

Др Небојша ЈОВАНОВИЋ
редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

„ПРЕЛЕТОМ“ ПРЕКО ГЛАВНИХ СЛАБОСТИ ПРЕДНАЦРТА ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА У ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА*

Резиме

Писац у раду указује на основне мане предложених измена Преднацрта грађанског законика Србије из 2014. године у односу на правила Закона о облигационим односима из 1978. године. Он се углавном бави неусклађеношћу Преднацрта са правилима међународних конвенција које је Србија ратификовала. Недовољна усклађеност се пре свега тицхе уговора о куйојродаји, али и ојшћеј уговорној йрава. Осим тоја, указује се на неложност, йа и йрошйвечност, предложених измена у вези са йривредним уговорима, као шйо су оне које се односе на йојам йрјовца (йривредној субјектја), уговор о йрјовинском засйууању, ускладишћењу, йревозу и ијри и ојклади. Указује да је Преднацрт йисан офрље, без сйручној удубљивања у мајерију и уз неййребно йрејисивање хрвайских йравила о облигацијама. Закључује се да на Преднацрту мора још мнојо да се ради, јер била би брука да се усвоји као законик у садашњем шексју.

Кључне речи: Грађански законик, йреднацрт, нацрт, облигације.

* Рад се објављује у оквиру пројекта „Идентитетски преображај Србије“ Правног факултета Универзитета у Београду (най. ауј.).

I Увод

Прошле године је у Србији обележено 170 година од доношења Српског грађанског законика из 1844. године, којег су револуционарне комунистичке власти укинуле 1946. године Законом о неважности правних прописа (чл. 4).¹ Његова правила су се, међутим, и даље примењивала до доношења Општих узанси за промет робом 1954. године, да би највећим делом коначно престала доношењем Закона о облигационим односима 1978. године. Само правила о ортаклуку, поклону, послузи и игри и опклади су остала да се примењују у судској пракси на основу Закона о неважности (чл. 4), јер ти уговори нису били уређени Законом о облигационим односима.

Следећи кодификаторску традицију континенталноправног система Србија је 2006. године одлучила да замени постојећи систем разуђеног уређивања грађанскоправне области путем неколико посебних закона системом обједињеног уређивања путем једног законика, односно кодификацијом. Стога је образовала стручну комисију и задужила је да напише нацрт Грађанског законика.² Након вишегодишњег рада Комисија је објавила Преднацрт грађанског законика 2014. године (даље у тексту: Преднацрт), којим су у облигационим односима предвиђене бројне и важне измене у односу на Закон о облигационим односима. Имајући у виду вишегодишњи рад Комисије и чињеницу да је чине истакнути стручњаци за грађанско и трговинско право, могло се очекивати да је припремила ваљан текст Грађанског законика. Разматрањем предвиђених измена стиче се утисак да је Комисија лоше обавила посао у облигационоправном делу (књига друга Преднацрта), због бројних слабости које садржи.

II Слабости

Главне слабости Преднацрта у облигационим односима су двојаке. Прва је неусклађеност Преднацрта са важећим међународним конвенцијама које је Србија ратификовала, јер је Комисија то усклађивање задала себи као један од битних циљева рада на законик.³ Друга слабост јесу бројне и зачуђујуће грешке, нелогичности, па и про-

1 *Сл. лист* ФНРЈ, бр. 86/1946.

2 Одлука Владе Републике Србије о образовању посебне комисије ради кодификације грађанског права и израде Грађанског законика Републике Србије (*Сл. гласник РС*, бр. 104/06, ..., 85/09).

3 Друга књига Преднацрта (Облигациони односи), „Уводне напомене“, стр. 4, доступно на интернет адреси: http://www.kopaonikschool.org/gradjanski_zakonik.html.

тивречности новопредвиђених правила у Преднацрту о многим уговорима, а пре свега о уговорима у привреди или „привредним уговорима“, како су названи Преднацртом (чл. 12).

1. Неусклађености

Закон о облигационим односима није усклађен са Конвенцијом УН о уговорима о међународној продаји робе, која је закључена 1980. године у Бечу (даље: Бечка конвенција), као главном конвенцијом у облигационим односима. Ова конвенција је главна за облигационе односе у међународној трговини из два разлога. Први је тај што су је ратификовале 83 државе, међу којима је огромна већина водећих држава света у међународној трговини (нпр. САД, Русија, Немачка, Кина), због чега је она постала готово општеприхваћено право купопродаје у свету. Други разлог је тај што се њом уједначава не само право купопродаје у државама чланицама у међународној трговини, него и друга питања уговорног права (нпр. закључење уговора, раскид уговора, уговорна одговорност за штету). Осим тога, Преднацрт није усклађен ни са Конвенцијом УН о застарелости потраживања у међународној продаји робе која је закључена у Њујорку 1974. године, а измењена Протоколом увојеним у Бечу 1980. године (даље: Конвенција о застарелости).⁴

Због ове неусклађености постоји двојни правни режим српског права о уговору о купопродаји. Један је онај којим се уређује домаћа (унутрашња) купопродаја, а други је режим спољнотрговинске купопродаје. За уговор о купопродаји између домаћих лица важе правила Закона о облигационим односима, док за уговор о купопродаји између домаћих и страних лица, која имају седиште (пребивалиште) у страни држави уговорници Конвенције, важе правила Бечке конвенције и Конвенције о застарелости (даље заједнички назив за обе конвенције: конвенције о купопродаји). Ово стога што ове конвенције, као и сви међународни уговори, по Уставу Србије из 2006. године имају предност у односу на домаће законе, ако се њихова правила разликују у истом питању које уређују (чл. 16). Стога су правила конвенција о купопродаји постала саставни део нашег унутрашњег права о купопродаји у спољној трговини. Домаћа лица често нису свесна овог двојног режима кад уговарају купопродају са странцима, јер често не знају ни за постојање Бечке конвенције, или за њена правила, мислећи да су она иста као пра-

4 Обе конвенције је ратификовала још социјалистичка Југославија, и то Бечку конвенцију 1984. године (*Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10–1/1984), а Конвенцију о застарелости 1978. године (*Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 5/1978). Ове конвенције су ступиле на снагу 1988. године.

вила Закона о облигационим односима. То ствара ризик по домаћа лица од губитка евентуалних спорова, ако олако и из незнања за ову двојност режима закључују уговоре о међународној купопродаји, што може да буде прилично штетно по њихове интересе, али и интересе целе домаће привреде.

Штетност двојства правног режима унутрашње и спољнотрговинске купопродаје у Србији може да се отклони усклађивањем српских правила облигационог права са конвенцијама о купопродаји. Стога је израда новог грађанског законика Србије прилика да се двојност отклони, што је Преднацртом покушано. Мана усклађивања домаћег права са конвенцијама јесте у томе што оно изискује бројне измене важећих правила тренутно садржаних у Закону о облигационим односима, не само у питању купопродаје, него и целог уговорног права. Оне су нужне, јер је бесмислено да се питања закључења, раскида, одговорности за штету и застарелости у уговору о купопродаји уреде друкчије од општег уговорног права. Стога је нужно да се битно измене општа правила уговорног права у питањима које уређују конвенције о купопродаји. То изискује врло пажљив и стручан рад на измени важећих правила уговорног права, а посебно на усклађивању нових (измењених) правила са осталим (неизмењеним) правилима, како не би дошло до њихових противречности, а тиме и до бесмислености и немогућности њиховог тумачења. Овакво „реновирање“ домаћег уговорног права би створило велике тешкоће у примени нових правила, ако буду ступила на снагу, због тога што су правници свикли на важећа правила Закона о облигационим односима, те би морали велики део уговорног права поново да уче. То би сигурно у почетку стварало бројне тешкоће у тумачењу пре свега у судској пракси, што би изазивало и појачану правну несигурност.

Ако се у писању новог грађанског законика определи за такав приступ, који подразумева присиљавање српског правништва на поновно учење великог дела уговорног права, онда ваља да се домаће уговорно право, а посебно право купопродаје, потпуно и доследно усклади са конвенцијама о купопродаји. У Преднацрту се, међутим, није тако поступило, него се прихватио приступ делимичног усклађивања, јер су његова правила само у неким питањима усклађена са Бечком конвенцијом, а у другим нису, при чему се потпуно изоставило усклађивање са Конвенцијом о застарелости. Тиме се не постиже ваљано жељени циљ, јер би по садашњем тексту Преднацрта опстао двојни правни режим за унутрашњу и спољнотрговинску купопродају, иако у мањем броју питања него раније.

2. „К’о бајаги“ усклађености

У разматрању питања у којим Преднацрт није усклађен са конвенцијама о купопродаји ваља прво да се укаже на питања у којим је са њима усклађен. То су питања начина и разлога једностраног раскида двострано-обавезујућих уговора уопште, а посебно уговора о продаји.

У питању *начина* једностраног раскида Бечка конвенција усваја систем изјаве (саопштења), док Закон о облигационим односима усваја систем раскида по сили закона протеком накнадног рока. Систем изјаве о раскиду значи да поверилац, по Бечкој конвенцији, мора да саопшти дужнику да раскида уговор због повреде обавезе коју је овај учинио (чл. 49, 64). И кад опоменом остави дужнику додатни рок за отклањање повреде уговора (нпр. доцња у испуњењу, мане ствари), па овај то не учини ни у додатном року, поверилац мора раскид да саопшти дужнику у разумном року након протекла додатног рока, јер иначе уговор опстаје. Систем изјаве о раскиду се примењује без обзира да ли је дужникова повреда уговора битна или није.⁵ За разлику од тога, Закон о облигационим односима обавезује повериоца да, у начелу, прво опомене дужника да ће раскинути уговор ако му обавезу ваљано не испуни у накнадном року, тако да се уговор раскида по сили закона протеком накнадног рока, без давања икакве изјаве, ако је дужник не испуни ни у накнадном року (нпр. купац да исплати цену, продавац да испоручи робу, поправи или замени манљиву ствар; чл. 126). Напомиње се да је систем изјаве о раскиду био предвиђен првобитним нацртом Закона о облигационим односима, али да је у коначној верзији замењен важећим системом.⁶

Преднацрт уводи међурешење, предвиђајући три начина раскида уговора, чиме се ни у овом питању не усклађује доследно са Бечком конвенцијом. Прво, ако је испуњење обавезе о року битан састојак уговора, уговор се раскида по сили закона безуспешним протеком уговореног рока, без обавезе повериоца да дужнику остави накнадни рок за испуњење (чл. 77). Овај начин раскида је задржан из Закона о облигационим односима (чл. 125), али га нема у Бечкој конвенцији, јер она не познаје раскид истеком рока по сили закона (по самом праву), осим ако је тако уговорено. Други начин раскида је предвиђен за битну повреду уговора. Она постоји кад неиспуњење обавезе дужника изазива повериоцу такву штету да га суштински лишава користи коју је од уговора оправдано очекивао или услед које не може да оствари сврху уговора.

5 Јелена Вилус, *Коментар Конвенције УН о међународној продаји робе*, Информатор, Загреб 1981, стр. 134, 150, 151.

6 Михаило Константиновић, *Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Правни факултет у Београду, Београд 1969, стр. 39, 40 (чл. 93–97).

Због битне повреде уговора поверилац може, али не мора да остави додатни рок за испуњење, већ може одмах да дужнику саопшти да раскида уговор (чл. 79). Овај начин раскида уговора постоји у Бечкој конвенцији (чл. 47, 49, 63, 64), али не и у Закону о облигационим односима.⁷ Трећи начин једностраног раскида уговора важи у случају кад испуњење о року није битан састојак уговора. Тада поверилац нема право да одмах раскине уговор, као кад је повреда битна, већ мора дужнику да остави накнадни примерени рок за испуњење. Ако дужник не испуни обавезу ни у накнадном року, поверилац раскида уговор изјавом саопштеном дужнику. Овај раскид уговора уређује Бечка конвенција кад повреда уговора није битна (чл. 49, 64), али не и Закон о облигационим односима, јер се по њему уговор раскида по сили закона истеклом накнадног рока, а не повериочевом изјавом дужнику (чл. 126). Очигледно је да Преднацрт мења правила о разлозима једностраног раскида из Закона о облигационим односима, али да их не усклађује доследно са Бечком конвенцијом.

У питању *разлоја* за једностран раскид двострано-обавезујућих уговора Преднацрт је боље усклађен са Бечком конвенцијом. Бечка конвенција усваја систем разликовања битне од небитне повреде уговора као разлога за његов једностран раскид. Кад је повреда битна, онда поверилац, било да је продавац или купац, има право да раскине уговор без остављања дужнику накнадног рока, тако што му изјаву о раскиду мора да саопшти. Ако повреда није битна, онда мора да дужнику остави додатни рок разумне дужине, како би му омогућио да отклони повреду, односно да ваљано испуни обавезу. Ако дужник то не учини ни у додатном року, онда поверилац има право да изјави дужнику да раскида уговор. Оваквог разликовања разлога за раскид уговора нема у Закону о облигационим односима. Њиме је само предвиђено да поверилац нема право да раскине уговор због неиспуњења незнатног дела обавезе (чл. 131). Преднацрт усклађује наше право са Бечком конвенцијом уводећи битну повреду уговора, као разлог за његов раскид без остављања додатног рока, али уз обавезу повериоцу да га дужнику саопшти (чл. 79, чл. 463, 464). Тиме се у српско уговорно право уводи *common law* систем битне повреде уговора, као разлога за једностран раскид.⁸ Он је требало да се уведе већ 1978. године у Закон о облигационим односима на основу првобитног текста његовог нацрта, али је у коначној верзији

7 J. Вилус, *нав. дело*, стр. 131, 132, 149–152.

8 John Cartwright, *Contract Law*, Oxford University Press, Oxford 2007, стр. 256; Guenter Treitel, *An Outline of the Law of Contract*, Oxford University Press, Oxford 2004, стр. 321; Небојша Јовановић, *Кључне разлике енглеској и српској уговорној права*, Службени гласник, Београд 2008, стр. 93.

искључен.⁹ Да је тада уведен, сада не би било главобоље у вези са овим питањем, јер је оно тада било знатно боље уређено него што је данас у Преднацрту.

3. Поједине неусклађености

Бројна су питања уговорног права уопште, а посебно уговора о купопродаји, у којим Преднацрт није усклађен са конвенцијама о купопродаји. Неусклађености се састоје у томе што нека питања, која су уређена конвенцијама, уопште нису уређена Преднацртом, док су друга питања уређена, али различито, било да су задржана правила из Закона о облигационим односима било да су предвиђена друкчија правила од конвенција. Од питања која нису уређена Преднацртом спомиње се само неколико најважнијих, јер би детаљно излагање о њима захтевало знатно дужи и озбиљнији научни рад. То су питања права излечења, естопела у споразумном раскиду или измени уговора, правног узнемиравања по основу интелектуалне својине на продатој ствари, преласка ризика на роби током превоза и застарелости.

Право излечења (right to cure) јесте право дужника, који је обавезу лоше испунио пре доспелости (нпр. продавац испоручио манљиву ствар, купац платио цену погрешном валутом), да отклони повреду своје обавезе у времену преосталом до доспелости (нпр. да замени лошу ствар исправном, да је поправи, замени погрешну валуту уговореном). Ово право потиче из *common law* система, а прихвата га и Бечка конвенција (чл. 37, 48).¹⁰ Њиме дужник спречава повериоца да олако раскине уговор. Бечка конвенција ово право даје продавцу и кад падне у доцњу у испоруци робе. Наиме, продавац има право да о свом трошку накнадно отклони сваку повреду својих обавеза, под условом да то учини без неразумног одлагања и стварања купцу неразумних тешкоћа. Ако купац сноси неке трошкове задоцнелог „излечења“ повреде продавчеве обавезе, продавац је дужан да му их накнади, као и што је дужан да му накнади сву штету коју претрпи услед оваквог начина испуњења. Кад продавац захтева од купца да се изјасни да ли пристаје на накнадно испуњење обавезе (излечење). Купац може да одбије продавчев захтев, али ако му не одговори у разумном року на захтев, сматра се да је пристао, те да продавац има право да испуни обавезу и у накнадном року који је саопштио купцу у свом захтеву. До истека тог рока купац нема право да раскине уговор, нити да се позива ни на једно друго средство заштите својих права које би било противно продавчевом праву излечења (нпр.

9 М. Константиновић, *нав. дело*, стр. 39, 40 (чл. 94–97); 130, 140 (чл. 417, 418).

10 Roger Miller, Gaylord Jentz, *Business Law Today*, Thomson, Mason 2003, стр. 311.

снижење цене). Овакав захтев продавца обавезује одсутног купца само ако га је примио, што значи да продавац сноси ризик грешке поште у достављању његове поруке купцу (теорија пријема).

Право излечења није потребно дужнику, па ни продавцу, у важећем српском праву, јер, у начелу, поверилац, а пре свега купац, нема право да одмах једнострано раскине уговор због битне повреде, као што га има у *common law* систему. Ово стога што се оно углавном примењује кад продавац испоручи ствар са физичком маном, која се у *common law* систему сматра битном повредом уговора. У српском праву, напротив, купац и други поверилац (нпр. наручилац посла) редовно је дужан да захтева од продавца отклањање мане у накнадном року, што омогућава продавцу, односно другом дужнику у другом уговору (нпр. посленику у уговору о делу) да отклони ману (тј. да излечи лоше испуњење). Ако се, међутим, Преднацртом усклађује српско право купопродаје са Бечком конвенцијом, онда је требало да се њиме и уреди и право излечења.

Естопел (*estoppel*) јесте забрана једном уговорнику да оспори своју раније дату изјаву саговорнику (нпр. обећање), који се уздао у њену истинитост у обављању својих послова. Учење о естопелу (*Doctrine of Estoppel*) потиче из енглеског права, а у у Бечкој конвенцији је примењено у питању неформалне измене писменог уговора о продаји (чл. 29).¹¹ У складу са начелом неформалности, Конвенција допушта да се закључени уговор раскине или измени обичним споразумом уговорних страна, и кад је уговор закључен у писменој форми. Међутим, кад је у писменом уговору углављено да се може раскинути или изменити само у писменом облику, а један од уговорника је својим понашањем одступио од тога, касније нема право да саговорнику захтева поштовање писменог облика измене или раскида уговора, ако се саговорник уздао у такво његово понашање у испуњавању обавеза из уговора. Преднацрт, међутим, не садржи такво правило у вези са формом споразумног раскида или измене уговора (чл. 51–54), те би ваљало да се то учини, како би се доследно ускладио са Бечком конвенцијом.

Бечка конвенција посебно наглашава да је један од начина правног узнемиравања купца онај који се заснива на *индустријској или другој интелектуалној својини*, као што је патент, лиценца или ауторско право (чл. 41–43). Стога обавезује продавца да и из тог разлога заштити купца у случају правног узнемиравања, чега нема ни у Закону о облигационим односима, ни у Преднацрту. Иако је важећа дефиниција правне мане у Закону о облигационим односима (чл. 508), која Преднацртом није мењана (чл. 481), довољно широка да обухвати и ману у интелектуалној својини, ваљало би да се Преднацртом посебно нагласи и таква врста

11 J. Cartwright, *нав. дело*, стр. 129–137; G. Treitel, *нав. дело*, стр. 49, 50, 54–56; Н. Јовановић, *Кључне разлике*, стр. 29.

правне мане ствари, како би се избегла могућа друкчија тумачења у пракси у односу на Бечку конвенцију.

Преднацртом се не мењају правила Закона о облигационим односима, којим се уређује *прелазак ризика* са продавца на купца за случајну пропаст ствари током њене предаје (чл. 426, 427, 478, 443). Суштина тих правила је да продавац сноси ризик до часа предаје ствари купцу, након чега ризик прелази на купца. Ако купац падне у доцњу у пријему ствари (нпр. неоправдано је одбије), ризик на њега прелази у часу падања у доцњу. Суштински иста правила у овом питању садржи и Бечка конвенција (чл. 31, 69). Њом се, међутим, посебно уређује још један случај преласка ризика који није уређен ни Законом о облигационим односима ни Преднацртом. То је случај продаје робе током превоза (чл. 68). Тада ризик са продавца на купца прелази у часу закључења уговора, осим ако из околности случаја проистиче да је ризик прешао на купца већ у часу предаје робе превозиоцу, који је издао исправу којом потврђује да ју је примио на превоз. Међутим, кад је продавац знао или морао знати да је роба изгубљена или оштећена током превоза, ризик остаје његов, ако то није саопштио купцу у часу закључења уговора.

Рок застарелости по Конвенцији о застарелости износи четири године од дана доспелости потраживања, с тим да никако не може да буде дужи од 10 година, упркос застојима (чл. 8, 23).¹² Изгледа да овај рок застарелости потиче из права САД, јер га нема у енглеском праву, као колевци *common law* система.¹³ У Закону о облигационим односима и Преднацрту тај рок за уговоре о промету робе и услуга, у које спада и уговор о купопродаји робе из Конвенције о застарелости, износи три године. Стога би ваљало да се Преднацртом овај рок продужи на четири године, како би се изједначио рок застарелости у домаћој и спољној трговини. Тиме би се избегла постојећа заблуда домаћих лица да је тај рок и у спољној трговини само три године, што изазива ризик губитка парнице само из разлога непознавања права. Осим тога, ваљало би да се Преднацртом измене још нека важећа правила о застарелости (нпр. о прекиду и застоју, о уговорном продужењу и скраћењу рока застарелости), како би се ускладила са Конвенцијом о застарелости. Она би требало да се измене бар у вези са трговинском купопродајом, ако се нема воље да се то учини и у осталим облигационим односима.

12 Конвенција о застарелости детаљно уређује доспелост тражбине (чл. 9–12), прекид рока застарелости (чл. 13, 14), застој (чл. 15), продужење (чл. 22), скраћење (чл. 23) и последице (неутуживост, чл. 24). За разлику од нашег права које не допушта ни продужење ни скраћење рока застарелости вољом уговорника, Конвенција допушта продужење прописаног рока застарелости писменом изјавом дужника повериоцу, али забрањује уговорно продужење, с тим да допушта његово уговорно скраћење (чл. 23).

13 R. Miller, G. Jentz, *нав. дело*, стр. 326, 327.

4. Питања која су различито уређена

Преднацртом се предлаже неколико нових правила, којим би требало да се домаће право усклади са Бечком конвенцијом. Ипак, та правила су различита од Бечке конвенције, чиме губе смисао. Она се тичу опозивости понуде за закључење уговора, дефиниције физичких мана и рока за приговор због мана ствари.

Бечком конвенцијом се *иретийоставља* да је *йонуда ойозива*, јер се неопозива понуда установљава као изузетак. Неопозива понуда постоји само кад је у њој назначено да је неопозива или кад је понуђени у неопозивост разумно веровао и тако се понашао (чл. 16). Ако је понуда опозива, онда је понудилац може опозвати чак до часа док понуђени не пошаље прихват понудиоцу. Ако је неопозива, онда се, ипак, може опозвати, ако опозив стигне понуђеном пре или истовремено са понудом, што је ранији тренутак у времену у односу моменат слања прихвата (чл. 15). Тиме се у Бечкој конвенцији чини још један уступак правилима *common law*-а.¹⁴ За разлику од тога, Законом о облигационим односима претпоставља се да је понуда неопозива, јер понудиоца обавезује од часа кад ју је понуђени примио, осим ако је понудилац ту обавезу у понуди искључио или то произлази из околности посла. Стога је понудилац може опозвати само ако опозив стигне понуђеном пре или истовремено са понудом, чиме се спречава наступање њеног дејства (чл. 36).

Преднацртом се, међутим, предлаже једно смушено алтернативно решење дејства понуде (чл. 23), којим би наше право требало да се усклади са Бечком конвенцијом, а, у ствари, се његов читалац збуњује. Ево у чему је забуна. Њиме је најпре предвиђено да понуда обавезује понудиоца од часа кад стигне понуђеном (чл. 23 ст. 1). Онда се каже да „понуда, чак и кад је неопозива, може да се опозове, ако опозив стигне понуђеном пре или истовремено са понудом“ (ст. 2). Потом се каже да „све док се уговор не закључи понуда може да се опозове, ако опозив стигне понуђеном пре него што је отпослао свој прихват“ (ст. 3). Најзад, даје се дефиниција неопозиве понуде (ст. 4), која је истоветна са оном из Бечке конвенције (чл. 16). Оваквим уређивањем дејства понуде, а нарочито читањем другог и трећег правила (става 2 и 3 члана 23), закључује се да понудилац може да опозове понуду, и кад је неопозива, до часа док не стигне понуђеном, али да је, ипак, може опозвати и касније, а то значи док му понуђени не пошаље свој прихват. Тиме се, најпре, успоставља начело неопозивости понуде, али се потом понудиоцу даје право да је опозове и пошто ју је понуђени примио, чиме се успоставља начело опозивости. Збуњујуће, зар не? Утисак је да је посредни неумешност писца тих правила у Преднацрту, јер је требало само

14 G. Treitel, *нав. дело*, стр. 20, 21; J. Cartwright, *нав. дело*, стр. 102.

да треће правило стави на место другог, па би било јасније и усклађено са Бечком конвенцијом.

Бечка конвенција уређује појам *физичке мане* робе, како ми кажемо, или „неусклађености робе са уговором“, како се у њој каже (чл. 35), ради постављања критеријума за одговорност продавца. Тај појам је сличан оном у Закону о облигационим односима (чл. 479), али није исти. Стога је Преднацртом предложено да се измени, при чему то није учињено потпуно (чл. 450). Непотпуност усклађивања се схвата простим упоређивањем дефиниција намене робе, као мерила за утврђивање њене физичке мане у Конвенцији и у Преднацрту. Конвенција одређује да мана постоји ако роба „није погодна за нарочиту сврху која је продавцу изричито или прећутно стављена до знања у време закључења уговора, осим кад околности указују на то да се купац није ослонио нији је било разумно ослонити се на стручност и просуђивање продавца“. Преднацрт садржи исту дефиницију, али делимично, јер се не спомиње изузетак који постоји кад се купац није уздао у стручност продавца. Није јасно чему смисао оваквог делимичног усклађивања нашег права купопродаје са Бечком конвенцијом, јер је лагодно могло да се задржи важеће правило Закона о облигационим односима, које је, такође, различито од Бечке конвенције у овом питању. Осим тога, Бечка конвенција одређује да физичка мана испоручене робе постоји и кад роба *није ујакована* или иначе заштићена на уобичајени начин. Закон о облигационим односима нема тог правила, а ни Преднацрт. Није јасно зашто је уопште мењано правило о појму физичке мане у Преднацрту у односу на Закон, ако није потпуно усклађено са појмом из Конвенције.

Бечка конвенција одређује да је купац дужан да *приговори* продавцу због *физичке мане* робе у *разумном року* пошто ју је открио, а најкасније у року од *две године* од дана кад је роба стварно предата купцу. Изузетно, овај рок се не примењује, кад није у складу са роком у уговорној гаранцији, јер тада може да буде дужи (чл. 39). Ови рокови су различити од правила Закона о облигационим односима (чл. 453). Њиме се „оптерећује“ купац да обавести продавца о видљивој физичкој мани одмах по пријему, а о скривеној у року од осам дана пошто ју је открио у грађанској продаји односно одмах по откривању у привредној продаји. Дакле, нема „разумног рока“ из Бечке конвенције. Осим тога, продавац по нашем закону не одговара за ману која се појави после шест месеци од кад је предао ствар купцу, ако не уговори дужи рок. Преднацртом се не мењају ова правила Закона, иако је Бечком конвенцијом објективни рок за приговор продужен чак на две године. Изостављање у Преднацрту продужења објективног рока за приговор на физичке мане робе са шест месеци на две године још више је збуњујуће, кад се прочита члан Преднацрта, којим се уређује рок за тужбу због правних мана, јер се

у њему предлаже алтернатива да се рок продужи са важеће једне, на две године (чл. 490). Како се Бечком конвенцијом предвиђа преклузија права купца по основу правне мане робе, ако не обавести продавца о узнемиравању у разумном року пошто је за њега сазнао, при чему се не уређује објективан рок за подношење тужбе, питање је да ли се писац ове алтернативе у Преднацрту „преварио“, па је помешао рок за приговор на физичку ману у Бечкој конвенцији са овим роком за тужбу због правне мане, који њом није предвиђен.

III Остале слабости

Поред неусклађености са конвенцијама о купопродаји, Преднацрт садржи и друге грешке. Њихова бројност и озбиљност указују да Преднацрт није писан довољно пажљиво и стручно. Оне се тичу многих института облигационог права, а неке од значајнијих се односе на равноправност уговорника, појам трговца (привредног субјекта), привредног уговора, опционог уговора и јавног складиштара, затим на испуњење привидном повериоцу, судски депозит, одговорност оставопримца, угоститеља и превозиоца, као и на уговор о превозу, трговинском заступању и игри и опклади.

1. Заштита од монополског положаја (равноправност уговорника)

Закон о облигационим односима забрањује да се у облигационим односима установљавају права и обавезе којим се било за кога ствара или искоришћава „монополски положај“ (чл. 14). Преднацртом је предложено проширење ове забране на све грађанскоправне односе (чл. 4 ст. 1), као и што се забрањује злоупотреба „доминантног положаја“ на тржишту, којом се повређују правила о заштити потрошача (ст. 2). Грешка у овим правилима, која се налазе на самом почетку друге књиге Преднацрта јесте четворострука. Прво, ако се другом књигом уређују облигациони односи, нема потребе да се у њој ова забрана проширује на све грађанскоправне односе. Ако има потребе, онда је њој место у општем делу грађанског законика, те треба да се брише из друге књиге. Друго, израз „монополски положај“ је стари израз, који је данас замењен изразом „владајући (доминантан) положај“ на тржишту. Израз „владајући положај“ јесте шири, јер обухвата већи број моћних привредних субјеката у односу на друге, који су економски знатно слабији. Израз „монополски положај“ се данас односи само на јединог привредног субјекта на посматраном тржишту (нпр. јавно предузеће или служба), који нема такмаца

у својој делатности, иако је раније у економској књижевности имао исто значење као и данашњи израз „владајући положај“.¹⁵ Стога се његовим задржавањем ствара ризик да остали моћни привредни субјекти, који нису чисти монополисти, избегну примену ове забране. Треће, кад је то већ тако, онда није требало да се задржи у истом члану и израз „монополски положај“ и израз „доминантан положај“, јер се може закључити да имају различито значење, иако би требало да упућују на исту економску појаву која нарушава равноправност страна у облигационим односима. Најзад, четврто, у проширењу забране злоупотребе доминантног положаја треба да се прошири и објект заштите, тако да се не спомињу само потрошачи, већ и остали учесници на тржишту, ако је то противно прописима о заштити поштене тржишне утакмице.

2. Појам трговца

Озбиљна мана Закона о облигационим односима јесте у томе што нема општу дефиницију трговца. Њиме се само у оквиру дефиниције „уговора у привреди“ набрајају лица између којих уговор треба да буде закључен да би се сматрало да има својство уговора у привреди, за који важе посебна правила Закона (чл. 25). Стога се условно може сматрати да се тим законом трговцем, за потребе примене његових правила, сматра „предузеће и друго правно лице које обавља привредну делатност, као и ималац радње и други појединац који у виду регистрованог занимања обавља неку привредну делатност“. Оваква набрајајућа дефиниција није свакако довољно обухватна, нити довољно јасна да задовољи потребе праксе. Осим тога, изрази „предузеће“ и „ималац радње“ данас су застарели, јер потичу из комунистичког начина управљања привредом, и замењени су изразима „привредно друштво“ и „предузетник“. Истина, Закон о привредним друштвима Србије садржи дефиницију привредног друштва и предузетника, за које се може рећи да заједно чине појам трговца, односно привредног субјекта.¹⁶ Ипак, то су статусноправни појмови који задовољавају потребе Закона о привредним друштвима, али не и облигационог права.

Због тога се могло очекивати да ће се та грешка отклонити Преднацртом, али се то није десило, јер је и у њему учињен исти пропуст, те није дата дефиниција трговца. И у Преднацрту се набрајају „привредни субјекти“ у дефиницији привредног уговора, а то су привредна друштва, друга правна лица и појединци који у виду регистрованог

15 Закон о заштити конкуренције Србије из 2009. године (Сл. гласник РС, бр. 51/09, 95/13), чл. 15.

16 Закон о привредним друштвима из 2011. године (Сл. гласник РС, бр. 36/11), чл. 2 и 83.

занимања обављају неку привредну делатност (чл. 12). Разочарање је тим веће због тога што нови Грађански законик Србије треба уједно да буде и трговински законик. Како све озбиљне државе јасно одређују појам трговца својим трговинским законима, ваљало би да се то учини и нашим Грађанским законом.¹⁷ Поред опште дефиниције трговца, ту је потребно да се из ње искључе поједина лица која не би у пракси требало сматрати трговцем (сужење дефиниције; нпр. уметници, пољопривредници), као и лица која она не обухвата, али их треба сматрати трговцем (проширење дефиниције). Наравно, то треба учинити по узору на неки од водећих трговинских законика у свету.¹⁸

3. Појам трговинског посла

Преднацртом се предлаже измена појма уговора у привреди, како се код нас зове посао који се у свету уобичајено зове трговинским послом. По њему је „привредни уговор“, како се предлаже да се убудуће зове трговински посао, уговор који између себе закључују трговци, односно привредни субјекти. Тиме се прихвата немачко или субјективно схватање трговинског посла, уместо досадашњег швајцарског, објективно-субјективног, схватања. Последица је проширење појма трговинског посла и на уговоре које привредни субјекти закључују изван своје делатности, а не само у или у вези са својом делатношћу, како је важеће решење Закона о облигационим односима. То је ваљано проширење дефиниције, јер је код нас прихваћено да правна лица имају, у начелу, општу правну способност, ако друкчије законом није одређено. Стога су и уговори које закључе изван своје делатности пуноважни, па би то требало да важи и за трговинске послове. Ипак, чини се да је предложена дефиниција недовољно одређена за потребе примене посебних трговинскоправних правила у будућем Грађанском закону. Стога би је у једном делу требало сузити, како би се из ње искључили послови који у пракси немају суштину трговинских (нпр. уговор о превозу за путника), као и што би је требало додатним правилима проширити, како би се у њу укључили послови које она не обухвата, али у пракси јесу трговински (нпр. уговор о превозу путника за превозиоца, уговор о организовању путовања за туристичку агенцију). То је метод уређивања у већини трговинских законика, те би и ми сличан метод требало да применимо.¹⁹

17 Вид. Трговински законик Француске из 1807., чл. L121-1, L123, L125/134; Немачки трговачки законик из 1897, пар. 1-7. Више Мирјана Радовић, „Појам трговца у немачком трговинском праву“, *Правни животи*, бр. 11/2013, стр. 203-223.

18 Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Београд 2014, стр. 44, 47.

19 Вид. Немачки трговачки законик из 1897., пар. 343-345; М. Васиљевић, *нав. дело*, стр. 44; Ивица Јанковец, *Привредно право*, Службени лист СРЈ, Београд 1999, стр. 238-240.

4. Појам опционог уговора

Преднацртом се уводи опциони уговор (чл. 34), као нова врста уговора коју не познаје Закон о облигационим односима. Вероватан разлог за то је што је у Србији пре пар деценија поново заживела трговина вредносницама односно серијским хартијама од вредности (нпр. акцијама, обвезницама). Она се често одвија на берзи, на којој се каткад закључују уговори о купопродаји непознати ван берзанске трговине, а који се код нас често зову страним изразима, као што је опција или фјучерс. Добро је што је Преднацртом покушано да се уреди јединствен појам таквог уговора, али је лоше што је то погрешно учињено. Наиме, појам је одређен као уговор којим се уређују услови за закључење другог уговора између истих уговорника, или као уговор којим се једном уговорнику даје право да заснује односе из другог уговора. Из тог произлази да је опциони уговор само основ за закључење другог уговора, што једноставно није тачно, јер тзв. „опција“ може да се остварује и у постојећем уговору, без закључивања другог.

Оно што се Преднацртом назива опционим уговором, требало би назвати уговором о купопродаји са повластицом или премијским послом, како се иначе и називао у праву Краљевине Србије и касније Југославије. Таквим уговором се једној или обема уговорним странама даје повластица у односу на другу страну, која јој омогућава да тражи од друге стране остварење повластице под уговореним условима (нпр. зависно од промена цене предмета уговора на тржишту), при чему је дужна да другој страни плати накнаду за добијену повластицу (премију), макар да је и не оствари. То су готово искључиво уговори о купопродаји, и то рочне природе, јер трају уговорено време (нпр. од једне недеље до више месеци). Бројне су врсте уговора са повластицом, те се они међу собом разликују према врсти уговорене повластице (нпр. одустанак, додатна куповина или продаја). Због ризика великих злоупотреба, такав уговор је ништав, ако повластица, услови њеног остварења и рок за њено остварење нису њиме јасно одређени. Обично их берзе, које организују њихово закључивање, детаљно уређују својим правилима.²⁰ Стога је и погрешно правило у Преднацрту, којим се суду даје право да накнадно одреди рок остварења повластице у таквом уговору. Значи, ако се одлучило да се оваква врста уговора о купопродаји уреди Грађанским законом, свакако да није довољна једна његова дефиниција да се задовоље потребе праксе, а поготово није довољна погрешна дефиниција, каква је у Преднацрту дата, као ни самовоља суда у уређивању рока. Напротив, реч је о већем броју правила којим морају да се уреде врло сложени односи у рочној трговини робом или вредносницама.

20 Небојша Јовановић, *Берзанско право*, Правни факултет у Београду, Београд 2009, стр. 376–398.

5. Испуњење привидном повериоцу

Зачуђујуће је ново правило Преднацрта, којим се уређује пуно-важност испуњења привидном повериоцу (чл. 286). Наиме, каже се да се ослобађа обавезе дужник „ако је у доброј вери извршио испуњење обавезе *йривидном йовериоцу*“. Тада стварни поверилац нема више потраживање према њему, већ према привидном повериоцу, и то из неоснованог обогаћења. Тиме се пребацује ризик преваре дужника у испуњењу са дужика на повериоца, што повећава могућност злоупотребе. Ово правило је неприхватљиво, јер се њиме крши једно од основних начела грађанског права, а оно је да свако сноси штетне последице грешака у предузимању својих радњи. Њиме се уређује расподела ризика између учесника у грађанскоправним односима. Отуда се очекује од пажљивог дужника да утврди идентитет свог повериоца пре испуњења дуга. Ако он то не учини, или неваљано учини, те испуни дуг неовлашћеном лицу, свакако да ризик треба да буде његов, а не повериочев. Осим тога, није уопште јасно шта значи „добра вера“ у Преднацрту, јер нигде није тај израз дефинисан. Стога је ово правило још бесмисленије у српском облигационоправном систему, те би га требало неизоставно брисати из Преднацрта. Ако има смисла у неком страном правном систему, онда је свакако лоше преписано у Преднацрт.

6. Јавнобележнички депозит

Преднацртом је предложено, уз мале измене, уређење полагања дуговане ствари суду (тзв. судски депозит, чл. 315–321) као у Закону о облигационим односима (чл. 327–335), како би се омогућило дужнику да се ослободи своје обавезе, ако без своје кривице није у стању да је испуни повериоцу (нпр. поверилац је непознат или неоправдано одбија пријем испуњења). Заборавило се да је Србија 2014. године поново увела јавне бележнике у свој правни систем после вишедеценијског одсуства. Њима је, између осталог, поверен посао јавнобележничког депозита.²¹ Стога би ваљало да се у нови Грађански законик правила о овом начину испуњења обавезе допуне тако да буде јасно да је и јавни бележник надлежан за полагање ствари, поред суда.

21 Закон о јавном бележништву из 2011. године (Сл. *йласник РС*, бр. 31/11, ..., 6/2015), чл. 165–175. Више Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делайности*, Досије, Београд 2014, стр. 18; Небојша Јовановић, „Улога бележника као званичног депозитара“, *Зборник Јавнобележничко йраво*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2005, стр. 499.

7. Превоз

Преднацртом предложене измене у вези са уговором о превозу садрже неколико мана. Основна мана је у томе што су све предложене измене учињене на основу идеје да превоз обавља јавни превозилац за накнаду (превознину). Јавни превозилац је лице које се јавно нуди унапред неодређеним лицима да превози њих или њихове ствари за накнаду под објављеним условима. Значи, то је професионалац који превоз обавља као делатност ради стицања добити. Међутим, и у Закону о облигационим односима и у Преднацрту губи се из вида да су његова правила општа, те да превозилац може да буде и обично лице које бесплатно чини услугу превоза другом лицу (нпр. превоз пријатеља, рођака, аутостопера), или лице које уз накнаду обави превоз, али се тиме не бави као делатношћу (нпр. превоз трактором у приколици намештаја познанику за накнаду). Бесплатни превози се свакодневно дешавају, поготово у превозу путника (нпр. превоз пријатеља до посла), као и што су чести и непрофесионалчеви превози уз накнаду. То су, у ствари, грађанскоправни уговори о превозу, а не привредни уговори. Због тога би Преднацртом требало да се прошири дефиниција уговора о превозу у Закону о облигационим односима, како би обухватила и такве врсте превоза, јер се она односи само на наплатне превозе, било да их обавља професионалац, кад је реч о трговинскоправном послу, или обичан превозилац, кад је реч о грађанскоправном послу (чл. 648). Тиме би се отклонила данашња правна празнина законске неуређености уговора о бесплатном превозу, при чему би требало посебним правилима да се уреди блаже обавезе и одговорност за бесплатног превозиоца. Могуће је да се сматра да се грађанскоправни превоз одвија по основу уговора о делу, а не по основу уговора о превозу, те да није потребно проширење дефиниције уговора о превозу. Ако је то тако, онда би требало да се дефиниција уговора о превозу важећег закона Преднацртом сузи, тако да обухвати уговоре само јавног (професионалног) превозиоца, јер правила којим се уређује овај уговор по строгаћи јесу примерена само јавном превозу. Тада би се, међутим, изгубио смисао уређивања овог уговора Преднацртом, јер се његова правила никад не би примењивала (осим можда на такси превоз), пошто су уговори у јавном превозу уређени посебним законима и међународним конвенцијама у свакој грани саобраћаја.

Значи, ако се не прошири, нити сузи дефиниција уговора о превозу, утисак је да су Преднацртом предложене измене престроге за грађанскоправни уговор о превозу, иако су у складу са савременим решењима строге режима за јавног (професионалног) превозиоца у

саобраћајном праву. Неколико је примера такве непотребне строгаће у предложеним изменама у Преднацрту.

Прво, у ситуацији кад наступе сметње у превозу ствари, а превозилац не може да добије накнадно упутство од пошиљаоца ствари, по Закону о облигационим односима дужан је да поступи како би у датим околностима поступио добар привредник односно добар домаћин (чл. 661). Преднацртом се предлаже поштрење ове пажње на ниво „разумног и доброг стручњака“ (чл. 858). Свакако да се такав степен пажње може законом да захтева од јавног превозиоца у привредном уговору о превозу, али је то престрого очекивати од грађанскоправног превозиоца, макар и кад наплати превоз, а поготово од оног који превоз обавља бесплатно. Стога би ту требало да се задржи стандард пажње доброг домаћина, односно привредника из Закона о облигационим односима без икакве измене. Пажња јавног превозиоца у случају сметњи у превозу детаљно је уређена посебним законима и конвенцијама у свакој саобраћајној грани (нпр. Законом о уговорима о превозу у друмском саобраћају из 1995. године, Бернска конвенција у железничком превозу из 1999. године), те Преднацртом предложено поштрење пажње и одговорности нема значаја за такву врсту превозиоца, јер он иначе по посебним законима мора да поступа с пажњом доброг стручњака у обављању превоза.

Друго, слично је и са правилом Преднацрта којим се предлаже обавезивање превозиоца да изда пошиљаоцу ствари превозну исправу која има својство хартије од вредности (чл. 851, 852). Таквог правила нема у Закону о облигационим односима, јер се има у виду и грађанскоправни превоз, а не само трговинскоправни. Стога би нови чланови у Преднацрту о превозној исправи требало да се бришу, или бар да се из те обавезе изостави грађанскоправни превозилац. Уосталом, превозне исправе су детаљно уређене посебним законима и конвенцијама у свакој грани саобраћаја. Погрешно је и то што се у Преднацрту инсистира да превозне исправе, које се издају на папиру (неелектронски), потпишу оба уговорника (чл. 851 ст. 4), јер се тиме одступа од правила у поморском превозу да теретницу потписује само бродар, као њен издавалац (дужник), а не и крцатељ, као њен ималац (поверилац).

Непримереност изједначавања привредног (јавног) и грађанскоправног превозиоца исказује се и у питању *ослобађајуће разлоја* код превозичеве одговорности за смрт и телесну повреду путника, као и за закашњење. Грешка се чини и у Закону о облигационим односима и у Преднацрту. Док Закон о облигационим односима одређује да за закашњење путника, превозилац не одговара кад је закаснио услед узрока који није могао да се отклони пажњом стручњака (значи, субјективна одговорност; чл. 683), Преднацрт одређује да је ослобађајући раз-

лог „околност која се није могла предвидети, ни избећи или савладати“ (чл. 880). То је свакако мање јасно правило него што је важеће, јер се не одређује степен пажње превозиоца, те није јасно да ли је реч о субјективној или објективној одговорности превозиоца за закашњење. Слично је учињено и у вези са смрћу и телесном повредом. Свакако да професионални превозилац, као стручњак, треба да одговара строго за штету услед закашњења, смрти и телесне повреде (нпр. по правилима објективне одговорности), али то не значи да тај режим треба да важи и за грађанскоправног превозиоца. Отуда је потребно и у овом случају да се Преднацртом блаже уреди одговорност грађанскоправног превозиоца у односу на привредног. Иначе, објективна одговорност привредног (јавног, професионалног) превозиоца јесте данас општеприхваћена у свим гранама превоза путника, али и у превозу робе, осим у морском превозу робе, где бродар и даље одговара на основу претпостављене кривице за губитак и оштећење робе, као и за закашњење.

Најзад, *мешовити (комбиновани) превоз* је велика празнина у нашем праву, јер није уређен јединственим правилима, него је делимично уређен по „систему мреже“, посебним законима сваке гране саобраћаја. То у пракси мешовитог превоза, који се све више развија као посебна грана саобраћаја, ствара правницима озбиљан проблем меродавне гране саобраћајног права. Стога је доношење грађанског законика прилика да се та врста превоза уреди на једном месту, јединственим правилима и систематски само за мешовити превоз, као да је посебна грана саобраћаја, поред постојећих „класичних“ грана (нпр. морског, железничког, друмског). Ту би требало уредити права, обавезе и одговорност предузетника мешовитог превоза у односу на наручиоца, као и предузетников однос према потпревозиоцима. Тако је поступљено у Немачком трговачком законуку по изменама из 1992. године, као и у Холандском грађанском законуку. Узор за уређивање би требало да буде Конвенција УН о међународном мултимодалном превозу робе (Женева) из 1980. године.²²

8. Остава

Непримереност изједначавања грађанскоправних и трговинско-правних послова у Преднацрту постоји и у вези са уговором о остави. Она се огледа у предлогу за подизањем степена пажње оставопримца при чувању ствари са стандарда доброг привредника односно доброг домаћина из Закона о облигационим односима (чл. 714) на степен

22 Више Небојша Јовановић, „Одговорност предузетника мешовитог превоза робе“, *Право и привреда*, бр. 1–4/2004, Удружење правника у привреди Србије, Београд, стр. 29–62.

пажње „разумног и пажљивог стручњака“ у Преднацрту (чл. 912). Свакако да јавни складиштар, као професионалац у чувању ствари, треба да се обавезе на пажљивије чување, јер се јавно издаје за стручњака. Међутим, законом не би требало наметати такву обавезу оставопримцу у грађанскоправној остави, јер се он за стручњака не издаје у јавности, без обзира што може да уговори за себе накнаду за чување ствари. Њему би требало наметнути пажњу доброг домаћина. Најзад, пажњу „разумног и пажљивог стручњака“, што је англо-саксонски синоним за наш важећи израз „добар стручњак“, не треба наметати ни привредном друштву или другом привредном субјекту, који се не бави пословима ускладиштења, у случају кад прими на чување робу било ког лица, макар уз накнаду. Такви послови, чак и бесплатни, практикују се између привредних субјеката, нарочито ако чешће пословно сарађују. За њега би требало да важи стандард „доброг привредника“, јер се ни он не издаје за стручњака у чувању робе. Стога би у том смислу требало прилагодити стварности и пракси предложене измене у Преднацрту, иначе се ствара ризик престроге одговорности оставопримца, ако тако буду усвојене у коначном тексту грађанског законика.

Иначе, доказ да је Преднацрт у многим питањима писан брзоплето и без довољног удубљивања у материју, јесте израз „оставилац“, који се у њему користи на неколико места у оквиру правила о уговору о остави, поред и уместо израза „оставодавац“. Оставилац је наследноправни израз који се код нас користи за умрло физичко лице иза кога се расправља заоставштина (*de cuius*). Стога би ту грешку требало отклонити што пре у тексту Преднацрта, да се његови писци не би више брукали у стручној јавности (нпр. чл. 917).

9. Угоститељска остава

Преднацртом се у угоститељској остави предлаже да се важеће правило Закона о облигационим односима, којим се одређује да се *износ одграничене одговорности* угоститеља за нестанак и оштећење ствари госта у хотелу утврђује посебним прописом (чл. 724), замени правилом по којем би се тај износ одређивао „посебним узансама у угоститељству“ (чл. 924). Таква измена би срзала важећи ниво заштите гостију за случај крађе њихових ствари у хотелу, јер угоститељске узансе доносе струковне организације угоститеља, те је логично да би, штитећи своје интересе, њима предвиделе ниске границе одговорности угоститеља. Стога би предлог такве измене требало брисати из Преднацрта. Напротив, чак би требало грађанским закоником предвидети новчане износе ограничене одговорности за нестанак и оштећење ствари гостију у хотелу по узору на правила саобраћајног права у вези са губитком регистрованог пртљага путника.

10. Јавне гараже

У пракси су наши судови створили посебан проблем аналогне примене правила о угоститељској остави из Закона о облигационим односима на сличне ситуације, као што су „болнице, позоришта, гараже, кола за спавање...“ (чл. 729). Угоститељ објективно одговара за нестанак или оштећење ствари (ЗОО, чл. 724, ст. 2), при чему нема право да једностраним објавама искључује, ограничава или условљава своју одговорност за ствари које су гости донели у угоститељски објект (728). Такав режим одговорности би морао да аналогно важи и за нестанак или оштећење возила, које његов ималац паркира у јавној гаражи, јер тако одређује Закон о облигационим односима. Међутим, по правилима српских јавних гаража (односно гаражера) и објавама на њиховим улазима, њихова одговорност је искључена за случај нестанка или оштећења паркираног возила, упркос императивним правилима Закона о облигационим односима. Судска пракса, међутим, одбија тужбене захтеве оштећених ималаца возила и корисника услуга јавних гаража, уз образложење да јавне гараже закључују са имаоцима паркираних возила „уговор о обезбеђивању паркинг места“, а не уговоре о закупу паркинг места, те да немају дужност чувања возила. Тиме оснажују једнострану искључења одговорности јавних гаража за нестанак паркираног возила, упркос императивној забрани Закона о облигационим односима, чиме незаконито штите јавне гараже у њиховом лошем пружању услуга грађанима.²³

Због те незаконите праксе вођен је спор пред Уставним судом Србије, како би се огласила неуставним правила услова пословања јавних гаража о једностраном искључењу одговорности, а из разлога њихове супротности законским правилима. Уставни суд је, међутим, одбацио иницијативу за оцену уставности, уз образложење да јавне гараже имају на то праву у складу са прописима о комуналним делатностима, као и да се правило Закона о облигационим односима о аналогној примени правила о угоститељској остави на гараже односи само на хотелске гараже.²⁴ Овакво образложење Уставног суда не само да је неуставно, него је и лицемерно, па и поспрдно за озбиљног и ученог правника. Оно је понижавајуће и за иницијаторе и за сам Суд, јер се руга не само јасном правилу Закона о облигационим односима о забрани једностраног искључења одговорности свих гаража, укључујући и јавне, него и целој правној струци, па и здравом разуму. Ако је и од Уставног суда, који је

23 Светислав Јанковић, „Проблем одговорности јавне гараже за нестанак возила из гаражног простора“, *Право и привреда*, Београд 10–12/2011, стр. 184–202.

24 Закључак Уставног суда бр. I Уо.-17/2013 од 6.11.2012. године, стр. 2 (потписник судија Весна Илић Прелић).

код нас постао познат по својим одлукама којим крши Устав, уместо да га штити, много је.

Преднацртом се објашњена правила о одговорности из Закона о облигационим односима не мењају. Ипак, како би се прекинула даља незаконита пракса судова у овом питању, прилика је да се правило о аналогној примени режима одговорности угоститеља појасни, тако што би се нагласило да њему подлежу „јавне“ гараже, а не само гараже. Тиме би се избегло подругљиво и бесмислено тумачење Уставног суда да се правило о аналогној примени из Закона о облигационим односима односи само на хотелске гараже. Тиме би се вероватно прекинуло са незаконитом и неоправданом заштитом у овом питању јавних гаража, као моћних привредних субјеката у односу на кориснике њихових услуга. Тиме би се боље заштитили јавни интереси, јер ће ускоро поред градских јавних гаража почети да се јављају и јавне гараже у приватној својини. Ако се незаконитом праксом судова у овом питању штити градски буџет, упркос лошем раду запослених у јавној гаражи, као јавном предузећу, свакако да такав мотив за заштиту не би требало да постоји у погледу јавних гаража у приватној својини.

11. Јавни складиштар

Преднацртом се предлаже наметање посебних обавеза „јавном складишту“ у вези са чувањем робе у односу на „оставиоца“ у уговору о ускладиштењу (нпр. да брижљиво чува и надгледа робу, да обавештава оставиоца о променама на роби; чл. 936), којих наводно нема у Закону о облигационим односима. Овом наметању могу да се ставе бар три примедбе.

Прва је суштинска и састоји се у томе што се предлогом, у ствари, не намећу било какве нове обавезе јавном складишту, које већ нису наметнуте Законом о облигационим односима обичном складишту. Ако му већ јесу наметнуте, онда је такво правило Преднацрта сувишно, те треба да се брише, како не би збуњивало читаоце.

Друга замерка је да израз „јавно складиште“ упућује не на субјекта, који чува робу, већ на посебно ограђен и заштићен простор за њено чување. Како само субјект може да буде уговорник, онда би ваљало да се израз „јавно складиште“ замени изразом „јавни складиштар“. Тај израз упућује на субјекта права, док је складиште само објект права.

Најзад, трећа замерка је што се јавно складиште помиње, као посебна врста складишта, односно складиштара, али се оно не дефинише, те се јавља забуна о томе шта тај израз значи и у чему је разлика у односу на „нејавног“ складиштара. Јавни складиштар је складиштар

који се јавно нуди другим лицима да прима и чува њихову робу под објављеним условима, за разлику од приватног, који то не чини, те нема ни обавезу да закључи уговор о ускладиштењу кад му неко лице понуди робу на чување. Стога би требало да се Преднацртом јасно одреди појам „јавног складиштара“, како би се знало која посебна правила важе само за њега, а не и за обичног складиштара.

У томе би добар узор требало да буде право Краљевине Југославије, где је важио Закон о јавним складиштима из 1930. године. Њиме је заведен строжи режим у обављању њихове делатности него обичним складиштима. Између осталог, само јавна складишта, односно јавни складиштари смели су да издају оставодавцима складишнице, као хартије од вредности, што је било забрањено обичним складиштарима. Осим тога, само јавни складиштари су морали да се осигурају од одговорности за штету на роби у складишту. Таквог разликовања у Закону о облигационим односима нема (нпр. чл. 740), те сваки складиштар данас може да издаје складишнице, иако нема обавезу да се осигура од одговорности.²⁵

Осим изнетих примедиби, и остале Преднацртом предложене измене важећих правила у вези са ускладиштењем су беспотребне, те их треба брисати. Ово стога што су иста правила већ садржана у општим правилима о остави или другим одредбама о ускладиштењу. Тако, рецимо, треба да се бришу правила о ослобођењу од одговорности (чл. 936, ст. 2) и о мешању замењивих ствари (чл. 941).

12. Трговинско заступање

Преднацртом су предложене бројне измене важећих правила у вези са уговором о трговинском заступању. Оне су, међутим, препуне нелогичности, нејасноћа и противречности, те би било врло шкодиљиво да се усвоје у законик у. Указаће се само на неке, јер би разматрање свих грешака захтевало врло дугачак рад.

Као прва измена предлаже се да се уговор о трговинском заступању прошири, тако да не обухвата само трајније посредовање из Закона о облигационим односима („стално старање“), него и обично преговарање са трећим лицем, а за рачун властодавца (чл. 1002). Тај предлог је прихватљив, али већ следеће правило (став) у истом члану Преднацрта потпуно је нејасно. Оно гласи: „Заступником из претходног става неће се сматрати лице које је по овом или посебном закону овлашћено на заступање другог лица“. Овде није јасно које је то „друго

25 Вук Радовић, „Недостајући концепт јавног складиштара“, *Право и привреда*, бр. 7–9/2012, стр. 76–92.

лице“ које је неко лице овластило да га заступа. Осим тога питање је шта је, ако није заступник, лице којег је друго лице „по овом или посебном закону овластило на заступање“. У овом правилу јасно је само да такво лице није жена којој је муж рекао („овластио“) да скува ручак, а шта заиста јесте, то ником није јасно.

Следећа предложена измена се састоји у томе што се каже да „заступник може захтевати од налогодавца да му изда пуномоћје“ (чл. 1005). Ова допуна, јер таквог посебног правила нема у Закону о облигационим односима, потпуно је непотребна. Она је непотребна, јер се то подразумева на основу општих правила о уговору о грађанскоправном заступању, које је основ трговинскоправног заступања. Због тога таквог правила нема у Закону о облигационим односима, па треба да се брише и у Преднацрту. Њој је евентуално место у општим правилима грађанског законика.

Непотребно је и инсистирање Преднацрта (чл. 1009) *на савесности и његовој дужности* да се стара о интересима налогодавца, јер се то подразумева на основу начела о савесности и поштењу у грађанском праву, те се то очекује од сваког дужника, укључујући и заступника. У истом правилу се захтева од трговинског заступника да у заштити интереса налогодавца поступа са пажњом разумног и пажљивог стручњака. Иако се може прихватиати поштривање степена пажње у односу на Закон о облигационим односима са „доброг привредника“ на „разумног и пажљивог стручњака“ скреће се пажња на једну нејасноћу. Она се своди на питање каква је то пажња „пажљивог стручњака“. Да ли је то врло пажљив, просечно пажљив или мало пажљив стручњак?

У истом члану Преднацрта (чл. 1009) захтева се од заступника да се држи „разумних упутстава налогодавца“ у извршавању своје обавезе старања о налогодавчевим интересима. То значи да има право да одбије извршење неразумних упутстава. Ако се већ на то овлашћује, није јасно зашто му исто право није дато у правилу о обавези да поступа по упутствима налогодавца, него се ту захтева да их се дословно придржава (чл. 1012). Очигледно је да су ова два правила у сукобу, те да једно друго искључују. Које од њих суд треба да примени у евентуалном спору?

Посебна пикантерија у Преднацрту тиче се обавезе заступника да чува тајне налогодавца (чл. 1013). Ту му се у односу на Закон о облигационим односима (чл. 799) додатно намеће обавеза да чува не само *исловну* тајну, већ и *службену* тајну налогодавца. Чудно је да се грађански законик бави чувањем службених тајни. Ипак, ако се заступнику неке јавне уставнове или државног органа хтела да наметне обавеза да чува његове тајне у обављању надлежности, онда се, ипак, чини да

се погрешило. Такав заступник није трговински, већ грађанскоправни, јер државни органи и јавне установе нису набројани као привредни субјекти у дефиницији привредног уговора на почетку Преднацрта. Стога, ни уговор о заступању јавне установе, јавне службе или државног органа (односно државе, града или општине) није привредни, већ грађанскоправни. Осим тога, то је још један доказ потребе и правног значаја јасног дефинисања трговца (привредног субјекта) у нашем праву.

Остале предложене измене у Преднацрту у оквиру уговора о трговинском заступању садрже сличне грешке и бесмислице, те није вредно ни да се разматрају. Стога је најбољи савет писцима Преднацрта да правила о овом уговору оставе таквим каква јесу у Закону о облигационим односима, како његова правила, која су у овом питању иначе ваљана, не би покварили. Ово стога што није потребна њихова измена ни ради усклађивања са Конвенцијом о заступању у међународној продаји робе (Женева) из 1973. године, пошто она није ступила на снагу, а Србија је није ратификовала.

Остаје да недоумица о узроку превеликог броја бесмислених новопредложених правила у вези са трговинским заступањем у Преднацрту. Утисак је да оне потичу из жеље да се наша правила у овом питању ускладе са Упутством бр. 86/653 Европске економске заједнице о усклађивању права држава чланица у вези са самосталним трговинским заступницима из 1986. године.²⁶ То усклађивање је обављено површно и лошим преписивањем хрватског Закона о обвезним односима у овом питању.²⁷

13. Игра и опклада

Последњи „скуп“ мана Преднацрта односи се на уговоре о игри и опклади (чл. 1252–1257). Добро је да је најзад схваћена потреба да се ови уговори законом уреде, јер у Србији већ дужи низ година послују овлашћени приређивачи игара на срећу. У њиховој делатности се закључује свакодневно велики број оваквих уговора, тако да је опклада и коцка постала једна привредна грана, где се обрће доста новца. Лоше је, међутим, што је концепт уређивања ових уговора погрешно постављен. Суштина правила Преднацрта у овом питању јесте у томе да се сви уговори о игри и опклади проглашавају забрањеним (ништав-

26 Council Directive ... on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents (*Official Journal* L 382, 31.12.1986, P. 0017–0021). Вид. чл. 1, ст. 2 и 3; чл. 3–5.

27 *Народне новине РХ*, бр. 35/05, 41/08, 125/11, чл. 804–834.

ним), с тим да ако губитник, ипак, добровољно („драговољно“) плати добитнику награду, нема право на повраћај датог.

Том забраном се заборавља да не смеју да се ниште уговори који се закључују у организацији овлашћеног приређивача игара на срећу. Њима се мора признати пуноважност, јер се обесмишљава делатност приређивача, ако учесници игара немају могућност да се судски заштите у остваривању својих потраживања из таквих уговора. Једино што се Преднацртом каже за овлашћене приређиваче јесте да „за овлашћене кладионице и лутрије важе посебни прописи“ (чл. 1257). Како у Србији нема посебних прописа о имовинским питањима игара на срећу и клађења, већ само јавноправних, такво правило о упућивању на посебне прописе нема никаквог значаја.²⁸ Осим тога, за разлику од Хрватске, из чијег закона су преписивана правила о овим уговорима, у српском јавноправном закону се не користе изрази „овлашћене кладионице и лутрије“, већ изаз „приређивачи игара на срећу“, тако да би грађанским закоником требало да се његови изрази ускладе са домаћим, а не страним изразима. Најзад, лоше су уређени и пратећи уговори уз уговоре о играма на срећу, као главних, као што су зајам, новација, опрост дуга, пребијање и други.²⁹ На небригу чак и у преписивању хрватских правила указује и израз „драговољно“, који се спомиње у Преднацрту, уместо уобичајених српских израза „добровољно“ или „вољно“.

IV Закључак

У писању Преднацрта у делу о облигацијама могло се приступити на два начина. Први начин је скромнији, а састојао би се у томе што би се њиме оставила сва правила Закона о облигационим односима неизмењена, с тим да се уреде само односи које не уређује, како би се попуниле празнине у нашем облигационом праву. Оне су уговор о поклону, ортакудуку, послузи и игри и опклади. Мана таквог приступа је у томе што би се задржала различита правила купопродаје у унутрашњој трговини у односу на спољну. Предност је што се правници и остала стручна лица не би присиљавала да поново изнова савладавају битно измењена правила у облигационом праву. Други начин је озбиљнији, а састојао би се у томе што би се Преднацртом предложило доследно и потпуно усклађивање са важећим међународним конвенцијама које је Србија ратификовала, и то пре свега у купопродаји. Предност овог при-

28 Закон о играма на срећу (Сл. гласник РС, бр. 88/2011 и 93/2012).

29 Више Н. Јовановић, „Уговор о игри и опклади“, Зборник радова *Усклађивање њо-словној љрава Србије са љравом ЕУ*, Правни факултет у Београду, Београд, 2013, стр. 261-316.

ступа је у томе што се тиме уједначавају правила у домаћој трговини са оним у међународној. Мана му је што се тиме присиљавају правници да изнова савладавају бојне измене и новине у грађанском законнику, као и што захтева озбиљан, врло пажљив, стручан и дуготрајан рад у писању законика.

Писци су се, међутим, одлучили за средњи, и то најгори, приступ. Он се састоји од делимичног усклађивања српског облигационог права са међународним конвенцијама, уз настојање да се обухвате сви могући правни послови, укључујући и оне који су већ уређени посебним законима (нпр. финансијски лизинг, факторинг, итд.). Због тога Преднацрт има мане оба чиста приступа, а то је да се правници присиљавају да поново савладавају бројне измене важећих правила, с тим да се задржава различит режим између домаће и међународне трговине. Предности овог приступа готово да нису никакве, јер је Преднацрт прилично лоше написан, тако да је далеко испод нивоа Закона о облигационим односима, а поготово Скице за Законик о облигацијама и уговорима проф. др Михаила Константиновића. У питању усклађивања са конвенцијама о купопродаји боље да законописци препишу правила из Скице, него да то сами раде, јер је то у Скици учињено знатно боље, са знатно више разумевања и дара.

Закључује се да се само делимичним усклађивањем са конвенцијама задржава двојни режим купопродаје у домаћој и спољној трговини, због чега нема смисла да се мења важеће право купопродаје. Тиме се не постиже циљ који је постављен новом грађанском законнику, а у пракси се стварају проблеми у тумачењу нових правила. На Преднацрту мора још много да се ради, јер би била брука да се усвоји у садашњем накарадном тексту. Ако Влада инсистира да се Грађански законик изгласа пошто-пото, онда је боље да се садашња правила Закона о облигационим односима унесу у његов облигационоправни део без икаквих измена, него да се допусти усвајање овако лошег Преднацрта.

Nebojša JOVANOVIĆ, PhD

Professor at the Faculty of Law University of Belgrade

AN “OVER-FLIGHT” THROUGH THE MAIN WEAKNESSES OF THE CIVIL CODE PRE-DRAFT WITH REGARD TO OBLIGATIONS

Summary

In this contribution for the conference the author points out to the main defects of the proposed amendments of Serbian Civil Code Pre-Draft from 2014 comparing with the rules of the Obligational Relationships Act from 1978. He mainly deals with the Pre-Draft's inconsistencies with the rules of the international conventions, which Serbia ratified. These inconsistencies concern mainly the contract of sale, but also the general contract law. Besides, the author explains non-logical, even controversial, solutions within the proposed amendments concerning commercial contracts, such as those which relate to the notion of merchant (economic subject), contract of commercial agency, storage, carriage and gaming and wagering. The cause of these mistakes is that the Pre-Draft is written speedily and blowzily, with no profound expertize in the matter and with wrongful copying of Croatian rules on obligations. The conclusion is that there is still to be done much hard work on the Pre-Draft and that it would be shameful to enact the current text.

Key words: Civil Code, Pre-Draft, Draft, obligations.