

др *Владимир* ВУЛЕТИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Београду

**„ИЗ ГРМЕНА ВЕЛИКОГА ЛАФУ ИЗАЂ ТРУДНО
НИЈЕ“: РИМСКИ ТЕМЕЉИ ЗАШТИТЕ
ПОТРОШАЧА У ПОГЛЕДУ НЕПРАВИЧНИХ
УГОВОРНИХ ОДРЕДБИ И ЗАБРАНЕ
НАСРТЉИВОГ ПОСЛОВАЊА***

Резиме

Закон о заштити потрошача из 2010. године посебно пажњу посвећује механизмима заштите потрошача у случају насртљивој пословања и остваривању права из уговора који садрже нејравичне одредбе.

У том контексту, инсистира се на ништавостима свих нејравичних уговорних одреби, у првом реду оних које за последицу имају значајну несразмеру у обавезама уговорних страна на штету потрошача, околност да се извршење уговора значајно разликује од онога што је потрошач основано очекивао, или извршење уговорне обавезе оштерећује потрошача без оправданој разлога.

Са групе страна, Закон потрошача штети и од изв. насртљивој пословања, односно сваке ситуације у којој првовац узнемиравањем и принудом, укључујући физичку принуду или недозвољени утицај, нарушава или прети да наруши слободу избора просечној потрошача.

* Овај рад је настао као резултат истраживања у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Развој правног система Србије и хармонизација са правом ЕУ (правни, економски, политички и социолошки аспекти) – античка правна историја и њен значај за модерно право“.

Аутор настоји да у овом раду, анализирајући актуелна законска решења, укаже на њихов темељ у доменима римској класичној права. У том погледу, истичу се домаћа римске класичне јуриспруденције у погледу исцрпљивања уговора о продаји у вези са предметом и ценом, као битним елементима овог уговора. Истовремено, аутор указује на јасну везу између римској класичној и Јустинијановој права у погледу реулисања заштитне услед принуде, са модерним инстинктивним насрљивој пословања и аналојних права пошрошача.

Закључује се, при том, да нашем законодавцу није било превише тешко да ова питања квалификативно уреди, имајући у виду класични узор, иако, цитирајући Хејоша, „из њихових великих лафа изађу ипсуно није“.

Кључне речи: Закон о заштити пошрошача, насрљиво пословање, принуда, неправичне уговорне одредбе, римско право.

I Увод

У актуелним настојањима да се потрошачима обезбеде функционални механизми заштите њихових права, Република Србија је, у протеклој декади, у два наврата доносила законе из ове области. Након првог, сада већ десет година старог, покушаја, који је откривао низ мањкавости, првенствено у погледу догматског имплементирања одговарајућих директива Европске уније, уследио је нови замах, окончан доношењем Закона о заштити потрошача (ЗЗП) из 2010. године.¹ Законодавац је, овога пута, стао на становиште неопходне равнотеже између домета и норми које је Европска унија прописала и традиције наше легислативе оличене, у првом реду, у Закону о облигационим односима из 1978. године. Штавише, чак је и *prima facie* утврђена предност овог закона над неким актуелним европским решењима, посебно у домену одговорности произвођача ствари са недостатком.²

Потреба да се потрошачима, као слабијој уговорној, економској, слабије информисаној и, опште узев, правно рањивијој страни, пружи адекватна заштита условила је да наш законодавац нека решења црпи и из Закона о облигационим односима (ЗОО), чиме је потврђена

1 Закон о заштити потрошача (Службени гласник Републике Србије, бр. 73/10; у даљим фуснотама: ЗЗП).

2 О овоме детаљније у Владимир Вулетић, „Одговорност произвођача ствари са недостатком: утицај и допринос римског права на савремена решења“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2012, стр. 478–504.

жеља да се у законска решења уврсте све оне традиционалне вредности које су баштињене од римског права. У том контексту, постоји велики број одредби и решења у актуелном Закону о заштити потрошача које директно или посредно, непрекинутом линијом од модерних европских грађанских законика и нашег Закона о облигационим односима, кореспондирају са решењима римског класичног и Јустинијановог права. Изгледа да је утицај римских решења видљив и у погледу заштите потрошача у случају неправичних уговорних одредби и забране насртљивог пословања.

II Неправичне уговорне одредбе

Наш Закон о заштити потрошача у петом одељку регулише положај и заштиту потрошача у остваривању права из уговора који садрже неправичне одредбе. Неправичним одредбама, које су, *ex lege*, ништаве, сматрају се и одредбе уговора које за последицу имају значајну несразмеру у обавезама уговорних страна на штету потрошача,³ за последицу имају околност да извршење уговорне обавезе оптерећује потрошача без оправданог разлога⁴ или за последицу има околност да се извршење уговора значајно разликује од онога што је потрошач основано очекивао.⁵

Тумачећи вољу законодавца, делује да је повреда битних елемената потрошачког уговора, а најчешће уговора о продаји, основ који би условио очигледну несразмеру престација на штету потрошача, односно га извршење таквог уговора неоправдано оптеретило или се значајно разликовало у односу на оно што је потрошач основано очекивао. Као критеријум на основу којег се утврђује да ли је нека уговорна одредбе неправична, узима се природа робе (односно предмета) или услуга на које се уговор односи, околности под којима је уговор закључен и начин на који је постигнута сагласност о садржини уговора.⁶ Корен овако постављене заштите потрошача лежи у плодном тлу римског права и решењима римске класичне јуриспруденције у погледу заштите права купца.

Битни елементи уговора о продаји (*essentialia negotii*), чијим уговарањем контракт настаје, су предмет (*merx*) и цена (*pretium*).

3 ЗЗП, чл. 46, ст. 1.

4 ЗЗП, чл. 46, ст. 2.

5 ЗЗП, чл. 46, ст. 3.

6 ЗЗП, чл. 46.

1. Предмет

Предмет *emptio venditio* може бити свака ствар која је у правном промету (*res in commercio*), телесне и бестелесне ствари (*corporales, incorporales*). Може се продавати и вршење права плодоуживања или могућност коришћења провинцијског земљишта које је ван промета. Када је реч о бестелесним стварима, најразличитије врсте могу бити предмет продаје: наследство после делације, потраживање, службеност која ће тек бити установљена.⁷ Интересантна појава, поготову са становишта модерног права, је продаја ствари одређених по роду (*emptio generis*), које се одређују *que numero, pondere, mensurave constant*.⁸

Оне могу бити предмет уговора ипак само ако су на одређени начин индивидуализоване (или... две амфоре сеоског вина, или обухватањем читаве робе која се продаје... сво вино из мог подрума).⁹ Римљани чак познају и продају ствари одређених по роду из одређене масе и робне залихе (две амфоре вина из мог подрума).¹⁰ Међутим, чиста продаја ствари одређених по роду, сматрају Цицерман, Казер, Хаусманингер и Зелб била би у овој форми: продаја десет амфора белог вина.¹¹ Опште узев, природу заменивих и незамењивих ствари ипак коначно утврђује воља страна уговорница.

7 *Nec emptio nec venditio sine re quae veneat potest intelegeti. Et tamen fructus et partus futuri recte ementur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, cum contractum esset negotium, venditio facta intelegatur: sed si id egerit venditor, ne nascatur aut fiant, ex empto agi posse. – D. 18.1.8. (Pomponius libro nono ad Sabinum).*

8 Разликовање ових ствари није засновано на неким објективним особинама ствари, него на циљевима учесника у правном промету. Тако Милошевић истиче је смисао индивидуализације у томе да се истакне незамењивост ствари. Правна последица индивидуализације је гашење обавезе у случају да ствар пропадне без дужникове кривице, односно настанак његове обавезе да надокнади штету ако је крив за пропаст ствари. Будући да је некада немогуће утврдити вољу странака, као основног критеријума за поделу ствари на замениве и незамењиве, у римском праву је примењивана једна блиска подела ствари – на оне које се одређују бројем, тежином или мером и оне које се тако не одређују. Тако странке могу уговорити продају три индивидуално одређене амфоре вина, али ако то не учине на недвосмислен начин, сматраће се да је уговорена продаја било које три амфоре, Мирослав Милошевић, *Римско право*, Београд, 2011, стр. 237.

9 *D. 18.1.35.7. (Gaius libro decimo ad edictum provinciale).*

10 *Ibid.*

11 Max Kaser, *Das Römische Privatrecht, erster Abschnitt (das altrömische, das vorklassische und klassische Recht)*, München, 1954, стр. 246; Herbert Hausmaninger, Walter Selb, *Römisches Privatrecht*, Berlin, 1987, стр. 323; док Цицерман додаје да таква потпуна продаја *genera* ствари у основи и није била позната римском класичном праву, тврдећи да се нигде не може поуздано пронаћи у изворима, Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations – Roman Foundations on Civilian Traditions*, Oxford University Press, 1995, стр. 237.

Има ставова да је чиста продаја за готов новац у ствари једино могућа на индивидуално одређеним стварима (*species*).¹² Тако се склапају уговори о продаји неодређених ствари из одређених залиха, што донекле подржава Цимерманову и Хаусманингерову идеју о куповини вина из одређеног подрума.

Ева Јакоб заузима интересантан став о продаји вина као ствари одређене по роду. Анализирајући један типичан уговор о испоруци вина, наглашава важност разликовања ових уговора по критеријуму да ли су они са или без гаранције о квалитету вина.

У једном случају та гаранција траје од испоруке вина купцу и у наредних пет месеци. Ако у том временском интервалу вино изгуби првобитни квалитет, замениће се за исту количину новог, одговарајућег квалитета.¹³ Јасно је да је квантитет својствен свим физичким појавама, па је продаја ствари одређених по роду и индивидуално одређених ствари, у основи, релативна, јер ни подела ових ствари није потпуно објективна.

Њу, у највећој мери, одређују практичне животне ситуације. Странке могу да уговоре продају три индивидуално одређене амфоре вина, али ако то не учине на јасан и недвосмислен начин, сматраће се да је уговорена продаја било које три амфоре.¹⁴

12 Тако Казер сматра да се куповина ствари одређених по роду у класичном праву налазила тек на свом почетку, док се испорука за новац робе одређене по роду, поготову у трговини на велико са житарицама и вином, врши кроз узајамне стипулације, М. Kaser, *нав. дело*, стр. 249.

Од значаја је и напомена да и Српски грађански законик познаје продају ствари по роду, односно ствари које се „мере или броје“: оне се могу продавати одсеком (ђутуре) или по мери или броју. Продаја одсеком би била у ситуацији када продавац продаје гомилу кожа које се налазе пред његовом радњом за 500 динара, или сво жито које се налази у његовом магацину за 10.000 динара. Продаја ту има за предмет *rem certam* и она је свршена, чим је цена углављена. Продаја по мери или броју била би, према СГЗ, када продавац из свог подрума, у којем држи 1.000 литара вина, продаје 200 литара за 1 динар по литру, или од свог кукуруза, који је у његовом кошу, 100 килограма по цени од 10 динара – СГЗ, § 644.

Перић, позивајући се на овај члан СГЗ, критикује његово решење и тврди да је неодржива одредба да „продаја још није свршена док се ствари не изброје и не премере“. Купац има право, вели Перић, да од продавца тражи да му овај уговорену количину преда, а ово значи да је уговор о продаји и куповини свршен, јер иначе како би купац имао *право* захтевати од продавца да му ствар преда?, Живојин Перић, *О уговору о продаји и куйовини*, Београд, 1920, стр. 41.

13 У овом случају је заштита права купца сведена на одговарајућу меру. Продавац није одговоран за вишу силу, али само ако се она догоди услед периода ферментације, Eva Jakob, „Wo gärt der verkaufte Wein“, *Symposion, 1997, Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln – Weimar – Wien, 2001, стр. 304.

14 Напротив, тврди Милошевић, ако странке уговоре продају Тицијевог земљишта од десет југера, у случају евентуалног спора, судија ће претпоставити да је реч о

Ипак, упркос томе што се, у основи, иста правила примењују на ствари одређене по роду и индивидуално одређене ствари, уговор о куповини настаје када се странке споразумеју око цене, али се уговор о продаји не сматра коначним све док ствари не буду измерене, извагане и избројане.¹⁵ Међутим, ако се вино продаје по једној амфори, поставља се питање када је уговор о продаји перфектуиран. Исто питање може да се постави и онда када се купује на број ако се цена одређује по броју поједних предмета.

Ослањајући се на мишљење сабинијанаца из Гајевог фрагмента из Дигеста, Бехман и Јуберт тврде да је уговор о продаји и у овом случају коначан тек када су све ствари измерене, извагане и избројане.¹⁶ У свим овим случајевима, решења кореспондирају са нормама нашег ЗЗП, имајући у виду одредбу о значајној несразмери у обавезама уговорних страна на штету потрошача.¹⁷

Посебан облик заштите права купца везан је за значајно ограничење његове одговорности за пропаст индивидуално одређене ствари (*species*) услед више силе. Познато начело *periculum est emptoris*,¹⁸ примењује се од момента када је уговор о продаји већ закључен. У случају продаје под условом, односно постојања суспензивног услова, тај се моменат не поклапа с моментом закључења уговора и постигнутог споразума о битним елементима уговора, већ се поклапа са моментом испуњења услова.

Тако је значајно одступање од општег правила одговорности купца овде присутно кроз решење да купац у периоду „*condicione pendente*“ не може сносити одговорност ризика случајне пропасти ствари, него, напротив, омогућава му да заштити своја права и одржи уговор на снази сразмерним смањењем цене, уколико ствар и даље може бити коришћена и дефекат није такав да јој онемогућава правни промет.¹⁹

Слична решење примењује се у случају погоршања или делимичног уништења ствари. Пениц наводи да ће купац бити ослобођен одговор-

тачно одређеном имању, ако Тиције има такво, јер је у Риму то био редовни начин продаје земљишта, М. Милошевић, *нав. дело*, стр. 197.

15 *D. 18.1.35.5. (Gaius libro decimo ad edictum provinciale).*

16 Овакав уговор је, у неку руку, закључен под одложним условом да ствари буду измерене, извагане и избројане, Artur Bachman, *Der Kauf nach gemeinem Romische Recht*, Koln, 1876, стр. 68; тако и David. J. Joubert, „General principles of the Law of Contract“, *Cambidge Law Review*, 1987, стр. 144.

17 ЗЗП, чл. 46, ст. 1.

18 *D. 18.6.7. (Paulus libro quinto ad Sabinum).*

19 Martin Pennitz, „Ueber das Periculum beim Kaufe, Orbis Iuris Romani“, *Journal of Ancient Law Studies*, Brno – Bratislava, 1998, стр. 84.

ности исплате цене уколико ствар у периоду „*condicione pendente*“ буде видно погоршана у квалитету или делимично буде уништена.²⁰ Чини се да ово решење одговара критеријуму који успостаља наш ЗЗП, штитећи потрошача од несразмере у обавезама уговорних страна на његову штету, односно неоправдано га додатно оптерећујући при извршењу уговорне обавезе.²¹

Према Помпонију, идентично решење се примењује и у случају „*dies incertus*“:

„...*Quod autem sub incerta die debetur, die existente non repetitur.*“²²

Низвесност овако постављеног рока, приближива га, чини се, у великој мери ефекту услова, па се може закључити да је оправдано исто решење о одступању од одговорности купца. Следствено напред изреченом, закључак је да испуњење услова положај купца чини другачијим у односу на општа правила, само уколико је у времену ишчекивања испуњења услова дошло до потпуног или делимичног уништења ствари.

Купац тада стиче право да заштити свој положај користећи корпус тужби *in personam*, и тиме у прилици да поврати исплаћено, да му трошкови буду надокнађени, или да му сразмерно буде смањена цена ствари коју је купио.²³

Наш Закон о облигационим односима, делује, готово идентично римском класичном праву, решава ове случајеве. Тако се предвиђа да, уколико ствар, у тренутку закључења уговора делимично пропадне, купац има право раскида уговора, али, може га и задржати уколико дође до сразмерног снижења цене.²⁴ Међутим, уговор може остати на

20 Погоршано или делимично уништено стање ствари у тренутку „*condicio existit*“ не пада на терет купца, он је своју обавезу извршио „*pendente condicione*“ и може тражити повраћај исплаћеног до тренутка испуњења услова, М. Pennitz, *нав. чланак*, стр. 85.

21 ЗЗП, чл. 46, ст. 1–2.

22 *D. 12.6.16.1. (Pomponius libro 15 ad Sabinum)*.

23 Међутим, купац, ако се одлучи да раскине уговор, ће бити и у обавези да продавцу врати такву ствар, заједно са евентуалним њеним плодовима, М. Pennitz, *нав. чланак*, стр. 85.

Ово је посебан случај одступања одговорности купца, у односу на опште начело *periculum emptoris*, с обзиром на околност условљене продаје. Купац је у специфичном положају, који му омогућава не само искључење одговорности, него и коришћење процесних средстава (тужбе *in personam*) заштите својих права, што је недвосмислено производ делатности учених правника и решења која су понудиле школе сабинијанаца и прокулеанаца, чији се представници, као око ретко којег питања, у овом случају, слажу, R. Zimmermann, *The Law of Obligations – character and influence of the civilian tradition*, Stellenbosch, 1992, стр. 144.

24 ЗОО, чл. 459, ст. 2.

снази и купчево право на снижење цене постоји само ако делимична пропаст ствари не смета постизању сврхе уговора.²⁵ На линији са овим решењима, баштинећи идеје римског права, а поштујући традиционале вредности ЗОО, домаћи Закон о заштити потрошача, инсистира да се извршење уговора не сме значајно разликовати од основаних очекивања потрошача нити га додатно оптерећивати без оправданог разлога.²⁶

2. Цена и прекомерно оштећење

„Item pretium in numerata pecunia consistere debet.“²⁷

Ово правило да се цена мора састојати од (готовог) новца од почетка је рађало бројне контроверзе, а њиме се су се посебно бавиле школе сабинијанаца и прокулеанаца.

Гај, следећи своје учитеље, предлаже да се продаја може обављати и помоћу размене ствари, а не само новца, имплицирајући тиме јединствену природу продаје и трампе.²⁸

Сабинијански поглед базира се, у ствари, на историјском аргументу из којег они формулишу начело да и трампа може потпасти под продају, односно да продаја не мора обавезно захтевати и новац.²⁹

Прокуленаски поглед је дијаметрално супротан. Они нису одушевљени сабинијанским аргументима и истичу своје, којим подвлаче јасну разлику између ове две трансакције. Нерва и Прокул истичу да се код продаје јасно види ко је продавац а ко купац, шта је предмет продаје а шта није. Код трампе, међутим, немогуће је направити исту разлику.³⁰ Прокул и Офилије, како Гај сведочи, одричу било какву могућност да се продаја обавља без новца и инсистирају на раздвојености трампе и

25 ЗОО, чл. 459, ст. 3.

26 ЗЗП, чл. 46, ст. 1–3.

27 *D. 18.1.1. (Paulus libro 33 ad edictum).*

28 *Gai Inst. 3.141.*

29 *Origo emendi vendendique a permutationibus coepit, dim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus in utilia permutabat, quando plerumque evenit, ut, quod alteri supereset alteri desit sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum haberes quod ego desiderarem, invicem heberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret eaque material forma public percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur – D. 18.1.1. (Paulus libro 33 ad edictum).*

30 *...nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit. – D. 18.1.1.1. (Paulus libro 33 ad edictum); D. 19.4.1. (Paulus libro 32 ad edictum).*

продаје.³¹ Крајем класичног периода овај, чини се, утемељенији правни став прокулеанаца односи превагу, што ће и Јустинијан потврдити.

У томе Милошевић, између осталог, види и разлоге што је трампа у класичном праву остала без правног уређења и развијала се независно од правила о продаји.³²

Оно у чему се обе школе начелно слажу је да је трампа старији облик од продаје. Такав став је шире прихваћен и у романистици.³³

Класично римско право поставља услов да цена мора бити одређена или бар одредива: *pretium certum esse debet*.³⁴

Одређеност цене претпоставља фиксно одређивање износа, али не и само то. У вези са овим је и питање ко може одредити цену у уговору о продаји. Јасно је да то могу бити стране уговорнице, али контроверза настаје око питања да ли цену може одредити и неко треће лице?

Ово је био довољан разлог за нови правни сукоб сабинијанске и прокулеанске школе, о чему сведочи Гај. Тако, ако купцу и продавцу цену одреди неко треће лице, Лабееон и Касије одричу да ту постоји било какав посао, док Офилије и Прокул сматрају да се и у том случају може говорити о продаји.³⁵

И у овом случају прокулеански став односи превагу, јер га је Јустинијан усвојио.³⁶

Наиме, одређивање цене може бити поверено трећем лицу које се у посткласичном праву назива *arbitrum bonus vir*. У литератури се може наћи и мишљење да је уз то неопходан један услов. Њега наводи Трејтел: да то лице буде спремно да прихвати одређивање цене.³⁷ Делује да је ово решење ембрион једног од критеријума које домаћи ЗЗП дефинише у вези са неправичним одредбама а који се односи на околности у којима се постиже сагласност о садржини уговора.³⁸ Сагласност странака о цени, чини се, представља суштину консензуса уговора о продаји и модерног потрошачког уговора.

31 *Gai Inst.* 3. 141.

32 М. Милошевић, *нав. дело*, стр. 337.

33 R. Zimmermann, *The Law of Obligations – character and influence of the civilian tradition*, стр. 250; Alastair James Kerr, *The principles of the Law of Contract*, Oxford, 1980, стр. 203 Giuseppe Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, Napoli, 1963, стр. 77.

34 *Iust. Inst.* 3.23.1.

35 *Gai Inst.* 3.140.

36 *Iust. Inst.* 3.23.1.

37 Guenter H. Treitel, *The Law of Contract*, Cambridge, 1987, стр. 111.

38 ЗЗП, чл. 46.

Слична корелација постоји и у вези са захтевом да цена мора бити истинита,³⁹ јер, у основи, полази од идеје забране фиктивних и симулованих уговора у којима странке привидном продајом уговарају и обављају недозвољене трансакције.

Уговор мора бити закључен са намером да се уговорена цена заиста и исплати:

„*Cum in venditione quis pretium rei ponit donationis causa non exacturus, non videtur vendere.*“⁴⁰

„Када неко, продајући ствар, стави цену за коју не очекује да ће бити исплаћена, јер намерава да њу ствар поклони, неће се сматрати да је ствар продао.“

Ово ипак не значи да је исплата цене *condicio sine qua non* уговора: оно што јесте неопходно је сама обавеза да цена буде исплаћена.⁴¹

Вотсон наводи да валидност уговора није испуњена уколико обавеза исплате цене потом ослобађа уговорне странке одговорности у случају да цена заиста и не буде исплаћена.⁴²

Суштина је, дакле, да цена треба да буде озбиљно схваћена без обзира на њен износ. И Цулуета и Цимерман се до детаља слажу да цена може бити и веома ниска, па да уговор о продаји опстане, уколико странке имају озбиљну намеру да и таква цена буде исплаћена.⁴³

Једино ако је цена „подругљива“ (видно неозбиљна – „*nitto ius*“),⁴⁴ могло би се претпоставити да странке немају на уму закључење уговора о продаји већ неки други циљ, а то би и наш Закон о заштити потрошача могао да подведе под неправичну уговорну одредбу.⁴⁵

У време Јустинијана *pretium iustum* је важан захтев и то у интересу продавца: ако није примио више од половине стварне цене, он је имао право да тражи раскид уговора због тзв. прекомерног оштећења

39 D. 18.1.35.1. (*Gaius libro decimo ad edictum provinciale*).

40 D. 18.1.36. (*Ulpianus libro 43 ad edictum*).

41 D. 18.1.2.1. (*Ulpianus libro primo ad Sabinum*).

42 Alan Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford Clarendon Press, стр. 43

43 Francis de Zulueta, *The Roman Law of Sale*, Oxford Clarendon Press, 1945, стр. 19; R. Zimmermann, *The Law of Obligations – character and influence of the civilian tradition*, стр. 252.

44 D. 19.2.46. (*Ulpianus libro 69 ad edictum*).

45 „...*hoc inter ceteros: inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est*“ – D. 4. 4. 16. 4. Тако се продаја између мужа и жене може на исти начин окарактерисати услед неозбиљне цене, јер је, видимо, реч о покушају симулованог поклона, а поклон је међу супружницима забрањен.

(*laesio enormis*).⁴⁶ Купац је, међутим, могао да одржи валидност уговора уколико прихвати да доплати до правичне цене.

О овоме говоре два Диоклецијанова рескрипта⁴⁷ и, премда се о оригиналности ових решења у науци живо расправља,⁴⁸ из цитираних фрагмената може се извући неколико закључака: *laesio enormis* се односи на случај да је несразмера преко половине (*ultra dimidium iusti pretii*). Ово начело се односи само на случај промета непокретностима (*fundus*) а право да захтева поништај уговора припада само продавцу.⁴⁹ Међутим, купац своја права може заштити уколико пристане да доплати до правичне цене, и тиме одржи уговор на снази,⁵⁰ што недвосмислено потврђују наведени извори (осим уколико није реч о *dolus*-у).

Може се, следствено овоме, закључити да је положај купца и његова заштита права у случају нестрасмерно дате цене, у великој мери, ограничена вољом продавца. Продавац је тај који може захтевати раскид уговора у случају да није примио ни половину вредности ствари. Делује како је продавац у нешто бољем положају и да је оваква заштита купца ипак само ограничена. Међутим, купац може својом вољом уговор сачувати валидним и заштити своја права давањем новца до оног износа

46 Михајло Константиновић, „Оштећење преко половине и зеленашки уговори“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 2/1954, стр. 135.

47 С. 4.44.2, С. 4.44.8.

48 Мекинтош ова решења приписује Диоклецијану и његовом Едикту о максимизирању цена, James Mackintosh, *The Roman Law of Sale*, Edinburg, 1907, стр. 133. Исти став заузима и Перниће, наводећи конституције Аркадија и Хонорија из 398. године о цени остијског хлеба, као и Хоноријеву и Теодосијеву конституцију из 413. године о цени рибе, за које тврди да се базирају, у основи, на Диоклецијановим конституцијама у којима је регулисано прекомерно оштећење, Alfred Pernice, *Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, Weimar, 1873, стр. 142.

Бројнији су романисти који тврде супротно. Цуљета и Цимерман верују да има основа да се верује да је Јустинијан аутор поменутог решења, R. Zimmermann, *The Law of Obligations – character and influence of the civilian tradition*, стр. 261. Цуљета сматра да су Диоклецијанови рескрипти интерполисани, F. de Zulueta, *nav. дело*, стр. 19. Да је Јустинијан оригинални аутор тврди и Диожди, који наводи да су ова решења у контрадикцији са фрагментима из Диоклецијановог времена, па се не може закључити да су његово дело, Gyorgy Diosdi, *Contract in Roman Law from the Twelve Tables to the Glossators*, Cambridge, 1921, стр. 100. Албертарио рашчлањујући конституцију С. 4.44.2, говори о тексту „*rem maioris pretii*“ као интерполираном, закључујући да се *laesio enormis* може приписати једино Јустинијану, Emilio Albertario, *Studi di diritto romano, vol. III– Obligationi*, Milano, 1936, стр. 166. Сличан став заузимају и Шулц и Фреца, који не остављају никакву дилему – *laesio enormis* приписују искључиво Јустинијану без помињања Диоклецијана, Fritz Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953, стр. 89; Paolo Frezza, *La garanzie delle obbligazioni I*, Napoli, 1962, стр. 133.

49 Hannu Tapani Klami, „*Laesio enormis* in Roman Law“, *Labeo*, 33, 1987, стр. 268.

50 Obrad Stanojević, „*Laesio enormis* e contadini tardoromani“, *Atti*, 1978, стр. 122.

који се сматра правичним (*facultas alternativa*). У одређеним ситуацијама, ова могућност купца није безвредна. У време смираја римске државе социјалне разлике биле су израженије него у класичном периоду. Цене прехрамбених производа вишеструко су порасле, упркос настојањима да се максимизирају. Ни земља у Италији више не пружа изобилне плодове као раније. Државне финансије су у све већим потешкоћама а новчана привреда у сталном опадању.⁵¹ Могућност купаца да ипак одрже уговор на снази одговарајућом доплатом цене, понекад је за њих значила више него раскид уговора. Ово је, вероватно, последица покушаја да се спречи широко сиромашење сељака и њихово претварање у колоне. Можда се у овом разлогу може тражити основ даљег развоја правила *laesio enormis*. У средњем веку, његов развој иде ка томе да се продавац и купац поставе у исти положај. Проширење овог правила и на купца, не само за продају, него и за неке друге теретне уговоре, указује да је римско право намеравало да и у овом погледу садржајније заштити права купца. Отуда и не чуди што наш Закон о заштити потрошача омогућава потрошачу, као слабијој уговорној страни, идентичну могућност избора, забрањујући очигледну и значајну несразмеру у испуњењу уговорних обавеза на штету потрошача.⁵²

III Забрана насртљивог пословања

Насртљиво пословање, према слову Закона, постоји ако узимајући у обзир све околности конкретног случаја, трговац узнемиравањем, *йринудом, укључујући и физичку йринуду* (подвукао В. Вулетић) или недозвољеним утицајем, нарушава или прети да наруши слободу избора или понашање просечног потрошача у вези са одређеним производом и на тај начин наводи или прети да неведе просечног потрошача да донесе економску одлуку коју иначе не би донео.⁵³

Из овако постављене законске дефиниције делује да су неке одредбе о забрани насртљивог пословања у тесној вези са институтом принуде која означава правну ситуацију у којој једна страна присили другу да закључи неки штетан правни посао, који, иначе, не би закључила да принуде и силе није било.⁵⁴ Принуда је, под одређеним условима, један од облика мане воље, које се могу отклонити конвалидацијом уговора а у на-

51 *Ibid.*

52 ЗЗП, чл. 46, ст. 1.

53 ЗЗП, чл. 24.

54 Има аутора који опрезно гледају на могућност да претња и принуда буду основ заштите потрошача, будући да су отворене претње ретке и да се продавци служе далеко софтицираним средствима, Марко Ђурђевић, „Заштита потрошача пре-

шем савременом праву је хибридни, приватноправни⁵⁵ и јавноправни⁵⁶ институт. Међутим, свој двоструки правни карактер, услове под којима постоји и степеновање заштите лица које је под принудом деловало, овај институт дугује римском класичном и Јустинијановом праву.

Римско право је, у почетку, принуду дефинисало као *vis ac metus* (сила и страх). Пандектисти су, током средњег века, направили дистинкцију која се и данас користи у литератури, разликујући тзв. *vis compulsiva* – претњу, стављање у изглед неке опасности или озбиљне непријатности по странку уколико не поступи по вољи онога који је претњу извршио, и тзв. *vis absoluta*, чисту присилу, физичку принуду, код које странка није ни била у могућности да изјави било какву вољу.⁵⁷ Дакле, у овом случају, није ни реч о недостатку воље, него о потпуном одсуству воље, будући да је физичка сила управљена на наношење физичког бола (увртање руке у намери потписивања уговора, насилно уношење опојних дрога у организам не би ли се изнудио пристанак).⁵⁸ У римском праву, оваква ситуација и није потпадала под *metus*, па је оштећена страна користила тужбу из инјурије. Делује да ЗЗП, за разлику од решења римског права, на исти начин третира оба ова појавна облика, имајући у виду да, под насртљивим пословањем, укључује и физичку принуду.

Римски класични правници посвећују значајну пажњу овом институту, па се тако у Улпијановом фрагменту из Дигеста,⁵⁹ окрива недвосмислени став да ништа није у таквој мери супротно сагласности странака, као присуство силе и страха. Штавише, тврди Улпијан, ове околности се морају узимати у обзир приликом суђења послова *bona fidei*, јер би супротно било противно моралу.

ма општим правилима о закључењу уговора“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2009, стр. 275.

55 Закон о облигационим односима (*Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003; даље у фуснотама: ЗОО), чл. 60.

56 Кривични Законик Републике Србије (*Службени гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005; даље у фуснотама: КЗ), чл. 135.

57 Истине за вољу, ова дистинкција није доследно спроведена у свим модерним грађанским законима (чл. 28, 537, 937 Српског грађанског законика – СГЗ, чл. 870 и 874 Аустријског грађанског законика – АГЗ, чл. 29 Швајцарског законика о облигацијама). Насупрот овоме, у Општем имовинском законнику за Црну Гору – ОИЗ недвосмислено се разликују термини „насиље“ и „озбиљно плашење“ као два посебна облика принуде (чл. 518, 908 ОИЗ). Међутим, у савременом домаћем праву термин „принуда“ изгледа да обухвата оба случаја: и чисту физичку принуду и стављање у изглед опасности (тако и наш Кривични законик, чл. 149).

58 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1981, стр. 305; Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2012, стр. 336.

59 *D. 50.17.116 (Ulpianus libro undecimo ad edictum)*.

Тако је 79. године п. Х. претор Октавије први пут формулисао механизам заштите у ситуацији „*per vim aut metum auferre*“, тужбом која је по њему добила име *formula Octaviana (actio quod metus causa)*.⁶⁰ Улпијан нам саопштава преторову намеру да не дозволи ни један правни посао који је склопљен услед принуде – *quod metus causa gestum erit, ratum non habebit*.⁶¹ Претор је, изгледа, полазио од тога да, у случају принуде, није само реч о мани воље, односно о свесном нескладу између мишљене и исказане воље, већ о правно потпуно недопуштеном формирању воље.⁶² Наш законодавац је на линији са овим римским ставом, будући да инсистира да је недозвољени утицај на потрошача сваки онај који битно ограничава његову способност да разумно одлучује, било да је физичка сила употребљена или је само стављена у изглед.⁶³

Битни критеријуми, на основу којих се одређује постојање насртљивог пословања, су, између осталог, и употреба претећег или увредљивог језика и понашања и претња трговца да ће према потрошачу предузети одређену радњу која није у складу са законом.⁶⁴ У оба случаја потрошач се суочава са ситуацијом која у њему побуђује оправдани страх и наводи га на доношење економске одлуке коју, иначе, не би донео. Ембрион ове идеје зачет је у римском праву: услов постојања страха садржан је у Гајевом фрагменту из Дигеста:

„*Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in homine constantissimo cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus.*“⁶⁵

Види се да право на заштиту има она странка која је претрпела озбиљан страх. То не може бити страх који би иначе плашљивог човека принудио на закључивање правног посла, већ онај који би оправдано обузео и најхрабријег човека (*vir constantissimus*).

Услов противправности такође је дефинисан у решењима римске јуриспруденције: претња је морала бити противправна, озбиљно

60 М. Милошевић, *нав. дело*, стр. 398; Иво Пухан, *Римско право*, Београд, 1977, стр. 285; Меријан Хорват, *Римско право*, 1958, стр. 357; Драгимир Стојчевић, *Римско приватно право*, Београд, 1973, стр. 290; R. Zimmermann, *The Law of Obligations – character and influence of the civilian tradition*, стр. 653. Ово је, тврди Купиш била историјски почетна тачка од које је започето стварање система заштите услед бруталне принуде, која се, још јасније и интензивније, може сагледати у Хадријаново време, Berthold Kupisch, *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsübertragungen im klassischen römischen Recht*, Berlin – New York, 1974, стр. 158.

61 *D. 4.2.1. (Ulpianus libro undecimo ad edictum)*.

62 Тако и I. Puhán, стр. 285.

63 33П, чл. 24.

64 *Ibid.*

65 *D. 4.2.6. (Gaius libro quarto ad edictum provinciale)*. У истом смислу и Улпијан, *D. 4.2.7. (Ulpianus libro 11 ad edictum)* „...si quis meticulousus rem nullam frustra timuerit, per hoc edictum non restituitur, quoniam neque metus causa factum est.“

мишљена, непосредна и упућена сауговарачу лично или члановима његове најближе породице.⁶⁶ Следствено овоме, правни послови, предузети *propter trepidationem mentis causa instantis vel futuri periculi*,⁶⁷ због страха и узнемирености услед садашње или будуће опасности, нису правно ваљани.

Утицај ових решења је јасно видљив у одребама Закона о облигационим односима, који је, подсетимо, у значајној мери послужио као узор редакторима Закона о заштити потрошача. Тако је у ЗОО принуда дефинисана као мана воље:

*„Ако је уговорна сйрана или неко йрећи недойушйеном радњом изазвао ойравдани сйрах код друје сйране йако да је ова збой йоја закључила уйовор, друја сйрана може йражййи да се уйовор йонишйи.“*⁶⁸

Јасно је да је овде реч психичкој, посредној принуди, будући да је већ констатовано да физичка принуда није мана воље, него одуство било какве воље.⁶⁹ Имајући у виду принуду као ману воље, она се мора посматрати у контексту оправданог страха (а изазвао га је сауговарач или неко други) који је уговорну страну определио на закључење правног посла:

*„Сйрах се смайра ойравданим ако се из околностйи види да је озбйљном ойасношйу уйрожен живојй, йело или друйо значајно добро уйоворне сйране или йрећеј лица.“*⁷⁰

Паралеле са резултатима до којих је дошла римска јуриспруденција изгледа да се могу лако повући. Изгледа да и наш законодавац, попут Улпијана,⁷¹ инсистира на томе да страх мора бити оправдан. Такав је уколико је уперен против живота, тела или другог значајног добра⁷² уговорне стране или трећег лица. Потпуно идентично, анализирано је, тврди и римско право. Претња која изазива оправдани страх може бити и морална претња (када једна страна прети другој да ће у јавности открити неку њену посебно поверљиву тајну) или таква претња која злоупотребљава нужду сауговарача (једна страна инсистира на томе да

66 D. 2.1-9.

67 Ibid.

68 ЗОО, чл. 60, ст. 1.

69 О. Антић, *нав. дело*, стр. 336.

70 ЗОО, чл. 60, ст. 2.

71 D. 4.2.3. (*Ulpianus libro 11 ad edictum*).

72 „Друго значајно добро“ се, пише Антић, цени према субјективном критеријуму (нпр. у циљу утицаја на вољу сауговарача лице запрети да ће бацити у камин једну фотографију његових предака.), О. Антић, *нав. дело*, стр. 336.

сауговарач купи од њега какву ствар која му није потребна, јер му, у супротном, он неће продати неопходни лек, који сауговарач не може да набави у кратком временском интервалу, а хитно му је потребан).⁷³ У истом контексту наш ЗЗП омогућава заштиту потрошача у случају да је трговац принудом (укључујући и физичку) недозвољено утицао на доношење економске одлуке, коју потрошач, да принуде није било, не би донео.⁷⁴ Чини се да и домаћи законодавац, попут римских класичних јуриспрудената, инсистира на идентичним условима заштите потрошача од насртљивог понашања трговца, узимајући као меродавне критеријуме противправност и оправдан страх.

IV Закључак

Претходна анализа је показала да да делује да је наш законодавац имао ваљан узор, ненадмашан правни извор у решењима римске класичне јуриспруденције и Јустинијанових доприноса. Имајући у виду пре свега интерес потрошача, као слабије уговорне и слабије информисане стране, наш Закон о заштити потрошача покушао је да свеобухватно предвиди правне ситуације у којима потрошач може бити оштећен услед неправичних уговорних одредби. Притом, норме и критеријуми које Закон промовише, у значајној мери кореспондирају са идејама које је поставило римско право.

Баштинећи богатство мисли и традиционалну вредност решења римских класичних правника, домаћи законодавац је, угледајући се и на домашаје Грађанског законика за књажевство Србију из 1844. године и посебно Закон о облигационим односима из 1978. године, настојао да ово важно питање уреди што квалитетније и универзалније. „Из грмена великога, лафу изаћ трудно није“, вели Његош. Изузетна правничка решења су нам већ доступна, векови су их потврдили, потребно је само послушнути потребе савременог човека и на провереном и постојаном римском темељу изградити стабилне институције.

73 Борислав Благојевић, Врлета Круљ (уредници), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1983, стр. 221.

74 ЗЗП, чл. 24.

Vladimir VULETIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law, University of Belgrade

CONSUMER PROTECTION BASED ON ROMAN FOUNDATIONS REGARDING UNFAIR CONTRACT TERMS AND INTRUSIVE BUSINESS

Summary

Consumer Protection Act of 2010 pays special attention to the mechanisms of consumer protection in the event of aggressive operations and enforcing contracts containing unfair terms.

In this context, it is insisted on the nullity of unfair contract provisions extensively, primarily those that result in significant discrepancies in the obligations of parties to the detriment of consumers, the fact that the performance of the contract is materially different from what the customer legitimately expected, or execution of contractual obligation burdens the consumer without a valid reason.

On the other hand, Consumer Protection Act also protects from the so-called aggressive operations or any situation in which a trader by harassment and coercion, including physical coercion or undue influence, distorts or threatens to violate the freedom of choice of the average consumer.

The author attempts in this paper, by analyzing the current legal provisions, to indicate their basis in the achievements of classical Roman law. In this regard, highlighted are the achievements of classical Roman jurisprudence with regard to the fulfillment of the contract of sale in relation to the subject matter and price, as well as relevant elements of the contract. At the same time, the author points to a clear link between the classical and Justinian law regarding the regulation of protection under duress, with the modern institute of aggressive operations and analog consumer rights.

It is concluded that, at the same time, it was not too difficult for our legislator to regulate these issues well, considering the classical model, and so, quoting Petar Petrović Njegoš: "Good role model makes a success."

Key words: Consumer Protection Act, aggressive operations, coercion, unfair contract terms, Roman law.