији истиче паушални карактер престација, док се одштетни сегмент занемарује. У крајњој линији, слобода уговарања је на снази и од осигураника зависи да ли ће *in concreto* уговорити превасходно паушалан или превасходно одштетни карактер. Сматрамо да у томе лежи највећи проблем у вези са правном природом тог осигурања. При том, уважавањем одштетног карактера дела престација осигураваача не негира се чињеница да осигурање од незгоде припада категорији осигурања лица. Предмет ризика је неспоран. Треба прихватити да остварење тог ризика, иако на личним добрима, може довести и до одштетних последица.⁴⁵

Добровољно здравствено осигурање, које је тренутно један од најтраженијих производа осигурања, по својој природи је хибридни производ осигурања. Као такво захтева одговарајућу правну инфраструктуру. За даљи развој добровољног здравственог осигурања у српском праву битно је створити услове да се престације осигураваача квалификују према ономе што у уговору пише. Притом, сама подела према врсти престације осигураваача не мора бити законом предвиђена *expressis verbis*. Упоредно право нас учи да је довољно да их свих одредаба које се односе на одређени одељак (на пример, на осигурање лица) произлази да одређени тип осигурања може да се уговори као одштетно или свотно покриће. То у којој мери правни поредак изла-

⁴⁴ Француски Касациони суд је био мишљења да престација нема одштетни карактер ако се одређује на основу претходно утврђених елемената. Нисмо уверени у исправност таквог резона. Наиме, у свим осигурањима се унапред одређује горња граница обавезе осигураваача и то није гарант паушалног карактера престације. Поента је у начину на који се утврђује колико ће *in concreto* износити обавеза осигураваача. Ако се то чини према правилима о одмеравању штете, карактер престације је више него јасан. В.: Morlet 2003, 231–232.

⁴⁵ Стога је француско удружење осигураваача (фр. *Fédération Française des Sociétés d'Assurance*) схватило да су осигурања која покривају незгоде производи будућности. Оно је креирало посебан тип осигурања од несрећног случаја чисто одштетног карактера (фр. *Garantie Accidents de la Vie*). Оно покрива незгоде које задесе и осигураника и чланове његове породице, које нису у вези са професијом. Ту улазе: несрећни случајеви до којих је дошло услед медицинских третмана или захвата; незгоде кућног типа (гушење, тровање, падови у кући, ломови...), незгоде изазване технолошким уређајима; незгоде у доколици итд. Видети: Morlet 2003, 244.

зи у сусрет очекивањима осигураника најбоље се може проценити полазећи од тога да ли је уговорним странама допуштено да одреде да ли ће престајања имати свотни или одштетни карактер.

Дакле, кључно је да се у регулативи уговора о добровољном здравственом осигурању у новим прописима избегне усвајање решења којима се пракса онемогућава да даље развија производе будућности. Под тим првенствено мислимо на диспозитивне норме којима би било прописано да се осигурање од незгоде и добровољно здравствено осигурање могу закључити као осигурање штете, као осигурање одређене осигуране суме или као комбинација тих осигурања. Тиме би се признао хибридни карактер ових осигурања.

ЛИТЕРАТУРА

- [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 Baillet, 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.
- [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. München: C. H. Bek.
- [10] Ђорђевић, Славко, Дарко Самарџић. 2014. *Немачко уговорно право осигурања са преводом закона (VVG)*. Београд: ИПЗ.

- [11] Константиновић, Михаило. 1996. *Претходне напомене, Скица за законик о облигацијама и уговорима*. Београд: Службени лист СРЈ.
- [12] Константиновић, Михаило. 3–4/1982. Однос између права на накнаду штете и права на осигурану суму. *Анали Правног факултета у Београду*: 496–506.
- [13] Константиновић, Михаило. 3–4/1982. Осигурање и одговорност у југословенском праву. *Анали Правног факултета у Београду*: 559–574.
- [14] Константиновић, Михаило. 9–10/1992. Основ одговорности за проузроковану штету. *Правни живот 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, Eloïse. 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] Орлић, Миодраг. 1993. *Закључење уговора*. Београд: Институт за упоредно право.
- [19] Перовић, Слободан. 1975. *Забрањени уговори у имовинскоправним односима*. Београд: Службени лист СФРЈ.
- [20] Перовић, Слободан. 1996. *Скица за један портрет (предговор). Класици југословенског права, Скица за законик о облигацијама и уговорима*. Београд: Службени лист СРЈ.
- [21] Петровић Томић, Наташа. 1/2013. Осигурање живота везано за инвестиционе фондове. *Анали Правног факултета у Београду*: 122–148.
- [22] Петровић Томић, Наташа. 2019. *Право осигурања*, Систем, Књига I. Београд: Службени гласник.
- [23] Петровић Томић, Наташа. 2/2020. О ограниченој и усмереној слободи уговарања у уговорном праву осигурања – феномен „покоравања“ уговора о осигурању. *Анали Правног факултета у Београду*: 100–127.
- [24] Петровић Томић, Наташа. 2021. Хибридни производи осигурања – стање и перспективе развоја. 325–341. *Проузроковање штете, накнада штете и осигурање*, ур. З. Петровић, В. Чоловић, Д. Обрадовић. XXIV међународни научни скуп. Београд – Мионица.

- [25] Петровић Томић, Наташа. 2019. „О правној природи добровољног здравственог осигурања. 487–506. *Актуелна питања савременог законодавства*, ур. Миодраг Орлић. Београд: Савез удружења правника Србије и Републике Српске.
- [26] Ћурковић, Marijan. 2009. *Ugovor o osiguranju osoba, Život-nezgoda-zdravstveno*. Zagreb: Inženjerski biro.
- [27] Ћурковић, 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 MIHAİLO KONSTANTINOVİĆ: 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.

УДК 34.08:929 Константиновић М. ; 347.762(497.1)

CERIF: S 130, S 144

DOI: 10.51204/Anali_PFBU_22MK21A

Др Владимир ПАВИЋ*

Др Милош ЖИВКОВИЋ**

УГОВОР О КОМИСИОНУ – НЕКА ОТВОРЕНА ПИТАЊА

Уговор о комисиону занимљив је стога што комисионар делује у своје име, а за рачун комитента. Начин регулисања комисиона у Закону о облигационим односима отворио је нека питања од практичног значаја која су у доктрини и пракси наишла на различите ставове. У раду се посвећује пажња неким питањима која сматрамо нарочито интересантним, а која, чини се, у последње време нису подробније разматрана у нас: садржина и домашај комисионарове обавезе да поступа по упутствима комитента, комитентова права у погледу ствари и потраживања која је комисионар стекао или се код њега налазе, импликације начина на који Закон штити комитента у случају комисионаровог стечаја и последице комисионаровог кашњења у исплати наплаћене цене или чак неовлашћене употребе комисионаревих средстава.

Кључне речи: *Комисион. – Комисионар. – Комитент. – Залого. – Стечај.*

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

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

1. УВОД – О КОМИСИОНОМ ПОСЛУ

Развој трговине у новом веку утицао је на то да се тржишта специјализују и деле у зависности од робе којом се тргује. Образац феудалне привреде, према којем произвођач непосредно продаје евентуални вишак својих производа крајњем купцу, распао се појавом масовније производње и трговине на даљину. Трговина и трговци су се, још у средњем веку, осамосталили у посебну делатност, поготово у слободним градовима тог доба, а развој производних делатности утицао је на значајно повећање обима трговине и процват те привредне гране. Због тога је било потребно развити различите начине повезивања оних који робу продају и купују, што је био задатак трговине. Положај трговаца, разуме се, могао је бити такав да купују робу од продаваца (по нижој цени) и продају је купцима (по вишој цени), сnoseћи ризик посла и зарађујући на разлици у цени. Сасвим на другој страни спектра, трговци који уопште нису желели да преузимају ризик трансакције могли су се појавити у улози посредника, који не суделује у настанку уговора или у улози заступника (пуномоћника) који учествује у његовом закључењу. Ти институти омогућавају непосредну правну везу продавца и крајњег купца. Те две крајности у положају трговаца, разуме се, нису биле једине могуће, и отуда се постепено развијају сложенији начини уређења односа између учесника на тржишту и оних који их повезују. Тако се развијају посредовање, трговинско заступање, па и комисиони посао. Циљ свих тих института је да се уреди положај трговца чија је позиција на тржишту између произвођача и крајњег купца и они чине то на различите начине.

Код нас је уобичајено да се ови сродни послови деле по томе какав положај у трансакцији има трговац. Ако трговац само повезује продавца и купца и нема никакво учешће у настанку уговора, он је посредник. Ако трговац има овлашћење да заступа једну од страна, он учествује у настанку уговора, али права и обавезе настају непосредно за продавца и купца, и тада је реч о заступању. Трговинско заступање је посао који обухвата и посредовање и заступање. Комисиони посао и посао шпедиције подразумевају учешће трговца у закључењу уговора између продавца и купца, и то тако да права и обавезе из тог посла настају за трговца (комисионара, шпедитера), али за рачун купца или продавца, којима је дужан да пренесе обавезе и користи из посла. Све поменуте ситуације подразумевају да трговац дела за рачун продавца или купца, који су његови клијенти, а општи оквир за те ситуације дат је у правилима за уговор о налогу. Најпосле, трговац може бити и типичан препродавац, који купује јефтино да би продао скупље и зарадио на разлици у цени.

Комисиони посао је нарочито занимљив због тога што комисионар делује у своје име, а за рачун комитента. Дакле, комисионар је страна у послу који предузима на основу комисионог посла, правно је он купац или продавац и треће лице не мора нужно знати (и по правилу не зна) да постоји комитент за чији се рачун посао предузима. Та раздвојеност правне и реалне, „економске“ ситуације највећи је изазов за правно уређење уговора о комисиону, односно комисионог посла.¹

Комисиони посао, под тим називом, постоји у континенталним правима и тамо где не постоји начело јединственог регулисања уређен је трговачким прописима. Нашим Законом о облигационим односима², попут швајцарског OR³, јединствено се уређују и грађански и трговачки облигациони односи, па отуд садржи и правно уређење уговора о комисиону.⁴ У тзв. англосаксонским правима концепт комисиона није изворно познат, иако се већ у старијој у литератури помињу *commission agents*⁵, већ се тај посао класификује у *agency* схваћену у ширем смислу.

2. ОСНОВНЕ ОДЛИКЕ УРЕЂЕЊА УГОВОРА О КОМИСИОНУ ПРЕМА ЗОО

Комисиони уговор, као нарочита врста уговора о налогу, завредео је у ЗОО чак 19 засебних чланова, уз сходну примену правила о налогу уколико одредбама о комисиону није друкчије одређено. У време доношења ЗОО комисионо пословање имало је велики значај – велики део увоза и извоза у СФРЈ одвијао се посредством крупних предузећа која су каналисала трансакције за рачун мањих пословних субјеката. Правни разлог за то лежао је у чињеници да домаћа производна предузећа нису имала пословну способност да самостално предузимају спољнотрговинске послове (важили су принцип специјалне пословне

¹ Ако се под правним уређењем уговора о комисиону сматра само уређење међусобних права и обавеза страна у том уговору, онда је уређење комисионог посла нешто шири појам, који обухвата и уређење неких односа према сауговорачу комисионара (трећем лицу).

² Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ* 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ* 31/93, *Службени лист СЦГ* 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС* 18/2020.

³ Швајцарски Законик о облигацијама – OR из 1911. године.

⁴ Ипак, за разлику од нашег ЗОО, у OR се изричито ограничава комисиони посао на покретне ствари и хартије од вредности. Видети чл. 425, ст. 1.

⁵ У енглеском праву се на комисионара гледа као на мешавину независног трговца и агента (заступника). Видети Fridman 1976, 31.

способности правних лица, предвиђен чл. 54 ЗОО, и посебни услови за обављање спољнотрговинског промета). Због тога спољнотрговинска предузећа нису могла да буду трговински заступници производних предузећа већ се цела операција морала обављати посредством комисиона.⁶

Уговором о комисиону комисионар се обавезује да за накнаду обави у своје име, а за комитентов рачун, један или више послова које му комитент повери. Наше право спада у она права у којима је однос између комисионара и комитента, у принципу, сасвим одвојен од односа између комисионара и трећег лица са којим он ступа у трансакцију за рачун комитента. Пошто комисионар закључује посао за рачун комитента, комерцијални ризик посла је на потоњем, осим у случају делкредере комисиона. Сложена природа те трансакције и временски размак између испуњења обавеза комисионара према трећем лицу и према комитенту могу да отворе одређене дилеме које само слово норми Закона о облигационим односима не разјашњава.⁷ Наиме, чињеница да комисиони посао, због поменутог разилажења правне и реалне (економске) ситуације, у извесној мери има обележја фидуцијарног посла (оног у којем једна страна има више права него што јој по унутрашњем односу с фидуцијантом припада), захтева да се у уређење комисиона унесу одредбе које, на овај или онај начин, одступају од општих правила. Обратићемо стога пажњу на те аспекте уређења комисиона у ЗОО.

3. ПРОБЛЕМАТИЧНИ АСПЕКТИ УРЕЂЕЊА КОМИСИОНА ПРЕМА ЗОО

Проблематични аспекти уређења комисиона у тексту ЗОО могу се поделити у најмање две групе. Први скуп дилема отвара се у вези са правном природом уговора о комисиону: да ли је реч о грађанском или трговинском послу?

⁶ За последње „репове“ овакве трговинске праксе у нашој судској пракси видети пресуду Врховног касационог суда Рев 946/2015, 4. 2. 2016.

⁷ Као и дилеме у вези са применом одредаба неких других закона, на пример, да ли се уговор о комисиону може сматрати уговором о тзв. правој агентури у смислу домаћих прописа и прописа ЕУ у области заштите конкуренције, видети мишљење Комисије за заштиту конкуренције. <https://www.kzk.gov.rs/kzk/wp-content/uploads/2012/10/UGOVOR-O-KOMISIONU-I-PRAVA-AGENTURA.pdf>, последњи приступ 1. новембра 2022.

У 300 се не наглашава трговински карактер комисиона и не предвиђа да га могу закључити само лица која обављају привредну делатност. Неки аутори проблематизују то питање и наглашавају елементе који истичу трговински карактер уговора: теретност (комисионар има право на накнаду чак и када она није уговорена) те прописивање да је комисионар обавезан да чува робу са пажњом доброг привредника. Заговорници схватања да је комисион једностранни трговински посао имају различит став: док једни сматрају да би комисионар морало бити лице специјализовано управо за комисиону делатност⁸, други су на становишту да је довољно да он у комисион ступа у оквиру своје привредне делатности или барем у вези са њом (Радовић 2022, 134). Други аутори, пак, сматрају да се у закон не може учитавати оно чега у њему нема. Чак и заговорници схватања да је реч о трговинском правном послу констатују да ни Скица ЗОУ⁹ не садржи довољно елемената на основу којих би се могло поуздано утврдити да ли је комисион у закону конципиран као посао грађанског или привредног права (Радовић 2022, 132).

Чини нам се да је друга група могућих дилема значајнија у пракси. Успешне комисионе трансакције подразумевају деловање комисионара у складу са налогом комитента, извршење обавезе трећег лица према комисионару и комисионарово преношење економских ефеката тог посла на комитента. Свака од тих фаза може створити одређене проблеме – само на неке од њих 300 даје задовољавајући одговор.

3.1. Комисионарова обавеза да поступа по упутствима комитента

То да је комисионар обавезан да поступа по налозима комитента јасно је – чланом 773 300 предвиђено је да је комисионар дужан да накнади разлику и проузроковану штету ако је посао закључио под условима неповољнијим од налога. Комуникација између комисионара и комитента, међутим, може бити и комплекснија, те се поставља питање како одредити јесте ли комисионар поступао по упутствима или не онда када је тих упутстава било више, често у временској сукцесији. Упутства могу бити међусобно противречна у већој или мањој мери.

⁸ У том смислу Стефановић 2006, 174; Капор, Царић 1990, 213; Јанковец 1990, 57.

⁹ Видети Константиновић 1996.

Тај се проблем може у принципу третирати на неколико начина. Прво, обавеза комисионара се може окарактерисати као „комплексна“ и, последично, питање разграничења основних и накнадних налога, као и могуће противречних налога, оставити отвореним. Други приступ је апстрактно разврставање као упутство за будуће тумачење – битни су основни налог и обавеза његовог извршења – само промена битних елемената основног налога суштински мења упутство комитента. Сва остала накнадна упутства третирали би се као допуна или конкретизација иницијалних (Витез 1995, 377–382). Трећи се излаз налази у класификацији налога као императивних, индикативних или факултативних (Витез 1995, 382–383). Иако се класификацији самој по себи мало шта може замерити као оквиру за тумачење када једном дође до спора, њена је употребна вредност ограничена за комисионара који се налази пред дилемом током извршавања налога.

Према нашем мишљењу, могући одговор се налази у сходној примени правила о налогу, сагласно чл. 772 ЗО. Чланом 751, ст. 3 предвиђено је да, ако нема одређених упутстава, налогопримац поступа као добар привредник, а чланом 751, ст. 2 да је налогопримац дужан да скрене пажњу налогодавцу ако сматра да би извршење налога нанело штету налогодавцу и да је дужан тражити нова упутства. Неопходан предуслов извршења те специфичне дужности обавештавања јесте и разумевање шта заправо налог подразумева, што, према нашем мишљењу, указује на то да је на комисионару дужност и да у случају дилеме у вези са природом и хијерархијом сукцесивних измена и/или допуна налога затражи објашњење од комитента.

Генерални опис комисиона као посла у којем комисионар дела у своје име али за коначни економски рачун комитента представља корисну генерализацију – али ипак само генерализацију.

3.2. Однос комисионара и комитента – потенцијално проблематични аспекти

Комисион је специфичан утолико што раздваја економску и правну раван пословања: комисионар све време дела по налогу комитента и у његовом економском интересу. Ефекти таквог деловања тек ће се касније правно пренети на комитента. Иако је генерална идеја та да се економски ефекти комисионаровог делања што пре пренесу на комитента, томе се могу испречити различите препреке. Осим тог временског раскорака, постоје и други сценарији у којима је законодавац нашао за потребно да обезбеди извршење међусобних обавеза, а нарочито

да заштити комитента од ситуација у којима комисионар прекине извршење обавеза. Неке од тих проблема, међутим, 300 не успева да разреши на задовољавајући начин.

3.2.1. Законско заложно право комисионара

Комисионар је у односу на комитента обезбеђен не само самом природом посла (он дела у име комитента и накнадно преноси на њега ствари и права која је стекао) већ и законским заложним правом.

Одредбама 300 комисионару је дато законско заложно право на стварима које су предмет уговора о комисиону док се ствари налазе код њега или док у рукама има исправе помоћу којих тим стварима може располагати. Комисионар може да се наплати из тог права пре других комитентових поверилаца, и то по основу свих комисионих послова и зајмова са комитентом, а не само по основу конкретног комисионог посла по којем је ствар примио. Такво одступање од начела специјалности законског заложног права оправдано је зато што су комисионар и комитент обично у трајнијој пословној вези и што трансакције између њих нису појединачне.¹⁰ Комисионар стиче и право првенствене наплате из потраживања која је стекао за рачун комитента. Разуме се, та права комисионар може имати само у претпоставци у којој он није власник ствари које су предмет уговора о комисиону, односно поверилац потраживања у односу на која има право првенствене наплате.

Домашај те одредбе није ограничен на продајни комисион. У случају продајног комисиона комитентова ствар остаје у његовој својини све до продаје трећем лицу, те је тако могуће да се успостави комисионарева законска залога на тој комитентовој ствари.¹¹ Комисионар је код продајног комисиона додатно обезбеђен правом првенствене наплате из потраживања која је стекао у своје име а за рачун комитента¹² и није дужан да такво потраживање пренесе на комитента приликом полагања рачуна (Јанковец 1990, 1313). У случају куповног комисиона, међутим, ствар коју је стекао комисионар за комитента не мора

¹⁰ Уместо свих видети Јанковец 1990, 1313.

¹¹ То је владајуће схватање и у швајцарском праву. Видети von Planta 1996, 2300. Идеја је да комитенту треба да припада својина кадгод је то могуће, пошто то одговара економској природи односа, а комисионару није неопходна својина да би извршио своје обавезе из продајног комисиона.

¹² Трајковић (1983, 272) пак говори о праву првенства на наплаћеним новчаним износима: „Овде је најчешће реч о наплаћеним новчаним износима које је комисионар, послујући у своје име, наплатио за рачун комитента.“

нужно бити власништво комитента (о чему ће више речи бити у наставку). У нашој литератури из периода пре доношења 300 нотирамо став Трајковића (1969, 106): он констатује да судска пракса већине земаља, па и југословенска, сматра да код куповног комисиона комисионар постаје власник робе, али додаје и да се са таквим ставом не слаже јер је то „супротно нашој концепцији уговора о комисиону“. Трајковић (1969, 49) је сматрао да је комисион заправо непотпуно заступништво и да директан прелаз својине са трећег лица на комитента одговара потребама робног промета и повећава ефикасност пословања (1969, 107). 300 је само у појединим питањима стао на Трајковићев став, о чему ће даље бити речи у случају пада комисионара под стечај када комитент стиче право на излучну тужбу у погледу свих ствари које су предмет уговора о комисиону – и оних које је предао комисионару и оних које је комисионар за њега стекао.¹³

Занимљиво је да се у швајцарском OR предвиђа право ретенције на стварима и приходима који се тичу комисиона у корист комисионара, што је у начелу слично решењу у 300. Швајцарска теорија, међутим, то законско одређење сматра непрецизним јер права комисионара заправо од тога ко је власник ствари, односно ко је поверилац потраживања која су предмет комисиона, а која су настала његовим вршењем. У том погледу се разликују продајни и куповни комисион. Код продајног комисиона, комисионар нема својину на ствари јер му није нужна да испуни обавезе из комисиона. Комисионар, међутим, наплаћује цену од трећег лица и исплаћена сума кроз смешу постаје његова својина (па у погледу тог новца комитент нема ни излучни захтев), осим ако је примљена на посебан рачун. Код куповног комисиона, међутим, у нормалним околностима комисионар ће стећи својину на стварима које купи за комитента, осим кад је могуће конструисати непосредно стицање комитента (применом посебних одредаба, у Швајцарској рецимо применом чл. 32, ст. 2 OR, или применом општих правила, примера ради предаје посредством *constitutum possessorium*).¹⁴

3.2.2. Заштита комитента у случају стечаја комисионара

Између почетка целокупне економске трансакције (из визуре комитента) и њене реализације (очекиваног преноса права и/или прихода од комисионара) може да протекне много времена. За разлику од налога и заступништва, где стечај налогопримца и заступника не утиче на

¹³ 300, чл. 789, ст. 1.

¹⁴ За то видети von Planta 1996, 2299–2300.

права налогодавца, позиција комитента се у случају стечаја комисионара погоршава. У 300 су стога предвиђени додатни механизми заштите комитента.

Прво, повериоци комисионара не могу предузети мере извршења на стварима и правима које је комисионар стекао у своје име а за рачун комитента извршавајући комитентове налоге.¹⁵

Друго, у случају стечаја комисионара комитент може да тражи излучење из стечајне масе ствари које је предао комисионару ради продаје, али и оних ствари које је комисионар набавио за његов рачун.¹⁶ Осим тога, комитент може од трећег лица захтевати исплату цене за (комитентове) ствари које му је комисионар предао.¹⁷

3.2.2.1. Право комитента да захтева излучење ствари

Одредбу о излучењу могуће је схватити на два начина. Према једном ставу, широко заступљеном у нашој теорији, ствар коју од трећег лица прибави комисионар његова је својина и за касније стицање својине комитента неопходна је предаја. Пошто комитент нема право својине на ствари која је код комисионара, не може се позвати на општа правила стечајног права о излучењу. Због тога је и било неопходно да се у 300 унесе одредба о могућности да се тражи излучење¹⁸, чиме се комитенту даје положај „као да је правни власник ствари“ коју је комитент стекао за њега „али му их још није правно пренео“.¹⁹ Та аргументација није без мањкавости: прво, према истом том већинском ставу доктрине, својина на стварима које је комитент предао комисионару остаје у својини комитента све до предаје трећем лицу²⁰ – па ипак је и она обухваћена том одредбом, иако би, према општим правилима стечајног права, подлежала излучењу; друго, ако се законом установљава право

¹⁵ 300, чл. 788.

¹⁶ 300, чл. 789, ст. 1.

¹⁷ 300, чл. 789, ст. 2.

¹⁸ У том смислу Јанковец 1999; Vasiljević, Đorđević 2007, 281.

¹⁹ Cigoj 1984, 2222. Vizner (1978, 2372) имплицитно такође третира прибављене ствари као комисионарове, говорећи о „стварима које је комисионар стекао за рачун комитента односно што припадају комитенту“.

²⁰ Гамс 1963, 170; Трајковић 1969, 103. Имплицитно и пресуда Вишег трговинског суда, Пж 6016/03, 4. 10. 2003, која предвиђа да је комисионар обавезан да изврши „повраћај преостале непродате робе комитенту“. Имплицитно и Царић (1980, 607), говорећи о праву комитента да захтева исплату цене према трећем лицу „коме је комисионар предао комитентове ствари. Овај

излучења на стварима које су до стечаја биле власништво комисионара, то би значило или да се право излучења установљава у корист невласника (који власник постаје предајом) или да комитент у неком моменту (нејасно у ком – моменат отварања стечаја, моменат предаје излучене ствари или неком трећем) постаје власник; треће, законска залога коју комисионар има на „стварима које су предмет уговора о комисиону“ подразумева да је реч о стварима које су власништво комитента, а не комисионара.

Алтернативно тумачење би било да се одредбом на имплицитан начин разјашњава својинскоправни статус ствари које је комисионар прибавио од трећег лица или примио од комитента – то јест да су у оба случаја то комитентове ствари. Макар и имплицитно, такво разјашњење би било корисно – пре доношења 300 наши судови су били на становишту да су ствари које је комисионар стекао за комитента његове, а не комисионарове, што је део доктрине негативно коментарисао (Трајковић 1969, 106). Још један аргумент у корист схватања да је реч о комитентовим стварима јесте већ споменуто решење о комисионаровој законској залози на стварима које су предмет комисиона.²¹ Осим тога, могуће упориште за такво схватање је и чл. 757 300, који, у виду изузетка, предвиђа да комисионар коме је поверено да прода или да купи неку робу котирану на берзи или на тржишту може, ако му комитент дозволи, да задржи робу за себе као купац, односно да је испоручи као продавац, по цени у време извршења повереног посла. Тада између комисионара и комитента „настају односи из уговора о продаји“.²² Слаба страна таквог тумачења јесте то да се својина на покретној ствари стиче предајом те да се, осим ако се у комисиони посао учитају елементи (непотпуног) заступања, предаја остварује тек када комисионар преда ствар комитенту (Јанковец 1999, 521).

Наведени разлози у прилог алтернативног тумачења нису убедили не само представнике доктрине²³ већ ни наше судове: Јанковец наводи (анонимни) случај у којем је наш суд одбио својинску тужбу комитента

комитентов захтев се може односити на наплату цене односно ненаплаћеног дела цене али сматрамо да се може односити и на повраћај ствари ако треће лице одбије да исплати комитенту цену коју је уговорило са комисионаром“.

²¹ 300, чл. 786, ст. 1.

²² 300, чл. 775.

²³ Тако Царић (2002, 387), вероватно имајући на уму сличне дилеме као и Трајковић: „У правној теорији и законодавству је спорно, да ли својину на куповној роби прво стиче комисионар, па је онда преноси на свог комитента, или својину непосредно стиче комитент, јер комисионар послује за његов рачун. Формално-правно је исправно прво схватање, док друго гледиште

у погледу ствари које је треће лице испоручило комисионару те да би комитент постао власник ствари „да му је она и на симболичан начин предата“.²⁴

3.2.2.2. Комитентова потраживања према трећем

Решење 300 за потраживања комисионара према трећем лицу није без редакцијских проблема. У 300 се предвиђа да комитент „може захтевати“ да треће лице испуни обавезу из посла који је комисионар закључио за рачун комитента тек када му комисионар то потраживање уступи. Смисао те одредбе је вероватно у томе да нагласи да, у недостатку уступања потраживања, сва потраживања припадају комисионару и да се не успоставља директан однос између комитента и трећег лица. Свакако да се подразумева да уступањем потраживања комитент *може* да захтева испуњење обавезе – такво појашњење вероватно није ни било потребно већ неминовно произлази из уступања потраживања. Међутим, редакцијска несавршеност у том питању компликује читање друге одредбе 300, оне која говори о последицама стечаја комисионара на потраживања која је комисионар стекао према трећим лицима. Чланом 789, ст. 2 300, наиме, предвиђа се да комитент тада „*може захтевати од трећег коме је комисионар предао ствар, да му исплати њихову цену, односно њен још неисплаћени део*“.

Једно од могућих тумачења те одредбе било би да у случају стечаја потраживање комисионара за исплату цене према трећем постаје потраживање комитента. У прилог таквом читању иде и то што чл. 787, ст. 1 300 има сличну редакцију и предвиђа да комитент „*може захтевати* испуњење потраживања“ (подвукли аутори) након уступања потраживања. Како повериоцу свакако припада могућност да захтева испуњење потраживања, по аналогiji би се могло резоновати да у случају стечаја потраживање комисионара за исплату цене према трећем прелази на комитента.²⁵ Оправдање за то би било и то што се потраживање већ улило у имовину комитента с обзиром на то да је посао закључен по његовом налогу.²⁶

полазећи од тога да је комисиони посао посебна врста индиректног заступништва, више води рачуна о практичним потребама.“ Слично и Антонијевић 1981, 323.

²⁴ Видети Јанковец 2003, 27.

²⁵ То је и решење швајцарског Законика о облигацијама, чл. 401, ст. 2.

²⁶ Тако Трајковић (1969, 115), упоређујући слично решење чл. 374 предатног хрватског Трговачког закона.

Упркос истоветности редакције две цитиране одредбе, сматрамо да то није нужно случај. Опште правило о релативности облигација није дерогирано чл. 787, ст. 1 ЗОО, напротив – смисао одредбе могао би бити да потврди тај принцип када је реч о комисиону. Одредба чл. 789, ст. 2 не говори о законској суброгацији већ о „могућности“ (опцији) да комитент непосредно захтева испуњење потраживања. Могао би се бранити и став да та могућност коју комитент стиче постоји истовремено са могућношћу да испуњење обавезе захтева стечајни управник комисионара, а коју закон није искључио. Дужник би тако имао два начина да испуни своју обавезу исплате цене – на рачун комисионара или на рачун комитента, и оба би ваљано угасила облигацију. Треће лице по правилу не зна за идентитет комитента, а сазнало би тек када му се комитент обрати са захтевом за исплату цене сагласно чл. 789, ст. 2 ЗОО, па би, док се такав захтев не постави, било могуће обавезу испунити и комисионару који је пао у стечај.

3.2.2.3. Новац који је комисионар наплатио за комитента

Раскорак између правне и фактичке (економске) равни комисионог посла не исцрпљује се на питањима власништва над стварима које се налазе код комисионара или на још ненаплаћеним потраживањима. Ланац преношења економских ефеката трансакције са комисионара на комитента може се прекинути и након што је комисионар наплатио цену од трећег лица, тако што комисионар падне у стечај или тако што одбије да изврши своје обавезе из уговора и пренесе на комитента износ који је примио, умањен за своју накнаду. И док је комитент у погледу ствари обезбеђен могућношћу излучења и могуће и својинском тужбом (у случајевима у којима комисионар не стиче својину на стварима), са новцем је ситуација сасвим другачија. Комитент „може“ да од трећег лица захтева исплату цене тек након што комисионар падне у стечај, али ако је комисионар већ цену наплатио а новац није пренео комитенту, комитент не ужива никакву додатну заштиту ни по ЗОО ни по одредбама стечајног закона.²⁷ Такво решење је тешко помирити са тумачењем да чл. 789, ст. 2 резултира законском суброгацијом као последицом чињенице да је економски потраживање већ практично у имовини комитента. Парадоксално, комисионарова наплата цене тако представља потенцијални додатни ризик за коначну реализацију комисионе трансакције.

²⁷ Тако и Јанковец 1990, 1315.

Покушаји у нашој и страној судској пракси да се превлада та баријера завршавали су се неуспешно и пре и након доношења 300. Тако је Врховни привредни суд заузео ставове да комитент није стекао „никакво стварно право на новцу које је (...) комисионар наплатио од иностраног купца и који је постао његова својина“²⁸, да нема „излучно ни разлучно право према комисионару“ у стечају када је реч о новцу који је комисионар наплатио од трећег²⁹ те да се уплатом на жиро рачун комисионара новчана средства уливају у његову масу средстава, не могу се делити по настанку и припадају правном лицу чији је рачун.³⁰

Слично се питање недавно поставило и пред сингапурским судом, где је разматрано да ли – према српском праву – новац на рачуну комисионара представља његову имовину (на којој се могу извршити његови повериоци) или имовину комитената, те не би подлежали извршењу.³¹ Поверилац комисионара је покушао извршење на рачуну, умешали су се заједнички комисионари из извозне кооперације, тврдећи да је тај новац заправо њихов. Према њиховом ставу, новац на рачуну је потраживање комисионара према банци те комисионарови повериоци не могу да се изврше на средствима на рачуну, будући да је реч о „потраживањима“ (према банци, у смислу чл. 787, ст. 2 300), то јест о праву, релативном (према банци, у смислу чл. 787 300). Рачун у питању био је депозит. За разлику од типичне ситуације, када се на један текући рачун сливају различити приходи, овде су и комисионар и комитенти тврдили да је на рачун положен само и једино новац који је био намењен (припадао, према њиховим речима) комитентима. У образложењу, које по својој дужини превазилази образложења наших судова, ти аргументи су одбијени. Сингапурски суд је приметио да потраживања припадају комисионару све док их не пренесе на комитента (чл. 787, ст. 1). Што се тиче чл. 787, ст. 2, суд је приметио да немогућност извршења поверилаца на потраживању комисионара и даље не значи да је то потраживање комитентово.³² Само ако је реч о издвојеној одређеној суми новца (издвојеној од комисионара у виду

²⁸ Врховни привредни суд, Сл 433/59, наведено у Трајковић 1969, 106. Интересантно је да Трајковић то питање разматра, чини нам се неоправдано, у контексту прибављања ствари.

²⁹ Решење Врховног привредног суда, Сл 446/58, 29. 10. 1958, *Збирка Судских одлука*, књига трећа, Београд 1958, 244.

³⁰ Пресуда Врховног привредног суда Сл 1797/71, 9. 12. 1971, *Збирка судских одлука*, књига седамнаеста, свеска прва, Београд 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.*, параграф 50 и даље.

точно одређених банкнота), новац је замисливо третирали као индивидуализовану ствар. Новац на рачуну је заменива ствар и зато су његова индивидуализација и посебан третман немогући.

Када се све то узме у обзир, потенцијално најосетљивији период целокупне трансакције за комитента јесте након што је комисионар примио уплату трећег лица. Отварање стечаја над комисионаром у таквој ситуацији комитента оставља у позицији непривилегованог стечајног повериоца. Парадоксално је да је комитент заштићен од стечаја комисионара онда када комисионар није реализовао потраживање према трећем, али нема никакву привилегију када комисионар уплату прими. Ти проблеми су учавани још пре доношења 300, али нису решени ни у 300 ни у каснијим стечајним прописима. Логика трансакције и заокружености заштите комитента, независно од тога да ли је потраживање према трећем наплаћено или не, могу се решити већ одавно предложеним решењима: да у случају плаћања након отварања стечаја уплаћено не улази у стечајну масу већ се прослеђује комитенту, а да се у случају већ уплаћених средстава у моменту отварања стечаја за комитента обезбеди положај привилегованог стечајног повериоца (Трајковић 1969, 117).

3.2.2.4. Комисионарово неовлашћено коришћење новца

Цитирани сингапурски случај дотакао се и питања евентуално неовлашћеног коришћења новчаних средстава које је комисионар наплатио за рачун комитента, но како питање није било релевантно за одлучивање у меритуму, суд се тиме није подробније бавио. У теорији, Слакопер износи интересантно гледиште да се могу разликовати две ситуације: прва, она у којој комисионар примљени новац држи уместо да га проследи комитенту у складу са чл. 780 300, и друга, у којој комисионар новац неовлашћено користи за своје потребе. Слакопер сматра да у првој ситуацији комисионар дугује комитенту затезну камату од дана када је новац био дужан да преда, што сматрамо неспорним. Међутим, у случају неовлашћеног коришћења, он сматра да „таква ситуација господарски одговара појму зајма, комисионар је у том случају дужан за раздобље властитог ‘служења’ комитентовим новцем, комитенту ‘платити камате по највишој уговорној стопи’“ (Slakoper, 25).

Са таквим ставом не можемо да се сложимо. Кашњење у испуњењу новчане обавезе повлачи са собом обавезу плаћања затезне камате из чл. 277 300. Третирање комитента као „невољног зајмодавца“ личи на методе одређивања каматне стопе у међународном инвестиционом праву. Логика тог метода јесте да је поверилац, не својом вољом, постао

кредитор дужника те да дужник треба да дугује ону каматну стопу коју би плаћао да је узео зајам. Стопа која се тада дугује укључује у себе не само особености седишта дужника и валуте зајма већ и ризик несолвентности и стечаја. Са становишта повериоца, једнако су атрактивни неризични пласман који доноси нижу стопу приноса и позајмица која носи вишу стопу али и више ризике, међутим, досудити прву значи потенцијално омогућити дужнику да се окористи својим противзаконитим понашањем (Moselle, Ciuragea, Bisso 2022, 367–368). Сматрамо да таквом уподобљавању нема места у светлу јасне одредбе чл. 277 300. Трошкови коришћења зајма могу бити релевантни само ако су део калкулације накнаде штете, то јест ако је комитент био принуђен да ради даљег пословања позајми новац како би надоместио суме које комисионар није исплатио.

ЛИТЕРАТУРА

- [1] Антонијевић, Зоран. 1981. *Привредно право*. Београд: Савремена администрација.
- [2] Царић, Славко. 1980. Члан 789. Стечај комисионара. 606–607. *Коментар закона о облигационим односима*, књига друга, прир. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић. Горњи Милановац: Културни центар – Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.
- [3] Царић, Славко. 11/2002. Појам и значај уговора о комисиону у правној теорији и пословној пракси. *Правни живот* 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] Гамс, Андрија. 1963. *Увод у грађанско право*. Београд: Научна књига.
- [7] Јанковец, Ивица. 1990. Члан 786. Заложно право. 1312–1313. *Коментар закона о облигационим односима*, ур. Слободан Перовић. Београд: Савремена администрација.
- [8] Јанковец, Ивица. 1999. *Привредно право*. Београд: Савремена администрација.
- [9] Јанковец, Ивица. 9–12/2003. Два правна система у комисионим односима. *Право и привреда* 40: 23–28.
- [10] Капор, Владимир, Славко Царић. 1990. *Уговори робног промета*. Београд: Научна књига.

- [11] Константиновић, Михаило. 1996. *Облигације и уговори: Скица за законик о облигацијама и уговорима*. Београд: Службени лист СРЈ.
- [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] Радовић, Мирјана. 2022. *Трговински послови de lege lata u de lege ferenda*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- [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>, последњи приступ 1. новембра 2022.
- [15] Стефановић, Златко. 2006. *Привредно уговорно право*. Београд: Правни факултет Универзитета Унион.
- [16] Трајковић, Миодраг. 1969. *Правни односи код комисионе куповине и продаје робе у нашем и упоредном праву*. Београд: Институт за упоредно право.
- [17] Трајковић, Миодраг. 1983. Члан 786. Заложно право. 271–272. *Коментар Закона о облигационим односима*, прир. Борислав Благојевић, Врлета Круљ. Београд: Савремена администрација.
- [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] Витез, Мирослав. 11/1995. Обавеза комисионара да поступа по упутствима комитента. *Правни живот* 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.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

Анали Правног факултета у Београду објављују текстове на српском и енглеском језику.

У *Аналима* се објављују научни чланци, критичке анализе, коментари судских одлука, прилози из међународног научног живота и прикази. Прихватају се искључиво аналитички, а не дескриптивни прикази научних и стручних књига.

Предајом текста, аутор изјављује да текст није ни објављен ни прихваћен за објављивање те да неће бити предат за објављивање било ком другом медију. Аутор такође изјављује да је носилац ауторског права, да је обавештен о правима трећих лица и да је испунио захтеве који произлазе из тих права.

Пријем свих текстова биће потврђен електронском поштом. Редакција ће размотрити подобност свих радова да буду подвргнути поступку рецензирања. Подобни текстови шаљу се на двоструку анонимну рецензију.

Информације о уредничкој политици *Анала Правног факултета у Београду* видети на:

anali.rs/eticki-kodeks/.

Ако желите да предате свој рад *Аналима Правног факултета у Београду*, молимо вас да пратите следећа упутства.

Ако предајете рад на енглеском језику, молимо вас да пратите посебно упутство које је доступно на: *anali.rs/authors*.

Рукопис треба да буде уређен на следећи начин:

1. НАСЛОВНА СТРАНА,
2. АПСТРАКТ И КЉУЧНЕ РЕЧИ,
3. РУКОПИС И СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ,
4. ДОДАЦИ, ТАБЕЛЕ И СЛИКЕ.

1. НАСЛОВНА СТРАНА

Насловна страна рукописа треба да садржи следеће податке:

- наслов текста,
- име, презиме, годину рођења и афилијацију свих аутора,
- пуну адресу за кореспонденцију и адресу електронске поште.

Ако је текст коауторски, молимо вас да доставите тражене податке за сваког аутора.

2. АПСТРАКТ И КЉУЧНЕ РЕЧИ

Тексту претходи апстракт који је строго ограничен на 150 речи. Апстракт не сме да садржи неодређене скраћенице или референце.

Молимо вас да наведете пет кључних речи које су прикладне за индексирање.

Радови на српском језику треба да садрже апстракт и кључне речи и на српском и на енглеском језику. У том случају, апстракт и кључне речи на енглеском језику треба да се налазе иза списка литературе.

3. РУКОПИС И СПИСАК ЛИТЕРАТУРЕ

Због анонимног рецензирања, имена аутора и њихове институционалне припадности не треба наводити на страницама рукописа.

Текстови морају да буду написани у следећем формату:

- величина странице: А4,
- маргине: 2,5 cm,

- фонт: Times New Roman,
- размак између редова у главном тексту: 1,5,
- размак између редова у фуснотама: Easy,
- величина слова у главном тексту: 12 pt,
- величина слова у фуснотама: 10 pt,
- нумерација страница: арапски број у доњем десном углу странице.

Друге ауторе треба наводити по имену и презимену када се први пут помињу (Петар Петровић), а затим само по презимену (Петровић). Не треба наводити „професор“,

„др“, „г.“ нити било какве титуле.

Све слике и табеле морају да буду поменуте у тексту, према редоследу по којем се појављују.

Све акрониме треба објаснити приликом првог коришћења, а затим се наводе великим словима.

Европска унија – ЕУ,

The United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL

Бројеви од један до девет пишу се словима, већи бројеви пишу се цифрама. Датуми се пишу на следећи начин: 1. јануар 2012; 2011–2012; тридесетих година 20. века.

Фусноте се користе за објашњења, а не за навођење литературе. Просто навођење мора да буде у главном тексту, са изузетком закона и судских одлука.

ПОДНАСЛОВЕ ТРЕБА ПИСАТИ НА СЛЕДЕЋИ НАЧИН:

1. ВЕЛИКА СЛОВА

1.1. Прво слово велико

1.1.1. Прво слово велико курзив

ЦИТИРАЊЕ

Сви цитати, у тексту и фуснотама, треба да буду написани у следећем формату: (аутор/година/број стране или више страна).

Домаћа имена која се помињу у реченици не треба понављати у заградама:

- Према Милошевићу (2014, 224–234)...
- Римски правници су познавали различите класификације ствари (Милошевић 2014, 224–234)

Страна имена која се помињу у реченици треба да буду транскрибована, а у заградама их треба поновити и оставити у оригиналу. У списку литературе страна имена се не транскрибују:

- Према Коциолу (Koziol 1997, 73–87)...
- О томе је опсежно писао Коциол (Koziol 1997, 73–87).
- Koziol, Helmut. 1997. *Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I: Allgemeiner Teil*. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.

Пожељно је да у цитатима у тексту буде наведен податак о броју стране на којој се налази део дела које се цитира.

Исто тако и / Исто / Као и Константиновић (1969, 125–127);

Према Бартош (1959, 89 фн. 100) – *тамо где је фуснота 100 на 89. страни*;

Као што је предложио Бартош (1959, 88 и фн. 98) – *тамо где фуснота 98 није на 88. страни*.

Пре броја стране не треба стављати ознаку „стр.“, „р.“, „f.“ или слично.

Изузетно, тамо где је то прикладно, аутори могу да користе цитате у тексту без навођења броја стране дела која се цитира. У том случају аутори могу, али не морају да користе неку од назнака као што су: *видети, посебно видети, видети на пример и др.*

(видети, на пример, Бартош 1959; Симовић 1972) (видети посебно Бакић 1959)

(Станковић, Орлић 2014)

ЈЕДАН АУТОР

Цитат у тексту (Т): Као и Илај (Ely 1980, број стране), тврдимо да...

Навођење у списку литературе (Л): Ely, John Hart. 1980. *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

Т: Исто као и Аврамовић (2008, број стране), тврдимо да...

Л: Аврамовић, Сима. 2008. *Rhetorike techne – вештина беседништва и јавни наступ*.

Београд: Службени гласник – Правни факултет Универзитета у Београду.

Т: Васиљевић (2007, број стране),

Л: Васиљевић, Мирко. 2007. *Корпоративно управљање: правни аспекти*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

ДВА АУТОРА

Т: Као што је указано (Daniels, Martin 1995, број стране),

Л: Daniels, Stephen, Joanne Martin. 1995. *Civil Injuries and the Politics of Reform*. Evanston, Ill.: Northwestern University Press.

Т: Као што је показано (Станковић, Орлић 2014, број стране),

Л: Станковић, Обрен, Миодраг Орлић. 2014. *Стварно право*. Београд: Номос.

ТРИ АУТОРА

Т: Као што су предложили Сесил, Линд и Бермант (Cecil, Lind, Bermant 1987, број стране),

Л: Cecil, Joe S., E. Allan Lind, Gordon Bermant. 1987. *Jury Service in Lengthy Civil Trials*. Washington, D.C.: Federal Judicial Center.

ВИШЕ ОД ТРИ АУТОРА

Т: Према истраживању које је спровео Тарнер са сарадницима (Turner *et al.* 2002, број стране),

Л: 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: Поједини аутори сматрају (Варади *et al.* 2012, број стране)...

Л: Варади, Тибор, Бернадет Бордаш, Гашо Кнежевић, Владимир Павић. 2012. *Међународно приватно право*. 14. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

ИНСТИТУЦИЈА КАО АУТОР

T: (U.S. Department of Justice 1992, број стране)

Л: 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: (Завод за интелектуалну својину Републике Србије 2015, број стране)

Л: Завод за интелектуалну својину Републике Србије. 2015. *95 година заштите интелектуалне својине у Србији*. Београд: Colorgraphx.

ДЕЛО БЕЗ АУТОРА

T: (*Journal of the Assembly* 1822, број стране)

Л: *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.

ЦИТИРАЊЕ ВИШЕ ДЕЛА ИСТОГ АУТОРА

Клермонт и Ајзенберг сматрају (Clermont, Eisenberg 1992, број стране; 1998, број стране)...

Баста истиче (2001, број стране; 2003, број стране)...

ЦИТИРАЊЕ ВИШЕ ДЕЛА ИСТОГ АУТОРА ИЗ ИСТЕ ГОДИНЕ

T: (White 1991a, page)

Л: White, James A. 1991a. Shareholder-Rights Movement Sways a Number of Big Companies. *Wall Street Journal*. April 4.

ИСТОВРЕМЕНО ЦИТИРАЊЕ ВИШЕ АУТОРА И ДЕЛА

(Grogger 1991, број стране; Witte 1980, број стране; Levitt 1997, број стране) (Поповић 2017, број стране; Лабус 2014, број стране; Васиљевић 2013, број стране)

ПОГЛАВЉЕ У КЊИЗИ

Т: Холмс (Holmes 1988, број стране) тврди...

Л: Holmes, Stephen. 1988. Precommitment and the Paradox of Democracy. 195–240. *Constitutionalism and Democracy*, ed. John Elster, Rune Slagstad. Cambridge: Cambridge University Press.

ПОГЛАВЉЕ У ДЕЛУ КОЈЕ ЈЕ ИЗДАТО У ВИШЕ ТОМОВА

Т: Шварц и Сајкс (Schwartz, Sykes 1998, број стране) тврде супротно.

Л: 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.

КЊИГА СА ВИШЕ ИЗДАЊА

Т: Користећи Гринов метод (Greene 1997), направили смо модел који...

Л: Greene, William H. 1997. *Econometric Analysis*. 3. ed. Upper Saddle River, N.J.: Prentice Hall.

Т: (Поповић 2018, број стране),

Р: Поповић, Дејан. 2018. *Пореско право*. 16. издање. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Навођење броја издања није обавезно.

ПОНОВНО ИЗДАЊЕ – РЕПРИНТ

Т: (Angell, Ames [1832] 1972, 24)

Л: Angell, Joseph Kinniaut, Samuel Ames. [1832] 1972. *A Treatise on the Law of Private Corporations Aggregate*. Reprint, New York: Arno Press.

ЧЛАНАК

У списку литературе наводе се: презиме и име аутора, број и година објављивања свеске, назив чланка, назив часописа, година излажења часописа, странице. При навођењу иностраних часописа који не нумеришу свеске тај податак се изоставља.

Т: Тај модел користио је Левин са сарадницима (Levine *et al.* 1999, број стране)

Л: 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.

Т: На то је указао Васиљевић (2018, број стране)

Л: Васиљевић, Мирко. 2/2018. Арбитражни уговор и интеркомпанијскоправни спорови. *Анали Правног факултета у Београду* 66: 7–46.

Т: Орлић истиче утицај упоредног права на садржину Скице (Orlić 2010, 815–819).

Л: Orlić, Miodrag. 10/2010. Subjektivna deliktна odgovornost u srpskom pravu. *Pravni život* 59: 809–840.

ЦИТИРАЊЕ ЦЕЛОГ БРОЈА ЧАСОПИСА

Т: Томе је посвећена једна свеска часописа *Texas Law Review* (1994).

Л: *Texas Law Review*. 1993–1994. *Symposium: Law of Bad Faith in Contracts and Insurance*, special edition 72: 1203–1702.

Т: Осигурање од грађанске одговорности подробно је анализирано у часопису *Анали Правног факултета у Београду* (1982).

Л: *Анали Правног факултета у Београду*. 6/1982. *Саветовање: Нека актуелна питања осигурања од грађанске одговорности*, 30: 939–1288.

КОМЕНТАРИ

Т: Смит (Smith 1983, број стране) тврди...

Л: Smith, John. 1983. Article 175. Unjust Enrichment. 195–240. *Commentary to the Law on Obligations*, ed. Jane Foster. Cambridge: Cambridge University Press.

T: Према Шмаленбаху (Schmalenbach 2018, број стране), јасно је да...

Л: 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: Перовић (Perović 1980, број стране) тврди да...

Л: 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.

ЧЛАНАК У ЧАСОПИСУ ИЛИ ДНЕВНИМ НОВИНАМА БЕЗ АУТОРА

T: објављено у *Политици* (2019)

Л: *Политика*. 2019. Србија снажно посвећена европском путу. Март 2019.

T: Као што је објављено у часопису *Newsweek* (2000)...

Л: *Newsweek*. 2000. MP3.com Gets Ripped. September 18.

ЧЛАНАК У ЧАСОПИСУ ИЛИ ДНЕВНИМ НОВИНАМА СА АУТОРОМ (АУТОРИМА)

T: У *Времену* је објављено (Švarn, Georgijev 2018) да...

Л: Švarn, Filip, Slobodan Georgijev. 2018. Razgraničenje je model u skladu sa politikom etničkog čišćenja. *Vreme*. Avgust 2018.

T: (Mathews, DeBaise 2000)

Л: Mathews, Anna Wilde, Colleen DeBaise. 2000. MP3.com Deal Ends Lawsuit on Copyrights. *Wall Street Journal*. November 11.

НЕОБЈАВЉЕНИ РУКОПИС

T: (Аврамовић, Тодоровић 2017)

Л: Аврамовић, Павле, Ненад Тодоровић. 2017. Стицање без основа у римском праву. Необјављен рукопис. Универзитет у Нишу, Правни факултет, август.

T: (Daughety, Reinganum 2002)

Л: 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.

РАДНИ ДОКУМЕНТ

T: (Стојановић, Савић 2017)

Л: Стојановић, Огњен, Мартин Савић. 2017. Правна природа уговора о кредиту. Радни документ. Институт за право и финансије, Београд.

T: (Eisenberg, Wells 2002)

Л: Eisenberg, Theodore, Martin T. Wells. 2002. Trial Outcomes and Demographics: Is There a Bronx Effect? Working paper. Cornell University Law School, Ithaca, NY.

НУМЕРИСАНИ РАДНИ ДОКУМЕНТ

T: (Томић, Павловић 2018)

Л: Томић, Јанко, Саша Павловић. 2018. Упоредноправна анализа прописа у области радног права. Радни документ бр. 7676. Институт за упоредно право, Београд.

T: (Glaeser, Sacerdote 2000)

Л: 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.

ЛИЧНА КОРЕСПОНДЕНЦИЈА / КОМУНИКАЦИЈА

T: Као што тврди Дамњановић (2017),

Л: Дамњановић, Вићентије. 2017. Писмо аутору, 15. јануар.

T: (Welch 1998)

Л: Welch, Thomas. 1998. Letter to author, 15 January.

СТАБИЛНИ ИНТЕРНЕТ ПРОТОКОЛ (URL)

T: Према Заводу за интелектуалну својину Републике Србије (2018),

L: Завод за интелектуалну својину Републике Србије. 2018. Годишњи извештај о раду за 2017. годину. <http://www.zis.gov.rs/o-zavodu/godisnji-izvestaji.50.html>, последњи приступ 28. марта 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.

У ШТАМПИ

T: (Богдановић 2019, број стране)

L: Богдановић, Лука. 2019. Економске последице уговарања клаузуле најповлашћеније нације у билатералним инвестиционим споразумима. *Номос*, том 11, у штампи.

T: (Spier 2003, број стране)

L: Spier, Kathryn E. 2003. The Use of Most-Favored-Nations Clauses in Settlement of Litigation. *RAND Journal of Economics*, vol. 34, in press.

ПРИХВАЋЕНО ЗА ОБЈАВЉИВАЊЕ

T: У једном истраживању (Petrović, прихваћено за објављивање) посебно се истиче значај права мањинских акционара за функционисање акционарског друштва.

L: Petrović, Marko. *Prihvaćeno za objavljivanje. Prava manjinskih akcionara u kontekstu funkcionisanja skupštine akcionarskog društva. Pravni život.*

T: Једна студија (Јоусе, прихваћено за објављивање) односи се на Колумбијски дистрикт.

L: Joyce, Ted. Forthcoming. Did Legalized Abortion Lower Crime? *Journal of Human Resources*.

СУДСКА ПРАКСА

Ф(усноте): Врховни суд Србије, Рев. 1354/06, 6. 9. 2006, Paragraf Lex; Врховни суд Србије, Рев. 2331/96, 3. 7. 1996, *Билтен судске праксе Врховног суда Србије* 4/96, 27; CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, пара. 16; Opinion of AG Mengozzi to CJEU, case C-20/12, Giersch and Others, ECLI:EU:C:2013:411, пара. 16.

T: За референце у тексту користити скраћенице (БСС Рев. 1354/06; CJEU C-20/12 или Giersch and Others; Opinion of AG Mengozzi) конзистентно у целом чланку.

Л: Не треба наводити судску праксу у списку коришћене литературе.

ЗАКОНИ И ДРУГИ ПРОПИСИ

Ф: Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС* 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014, чл. 2, ст. 1, тач. 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: За референце у тексту користити скраћенице (ЗКП или ЗКП РС; Regulation No. 1052/2013; Directive 2013/32) конзистентно у целом чланку.

Л: Не треба наводити прописе у списку коришћене литературе.

4. ПРИЛОЗИ, ТАБЕЛЕ И СЛИКЕ

Фусноте у прилозима нумеришу се без прекида као наставак на оне у остатку текста.

Нумерација једначина, табела и слика у прилозима почиње са 1 (једначина А1, табела А1, слика А1 итд., за прилог А; једначина Б1, табела Б1, слика Б1 итд., за прилог Б).

На страни може бити само једна табела. Табела може заузимати више од једне стране.

Табеле имају кратке наслове. Додатна објашњења се наводе у напоменама на дну табеле.

Треба идентификовати све количине, јединице мере и скраћенице за све уносе у табели.

Извори се наводе у целини на дну табеле, без унакрсних референци на фусноте или изворе на другим местима у чланку.

Слике се прилажу у фајловима одвојено од текста и треба да буду јасно обележене.

Не треба користити сенчење или боју на графичким приказима. Ако је потребно визуелно истаћи поједине разлике, молимо вас да користите шрафирање и унакрсно шрафирање или друго средство означавања.

Не треба користити оквир за текст испод или око слике.

Молимо вас да користите фонт *Times New Roman* ако постоји било какво слово или текст на слици. Величина фонта мора бити најмање 7.

Графици не садрже било какву боју.

Наслови слика су наведени и на засебној страници са двоструким проредом под називом – Легенда коришћених слика.

Слике не могу бити веће од 10 cm x 18 cm. Да би се избегло да слика буде значајно смањена, објашњења појединих делова слике треба да буду постављена у оквиру слике или испод ње.

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

Факултетски научни часопис *Анали Правног факултета у Београду* излази од 1953. године (ISSN: 0003-2565) као потомак часописа *Архив за правне и друштвене науке* који је излазио од 1906. године.

Главни уредници *Архива за правне и друштвене науке* били су: Коста Кумануди и Драгољуб Аранђеловић (1906–1911), Коста Кумануди (1911–1912), Чедомил Митровић (1920–1933), Михаило Илић (1933–1940), Ђорђе Тасић (1940–1941) и Јован Ђорђевић (1945).

Главни уредници *Анала Правног факултета у Београду* били су: Михајло Константиновић (1953–1960), Милан Бартош (1960–1966), Војислав Бакић (1966–1978), Војислав Симовић (1978–1982), Обрен Станковић (1982–1985), Дејан Поповић (1996), Миодраг Орлић (1997–2004), Данило Баста (2004–2006), Сима Аврамовић (2006–2012), Миролуб Лабус (2013–2015) и Мирко Васиљевић (2016–2018).

У часопису се објављују научни чланци, критичке анализе, коментари судских одлука, прилози из међународног научног живота и прикази књига. Часопис излази и у електронском облику (eISSN: 2406-2693).

Радови објављени у часопису подлежу анонимној рецензији двоје рецензената, које одређује редакција.

Ставови изражени у часопису представљају мишљење аутора и не одражавају нужно гледишта редакције. За те ставове редакција не одговара.

Часопис излази тромесечно.

ISSN 003-2565



БУЛЕВАР КРАЉА АЛЕКСАНДРА 67
11000 БЕОГРАД
СРБИЈА
anali@jus.bg.ac.rs
anali.rs