

Др Сања РАДОВАНОВИЋ
доцент Правног факултета Универзитета у Новом Саду

ЗАКОНСКЕ ОБАВЕЗЕ НЕЧИЊЕЊА КАО ПРЕДМЕТ УГОВОРА (У ПРАВУ ИНТЕЛЕКТУАЛНЕ СВОЈИНЕ)

Резиме

Анализа овог рада усмерена је на питање да ли уговорна обавеза нечињења може да буде истоветна законској. О овоме се у домаћој цивилистици није много расправљало, највише због тога што се негативан одговор намећао већ по природи ствари. Ако у сукобу апсолутног и релативног права треба дати предност апсолутном, зашто би онда једно такво, приоритетно право, сводили у однос релације (уговор)? Развијена пословна пракса, међутим, управо уговорним обавезивањем настоји да оствари заштиту сопственог права, односно интереса: уколико дође до повреде искључивог овлашћења, а најчешће је реч о овлашћењима из права интелектуалне својине (мада је овакво уговарање присутно у привредном праву уопште), титулар се повредиоцу обраћа формалном опоменом (Abmahnung) да радњу повреде више не предузима, те да ће, уколико се то ипак догоди, бити у обавези да титулару исплати одређени новчани износ на име уговорне казне (Vertragsstrafe). Прихватањем такве понуде, односно давањем обећања, настаје уговор који је у садржинском смислу истоветан законом прописаној обавези нечињења. Из тих разлога се, према мишљењу наше правне теорије, сматра недопуштеним. У раду ћемо настојати да сагледамо проблем пуноважности таквог обавезивања кроз општа правила уговорног права.

Кључне речи: негативна облигација, формална опомена, уговорна казна, законска обавеза нечињења, слобода уговарања, ограничења слободе уговарања.

I Уводно разматрање

Права интелектуалне својине представљају субјективна грађанска права, претежним делом искључиве природе. Из тога произлази да је обавеза свих трећих лица уздржавање од предузимања било које радње која улази у корпус искључивих овлашћења. Узимајући у обзир природу предмета заштите правима интелектуалне својине, као и привредни значај њиховог прометовања, повреде ове обавезе, у економском смислу, могу довести до тешко мерљивих губитака. Стога је носиоцима права првенствени интерес њихово спречавање. Законске одредбе којима се ова права регулишу гарантују остваривање права принудним путем, али реактивна судска заштита је спора у односу на интезитет трговинске размене заштићеним добрима. Из тих разлога, субјекти заштите настоје да сопственом иницијативом учврсте свој привилеговани положај на тржишту, који им је правним поретком признат. Тако се у немачкој пракси изградио својеврсни систем заштите права путем уговора. Наиме, уколико дође до повреде искључивог права, а најчешће је реч о правима интелектуалне својине (мада је овакво уговарање присутно у трговинском праву уопште), титулар се повредиоцу обраћа формалном опоменом (*Abmahnung*) да радњу повреде више не предузима, те да ће, уколико се то ипак догоди, бити у обавези да титулару исплати одређени новчани износ на име уговорне казне (*Vertragsstrafe*). Уколико понуђени такву понуду прихвати, односно обећа да неће предузимати одређене радње, између њега и титулара права настаје уговорни однос. Овакву пословну праксу оснажила је и судска, признајући захтеве за исплату уговореног износа казне. Тако, у једном спору, суд је признао захтев тужиоца (носиоца жига) за исплату уговорне казне због тога што је тужени дужник уговорне обавезе пропуштања (регистрант интернет домена) наставио да употребљава заштићену вербалну ознаку у називу домена интернет странице на којој је пласирао робу исте врсте као и она која је обележена заштићеном ознаком.¹ Слично, о допуштености уговорне казне због повреде ауторског права коришћењем ауторскоправно заштићене фотографије путем Интернета, и након опомене аутора, Виши земаљски суд у Карлсруе се тако-

1 Реч је о ознаци *Fishtailparkas*. Bundesgerichtshof (BGH), I ZR 210/12, од 8. маја 2014. године, доступно на адреси: <https://openjur.de/u/693272.html>, 12.03.2017.

ђе позитивно изјаснио.² Штавише, овакво уговарање је добило и нормативни оквир.³

У домаћој пословној пракси оно није заступљено. Нашу пажњу завређује питање да ли је заснивање уговорног односа овакве садржине могуће, имајући у виду општа правила уговорног права. Како пуноважност споразума о уговорној казни, која је у наведеним случајевима средство притиска на дужника и обезбеђење да до даље повреде неће доћи, зависи од пуноважности обавезе коју обезбеђује, предстојећа анализа заправо се односи на проблем правне ваљаности уговорних облигација када је обавеза уздржавања (нем. *Unterlassung*, пропуштања) садржински истоветна законској обавези да се одређена радња не предузме (у даљем тексту: законске обавезе нечињења), а тиме и споразума о уговорној казни.

II О нечињењу као предмету обавезе

Обавеза нечињења може да има свој основ у сагласној изјави воља страна у облигационом односу,⁴ у општој законској забрани проузроковања штете⁵ или да стоји наспрам неког апсолутног права. За предстојећу анализу посебно је релевантно потоње. Тако, примера ради, право аутора је да дозволи или забрани умножавање свог дела и стављање у промет умножених примерака, а обавеза (свих) јесте да се од умножавања и стављања у промет уздрже, уколико за такве чинидбе сам аутор или његов следбеник није дао сагласност.⁶ Или, титулар жига је овлашћен да робу коју ставља у промет обележи заштићеном ознаком.⁷ Нико други (опет, без сагласности) то не може да учини. Дакле, свако лице има обавезу да штету не проузрокује, да не умножава ауторско дело или да не обележава

2 Oberlandesgericht (OLG) Karlsruhe Az. 6 U 58/11, доступно на адреси: <https://openjur.de/u/-525270.html>, 17.03.2017, пар. 30-37. Види још: OLG Bielefeld Az. 1 O 227/12, од 21. јуна 2013, BGH I ZR 1/15, од 12.05.2016, доступне у бази података на адреси: <https://openjur.de/>.

3 Urheberrechtsgesetz (Закон о ауторском праву), §97а, доступно на адреси: <https://dejure.org/gesetze/UrhG/97a.html>, 11.04.2017.

4 Примера ради, уговором о поклону породичног накита поклонопримац се обавезује да неће отуђити поклоњену ствар.

5 Закон о облигационим односима, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, даље у фуснотама: ЗОО; Марија Караникић-Мирић, *Кривица као основ деликтне одговорности у грађанском праву*, Београд, 2009, 39.

6 Закон о ауторском и сродним правима, *Службени гласник РС*, бр. 104/09, 99/11, 119/12 и 29/16 – одлука УС, чл. 20 и 21.

7 Закон о жиговима, *Службени гласник РС*, бр. 104/2009 од 16.12.2009. године и бр. 10/2013 од 30.01.2013. године, чл. 38.

робу заштићеном ознаком, чак ни онда када је роба исте врсте или квалитета као роба коју титулар жига производи или је, штавише, производи по основу уговора о лиценци (нпр. лиценци патента за проналазак).

Наспрам обавезе нечињења у облигационом односу стоји субјективно право, односно захтев за негативним поступањем.⁸

У случају поступања противно законској забрани нечињења, отвара се питање одговорности. Титулар повређеног права, с тим у вези, принудно остварује своје право у грађанском судском поступку, захтевом за престанак радње која је предузета противно забрани. Најчешће такве захтеве прати и захтев за накнаду штете. Усвајајућа одлука суда је, дакле, реакција на наступелу повреду. У немачкој пракси, како је напред представљено, титулар права настоји да путем уговора обезбеди превентивну заштиту, стављајући у изглед дужнику обавезу плаћања уговорне казне за случај недопуштеног чињења. С тим у вези, како смо већ нагласили, питање које се заправо истиче јесте да ли је споразум о уговорној казни пуноважан уколико се њоме настоји обезбедити нечињење на које је дужник иначе обавезан.

III Допуштеност уговорне казне за законске обавезе нечињења

Чињеница да наспрам једног апсолутног права стоји обавеза нечињења свих других субјеката, отежава нам квалификовање овакве обавезе као обавезе за чију повреду се може дуговати и уговорна казна. Разлог произлази из природе уговорне казне: уговорна казна јесте предмет посебног уговора (дакле, двостраног односа). Следствено, проблем настаје већ код закључивања споразума: коме ће титулар права, будући поверилац казне, упутити понуду овакве садржине? Негација ове могућности, која се на први мах намеће, ипак није тако очигледна. Свакако да је неприхватљива конструкција по којој би уговорна казна представљала општу понуду. Ако занемаримо све друге аргументе *contra*, јасно је да би се тиме успоставио својеврсни приватни механизам заштите, који је свакако противан логици савремених правних система. Међутим, уколико титулар у радњама одређеног субјекта препозна повреду његовог права или

8 Владимир В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Београд, 2012, 210; Марко Кнежевић, „Поводом враћања казне затвора као средства извршења личних приватноправних захтева: анахроно неуставно решење и системска грешка или корак напред у заштити права?“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 4/2015, 1902.

наступање опасности од повреде, практично долази до идентификовања субјекта којем се наведена понуда може упутити. Давањем понуде и њеним прихватом, односно обећањем, настаје један двострани однос, у којем поверилац има захтев према дужнику, а овај обавезу обезбеђену уговорном казном да не предузима тачно одређену радњу. Дакле, садржина уговорне обавезе истоветна је садржини законске обавезе. Управо ова околност се чини спорном.

Доктрина у нашем праву, бар њен већински део,⁹ изричито негира постојање уговорног односа у којем се обавеза дужника састоји у нечињењу, на које је и иначе обавезан.¹⁰ Иако ретко на изричит начин искључују тако одређену престацију, то се може закључити у оквиру нужних услова који се у литератури постављају у погледу допуштености негативних облигација. О. Антић објашњава да услов допуштености потраживања пасивног држања лежи у две релевантне чињенице: допуштеност позитивне облигације, поводом које настаје у конкретном случају облигација нечињења, и да само нечињење у конкретном случају није забрањено, односно да је допуштено.¹¹ Ј. Радишић пасивно држање дужника сматра могућим предметом облигације онда када је дужнику иначе допуштено чињење, а „обећање другоме да ће пропустити нешто што иначе не би смео чинити“ не доводи до настајања нове обавезе.¹² У том смислу још је изричитости С. Перовић,¹³ који се изјашњава и о санкцији таквог споразума. Према његовом мишљењу, уздржавање од радње која је иначе забрањена принудним прописима (или моралним правилима) не представља пуноважну облигацију (дакле, такав уговор би био ништав или непостојећи). Како наводи, ако је нешто забрањено, онда се радња не сме предузети, не због тога што се субјект обавезао према другом субјекту, већ због тога што сам закон то забрањује. Ако то не би био случај, „читав свет императивних прописа не би имао смисао“.¹⁴

9 Упор. В. Водинелић, 202, 587, 515.

10 У упоредном праву то није случај. Штавише, ни словеначки аутор, који је своје правничко образовање стекао у оквирима истог правног система у којима је настао Закон о облигационим односима, не поставља као услов да нечињење буде пуноважна престација само уколико дужник има право на чињење. Вид. С. Цигој, *Teorija obligacij – splošni del obliгаicjskoga razmerja*, Љубљана, 2003, 46.

11 Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2009, 74.

12 Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 2004, 53.

13 Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1981, 89.

14 С. Перовић, 89.

Уколико бисмо се у свему сложили са општеприхваћеним ставовима у домаћој правној теорији, могли бисмо закључити да споразум о уговорној казни за неиспуњење обавезе нечињења не производи дејство, уколико таква обавеза произлази из закона, односно из права чијем остварењу служи, будући да његова пуноважност зависи од пуноважности главног (а овде непуноважног) уговора.

У немачком праву допуштеност оваквог уговарања се развијала кроз дужи временски период, а започета је анализом правне ваљаности захтева за пропуштање (у општем значењу), тачније његове утуживости. Питање да ли је захтев за пропуштање могуће остварити судским путем се постављало још од прве редакције Грађанског законика, у вези са негативном својинском тужбом.¹⁵ Након што је одлукама Царског суда¹⁶ створено правило о утуживости таквих захтева, нашло је примену и у погледу других предмета заштите, ван права својине.¹⁷ Ранија судска пракса, међутим, била је става да се захтев за пропуштање може поставити само уколико се о томе законодавац не изјашњава,¹⁸ односно уколико није забранио нити је предвидео обавезу нечињења.¹⁹ Реч је, дакле, о случајевима законске празнине коју немачка јуриспруденција аналитично сагледава.²⁰ Наиме, одлучујући о спорном захтеву, суд најпре испитује сукобљене интересе, утврђује циљ норме која се аналогно може применити, те вредновањем врши избор којој ће од супротстављених страна дати предност,²¹ како би се у конкретном случају остварио циљ грађанскоправне заштите.²² Немачки судови, заправо, реконструишу вредновање које је законодавац извршио.²³ Овде, дакле, није реч о тумачењу права, већ о

15 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), §1004, доступно на адреси: <https://dejure.org/gesetze/BGB>, - 11.03.2017.

16 Jörg Fritzsche, *Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage*, Berlin-Heidelberg, 2000, 16.

17 J. Fritzsche, 17.

18 *Ibidem*.

19 J. Fritzsche, 31.

20 На овом месту ћемо изоставити све начине попуњавања празнина у Немачкој, јер их сматрамо превеликим одступањем од теме. Упућујемо на: Helmut Köhler, *BGB Allgemeiner Teil*, München, 2013, 31-34.

21 Владимир В. Водинелић, *Грађанско право – уводне теме*, Београд, 2012, 151. Вредновање се примењује и када је потребно попунити правну празнину, али се тада судија води вредношћима на којима почива правни поредак, која су општеприхваћена у заједници, и у крајњој линији и сопственим.

22 H. Köhler, 31.

23 В. Водинелић, *Грађанско право – уводне теме*, 151.

својеврсном институту његове изградње кроз судску праксу и правну науку (*richterlichen Rechtsforbildung*),²⁴ заснованом на јуриспруденцији вредновања,²⁵ захваљујући којој немачки Грађански законик задржава своју актуелност и у садашњем времену.

Када је реч о захтеву на пропуштање из неког апсолутног права, његова допуштеност у уговорним односима није одувек неспорна, бар не у погледу свих грађанскоправних односа. Разлог се налазио у догми да је императивним прописивањем забране чињења већ довољно учињено у погледу отклањања опасности од повреде права и, најчешће, проузроковања штете, те да би ефикасност правне заштите била угрожена постојањем дуплог колосека, којим би се поверилац захтева у принудном остварењу могао кретати.²⁶

Тенденција савременог тумачења правних норми, међутим, врши „алокацију ефикасности“²⁷ правне заштите, са државе на заинтересованог појединца. Стога се у немачкој пословној пракси уобичајило такво уговарање, да би коначно у вези са појединим правним односима добило и нормативни оквир. Тиме се догма о немогућности уговарања императивног нечињења напушта. Оно око чега не постоји општеприхваћен став јесте питање да ли је такво уговарање могуће у свим случајевима императивних нечињења.²⁸

Тамошња теоријска промишљања заснована су на превазилажењу термилошких оквира и оријентисана су ка потреби успостављања функционалног правног поретка, оног који ће обезбедити остваривање субјективних права и правно заштићених интереса.²⁹ Полазна тачка у том правцу јесте потреба да се признавањем аутономије воље странама у уговорном односу оствари функција заштите приватних интереса. Уколико је интерес једног уговарача да се други уздржи од одређених чињења, таква уговорна одредба се не противи циљу због којег је странама дата слобода у стварању правних односа. При томе је ирелевантно да ли је обавеза уздржавања, пропуштања настала таквим уговором или она већ постоји, произлази из закона.³⁰ У потоњем случају, поверилац изричитим уго-

24 Н. Köhler, 4.

25 В. Водинелић, *Грађанско право – уводне теме*, 151, пар. 427.

26 J. Fritzsche, 97, 98.

27 Н. Köhler, 30.

28 J. Fritzsche, 735.

29 J. Fritzsche, 734.

30 *Ibidem*.

варањем нечињења ствара за себе једну повољнију правну позицију уколико до повреде субјективног права дође.³¹ Наиме, законска забрана чињења има првенствено превентивни циљ, да се чињењем не повреди неко право, не проузрокује штета.³² Уколико је до тога дошло, одговорно лице је у обавези да је накнади. Но, ако штете нема, нема ни одговорности за њену накнаду, иако је право повређено. Следствено, повредилац би могао да одмерава своју правну позицију спрам очекиваних последица: да ли има већу корист од забрањеног чињења него штету од повреде обавезе нечињења. То би свакако могло да угрози право титулара. Осим тога, када је интерес титулара да се повреда не понови, он мора да докаже да постоји опасност од понављања, чиме се његова позиција чини тежом.

У немачкој доктрини се управо у питању делотворности правне заштите дуго времена налазио отпор уговарању пропуштања, поред постојеће законске обавезе. Околност да се старање о законским обавезама препушта држави и њеним механизмима, насупрот слабијим приватним, представљала је гаранцију остваривања права. Међутим, прописивање забране одређеног чињења и претња санкцијом, у домену грађанског права, јесте посредна, при том најчешће реактивна и репресивна принуда да се оствари циљ заштите признатог права или интереса наспрам којег стоји уздржавање (нпр. новчане казне у извршном поступку). Остваривање заштићеног права повериоца, у крајњој линији, опет зависи од воље дужника. Следствено, с аспекта његовог положаја, ефикасност правне заштите је независна од чињенице да ли је запређена санкција у корист државе или у корист његовог повериоца.³³

Чињеница да је нормативна интервенција уследила баш у области привредног права произлази из природе овлашћења из којег се црпи захтев за пропуштање. Реч је о преносивим овлашћењима. Стога немачка доктрина сматра да постоји потреба примене овог правила и на друге захтеве за нечињење, у вези са којима је могуће закључити вансудско поравнање.³⁴

Без претензије да оспоримо, бар не у потпуности, изнесене наводе и аргументацију домаће правне теорије, настојаћемо да преиспитамо постојеће схватање, макар у погледу аргумената на којима је засновано.

31 *Ibidem.*

32 J. Fritzsche, 136.

33 J. Fritzsche, 736.

34 J. Fritzsche, 736.

IV Слобода уговарања и њена ограничења

Чињеница да се уговорни односи заснивају вољом правних субјеката, онемогућава *numerus clausus*. С једне стране овиме се подсећамо да је сфера уговорног права врло еластична. Како су стране слободне да у међусобним односима стварају субјективна права и обавезе и тиме штите приватне интересе, уговорни односи представљају најдинамичније поље цивилистике. Све што стране међусобно уговоре чини садржину таквог односа, уколико се то не противи императивним нормама, јавном поретку или добрим обичајима. Питање, дакле, јесте да ли је споразум којим се један субјект обавезује да не чини нешто што иначе не сме да чини противан управо императивним нормама, јавном поретку или добрим (пословним) обичајима?

1. Да ли су негативне облигације противне императивним нормама?

Према Закону о облигационим односима, уговорна обавеза може се састојати у давању, чињењу, нечињењу или трпљењу.³⁵ Законодавац, евидентно, не поставља услов да се нечињење или трпљење може захтевати само уколико на чињења дужник иначе има право. Дакле, уговарање обавезе нечињења садржински истоветне законској није ни забрањено, нити дозвољено. На први поглед би се могло учинити да је реч о законској празнини, али то свакако није случај. Законска норма постоји. Међутим, њена редакција упућује на то да свака људска радња може да буде обавеза преузета уговором, што свакако није интенција законодавца. Стога, нужна интерпретација ове одредбе полази заправо од њене допуне: предмет уговора је пуноважан уколико је одређен или одредив, могућ и допуштен. У анализи ћемо се задржати на потоњем.

Недопуштеност предмета уговора представља искључиво питање оцене да ли се конкретна обавеза противи принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима.

Обавезујући карактер неке норме најчешће произлази већ из њене формулације, али то не мора да буде случај. Чак и када норма не оставља простора за тумачење у погледу њене обавезности, јасно је да је у сфери

35 ЗОО, чл. 46, ст. 1.

грађанског права могуће од ње одступити.³⁶ Степен императивности одређеног поступања или њен обим налази се у функцији (циљу) коју норма треба да оствари и може да буде предмет тумачења. Разуме се, свака норма когентног дејства има заштитну функцију. Међутим, заштита коју грађанскоправна норма настоји да оствари може да обухвата (претежно) јавни или (претежно) приватни интерес. Када је реч о потоњем, непоштовање овакве норме не повлачи нужно грађанскоправну санкцију. Тако, примера ради, уколико једно лице неовлашћено умножава примерке ауторског дела, насупрот законској забрани да то чини без сагласности аутора, одговараће за проузроковану штету само ако такав захтев истакне титулар права. Или, усмено закључен ауторски уговор може накнадно бити оснажен, уколико је извршен у претежном делу, јер је форма прописана ради заштите слабије стране у оваквом односу, овде аутора.³⁷ Насупрот томе, признавање правног дејства неформално закљученом уговору о промету непокретности није могуће (премда постоје правне последице фактичког испуњења уговора),³⁸ будући да би се тиме угрозио јавни интерес (нпр. идентификација пореских обвезника и убирање пореза). Дакле, примењујући критеријум заштићеног интереса, односно функције императивне норме, правни поредак признаје, под одређеним условима, пуноважност поступања противно когентно постављеном обрасцу. Следствено, такво дејство би се тим пре имало признати оном понашању (конкретно, уговарању) које је садржински истоветно законској одредби (обавези нечињења), јер им је истоветан и правозащитни циљ: спречавање повреде права, односно правом признатог интереса, када постоји бојазан да ће до тога доћи.

Штавише, императивност обавезе нечињења најчешће није експлицитна (односна одредба, примера ради, не гласи „забрањује се умножавање туђег ауторског дела“), већ се подразумева на основу саме чињенице да је без такве обавезе немогуће остварити циљ законске норме којом се неко право гарантује. Наиме, грађанскоправна обавеза представља

36 Водинелић као критеријум поделе норми на когентне и диспозитивне узима формулацију, али допуњује и интересом који се нормом желео заштитити. Тако, диспозитивним сматра се свако правило у погледу кога не постоји општи интерес да се постигне једнообразно решење за све случајеве, без обзира на то што норма гласи „...дужан је...“. Примера ради, штетник је дужан, према одредби Закона, да надокнади причињену штету. Ипак, ако се са оштећеним другачије споразуме, његова обавеза може да изостане. Вид. В. Водинелић, *Грађанско право*, 145.

37 Слободан Марковић, Душан Поповић, *Право интелектуалне својине*, Београд, 2013, 216.

38 Уколико је прибавилац савестан, након протекла времена, могуће је стећи својину ванредним одржајем.

правно (законом или уговором) наложену дужност да се одређени субјект понаша на одређени начин.³⁹ Обавеза, заправо, служи остваривању права другог субјекта.⁴⁰ Тако, ако је искључиво право аутора да дозволи или забрани умножавање његовог дела, сви други имају обавезу нечињења, односно уздржавања од умножавања. Посматрано из угла титулара, он има право на нечињење свих других, да би могао да врши своје апсолутно право или оствари правом заштићен интерес. Без законом прописане обавезе нечињења, која делује према свима, не би постојало ни право. Уколико се догоди да субјект поступи супротно својој обавези или постоји опасност да ће до тога доћи, титулар може принудним путем остварити свој захтев за пропуштањем, односно судским путем обавезати односно лице да се са одређеним чињењем престане или да се надаље уздржи од такве радње (захтев за пропуштање).⁴¹ Захтев, тада, постаје самостално право које има инструменталну функцију, а како је усмерен према одређеном лицу, оно је увек релативно. Следствено, нечињење које законодавац намеће као обавезно може да буде и предмет уговора, односно уговорна обавеза, уколико се идентификује дужник (а то је оно лице које је учинило повреду или које је створило стање опасности да ће до повреде доћи)⁴² и одреди која радња се не сме предузимати (чиме је задовољен услов одређености, односно одредивости предмета). У том смислу се изјашњава и В. Водинелић, у вези са разликовањем апсолутних и релативних права. „Али и кад је обавеза која стоји на супрот релативном праву истоврсна каква је обавеза која стоји на супрот апсолутном праву (подвукао аутор),(цит. изостављен), другачија је својом конкретношћу, специјалном одређеношћу, од свеобухватности и неспецификованости негативног апсолутног дејства“.⁴³

2. Да ли су негативне облигације противне јавном поретку?

Како се у когентним нормама не исцрпљује оцена допуштености предмета уговора, даље ћемо анализирати и друга општа ограничења у односу на спорну негативну облигацију: јавни поредак и добре обичаје.

39 В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, 187.

40 *Ibidem*, 188.

41 *Ibidem*, 514.

42 В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, 514; Лазар Марковић, *Облигационо право*, Београд, 1997, 48.

43 В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, 202.

У правној теорији не постоји општеприхваћен појам и садржина установе јавног поретка. Оно око чега, међутим, ипак постоји сагласност, бар када је реч о домаћој доктрини јесте да установа јавног поретка обухвата принудна правила, која се налазе изван конкретних прописа,⁴⁴ али препознатљива кроз нормативно уређена начела, (нпр. начело савесности и поштења), и која произлазе из духа једног правног поретка, односно која су израз друштвеног вредновања одређеног понашања.⁴⁵ Из тих разлога је немогуће прецизно утврдити његову садржину, будући да се она опредељује према категоријама које у времену и простору нису једном за свагда дате.⁴⁶ Следствено, на питање да ли је негативна облигација о којој је реч противна јавном поретку не може се дати одговор који ће важити за све случајеве. У томе се она не разликује од других, уобичајених и нормативно прихваћених правних односа који настају слободном вољом субјеката. Ово истовремено значи да се не може ни негирати таква могућност на један апстрактан начин.

Општеприхваћено схватање правне теорије нам потврђује да је то, ипак, учињено. Нама, међутим, недостаје довољно снажна аргументација у прилог оваквог става. Најпре, у обавезивању одређеног лица да се уздржи од одређених аката (на шта га и императивна одредба иначе обавезује) не налазимо повреду начела савесности и поштења, као једног од основних начела облигационог права. Штавише, из овог начела произлазе обавезе нечињења као споредне и правом признате уговорне обавезе, чак и када нису изричито уговором обухваћене. Исто тако, не учавамо да је титулар једног апсолутног права неморално поступио уколико је уговором обавезао (и на тај начин додатно заштитио своје право) конкретно лице да не чини повреду његовог права конкретном радњом, уз претњу уговорном казном, када он из околности случаја може да наслути да ће до тога доћи, односно да ће се повреда поновити.

Осим тога, у оцени допуштености оваквог уговарања не треба занемарити чињеницу да обавезивање друге стране на нечињење које је обезбеђено уговорном казном није једнострано, већ резултат сагласне изјаве воље обеју страна. Разумљиво, у случају да је воља дужника манљива, или је поверилац злоупотребио своју монополску (или уопште доми-

44 О. Антић, 218. С. Перовић сматра да у појам јавног поретка улазе и императивне норме. С. Перовић, 171

45 „Уопштена формула ове установе треба да изрази и њену, у извесном смислу, релативност, односно могућност њене промене, адаптације па чак и трансформације сходно промењеним друштвеним потребама и захтевима.“ С. Перовић, 168.

46 С. Перовић, 168.

нантну) позицију, пуноважност уговора о императивном нечињењу обезбеђеног уговорном казном могла би да буде доведена у питање.

Исто тако, уколико би такав уговорни однос био двостранообавезујући, односно уколико би титулар неког апсолутног права дужнику обавезе нечињења обећао неку противчинидбу, нпр. плаћање одређеног новчаног износа, тада би такође могла да буде угрожена правна ваљаност овакве облигације. Разлог томе није природа обећаног нечињења, већ неморалност или изричита забрана такве противпрестације, проистекла из бојазни да би се дужник могао неосновано богатити. Пуноважност би, заправо, била угрожена због недопуштене каузе правног посла.

3. Да ли су негативне облигације противне добрим обичајима?

Добри обичаји такође представљају неписана правила понашања настала спонтано дуготрајним понављањем, која су у једној друштвеној заједници постала општеприхваћена.⁴⁷ С обзиром на то да обичајна правила не представљају извор права, стране у облигационим односима нису ни дужне да их се придржавају. Но, они могу да буду правнорелевантни када се законска норма на њих позива.⁴⁸

У правној теорији је владајуће схватање да упућивање законодавца на примену обичаја сврстава ова правила понашања у секундарне или посредне изворе права.⁴⁹ Водинелић, насупрот томе, обичаје сматра правнорелевантним чињеницама које је потребно утврдити, уколико то законодавац предвиђа у примени одређене норме, због чега обичајно правило постаје обавезно по сили закона.⁵⁰ Разлика између ова два схватања има практични значај. Наиме, уколико би се обичајно правило сматрало макар секундарним извором права, суд би морао по службеној дужности да познаје његову садржину. У супротном, постојање обичаја, као и његова садржина, има се утврђивати као чињеница од које зависи примена законске норме. Други приступ нам се намеће као неспоран, имајући у виду да наш правни систем припада континентално-европском правном кругу.⁵¹ Следствено, оцена пуноважности уговора којем се једна страна обавезује на нечињење на које је законом већ обавезан, зависила би од одговора на два питања: да ли постоји такав обичај и да ли је такав обичај добар?

47 О. Антић, 219.

48 Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад, 2010, 180.

49 *Ibidem*.

50 В. Водинелић, *Грађанско право – Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, 111.

51 В. Водинелић, *Уводне теме*, 118; Д. Николић, 25.

С обзиром на то да терет доказивања пада на страну која тврди постојање неке чињенице, у одсуству сазнања о супротном, узимамо да такав обичај не постоји. Разлог томе, додуше, налазимо у чињеници да нечињење које би могло да буде уговорна престација, већ јесте законска обавеза. Уздржавање, дакле, које свакако постоји, није спонтано, већ је резултат поштовања законских норми. Уколико имамо у виду само нечињење, као образац понашања (правила), можемо да тврдимо да оно постоји, али не као спонтано уздржавање или трпљење, већ као резултат поштовања законских норми. Супротно поступање, односно чињење насупрот законској обавези нечињења није сфера обичаја, већ права. У конкретном случају, то може да значи или повреду права (када је оно предузето без сагласности титулара) или акт правног промета (када се титулар права са конкретним чињењем сагласио). Када нема чињенице (обичаја), не можемо ни да говоримо о томе да му је противан.

Друго је питање да ли би се једно такво уговарање сматрало добрим, јер да би се уопште могло понављати (и постати обичај) мора се једном поставити као правило понашања.⁵²

Када је један обичај добар, а када не, јесте, међутим, правно питање које суд цени за сваки конкретан случај. При том се првенствено води владајућим моралним схватањима друштва, о чему смо већ расправљали у оквиру оцене противности јавном поретку. Овде бисмо, стога, могли само да поновимо изнесени закључак: уговор, као инструмент остваривања захтева за пропуштање већ садржаног у законским нормама, има истоветан циљ: отклањање бојазни да ће до повреде права или правног интереса доћи. Следствено, уговор који би за предмет имао (императивно) нечињење може се сматрати добрим. Штавише, и корисним, јер би се тиме донекле растеретио механизам принудног остваривања захтева за пропуштање. Разумљиво, апсолутноправни и релативноправни захтеви се не могу кумулирати поводом исте радње повреде.

4. Кауза негативне облигације

Оцена допуштености уговарања негативне облигације не би се могла сматрати потпуном уколико не узмемо у обзир и питање допуштености правног циља, без којег уговор не би био пуноважан.

52 Осим тога, обичаји нису једном за свагда дата правила понашања у одређеним ситуацијама. Они су прилагодљиви привредним захтевима, те стога еластични. Јожеф Салма, *Облигационо право*, Нови Сад, 2007, 99.

Примарна функција законских обавеза нечињења јесте отклањање опасности од чињења, због којих признато право или правни интерес не би могло да се врши у пуном обиму.

Када је реч о неспорно допуштеном уговарању нечињења (када дужник иначе има право на чињење), ова функција, разумљиво, изостаје. Штавише, без постојања уговора, поверилац ни нема право да од дужника захтева уздржавање или трпљење. Уговором се, заправо, такав захтев конституише. Правни циљ се тада огледа у користи (или интересу) коју поверилац пропуштањем од стране дужника може да оствари.⁵³

Уколико се ове две допуштене сврхе доведу у везу, може се извести закључак да је уговарање законске обавезе пропуштања правно могуће у оним ситуацијама када поверилац има корист од отклањања опасности да ће се поступити супротно (законом) прописаном. Тако, када постоји конкретна опасност (а најчешће се огледа у чињеници да је повреда већ учињена и извесно је да ће доћи до понављања радње) да ће титулару права бити нанесена штета противправним чињењем одређеног лица, делотворну правну заштиту је могуће остварити закључивањем уговора. Тада (општи) захтев да се (сва) лица уздрже од чињења постаје захтев да се одређено лице понаша на жељени начин. Таква диспозиција титулара је, наравно, могућа само у оним случајевима у којима он може да оптира између судске и вансудске заштите повређеног права. Другим речима, уговарање законске обавезе нечињења би се сматрало допуштеним онда када титулар може слободно да располаже својим правом, односно када је захтев за пропуштање преносив. Уговорна дисциплина, па тиме и очување супстанце права повериоца може се постићи само наметањем извесне обавезе, односно притиска. Свакако да је уговорна казна за то најпогодније средство, због чега она представља битан елемент дејствујуће формалне опомене (*Abmahnung*-а) немачког права.⁵⁴

С друге стране, када је реч о дужнику обавезе, кауза обавезивања лежи у околности да је он својим чињењем себе довео у позицију лица одговорног за наступелу повреду. Понуда титулара права која се састоји у обавезивању на плаћање уговорне казне уколико до поновљене повреде дође, за дужника представља погодност утолико што се дата понуда може схватити као знак да је поверилац одустао од позивања на одговорност у грађанском судском поступку. Исто тако, уколико поверилац у неком каснијем моменту ипак покрене судски спор због повреде која је претходи-

53 J. Fritzsche, 25 и 734.

54 J. Fritzsche, 736.

ла уговарању казне, дужник би могао његов захтев одбити управо из разлога постојања уговора. Накнадно позивање на одговорност, заправо, указује на несавесност титулара у ситуацији када дужник поступа сагласно датом обећању.

V Закључак

Обавеза на уздржавање или трпљење (пропуштање) најчешће потиче из закона и стоји наспрам истоветног захтева титулара неког апсолутног права. У појединим ситуацијама, одређено лице може да има правом признат интерес (или корист) да се други уздржи или трпи радњу коју иначе има право да предузме. Правни оквир остварења допуштеног интереса јесте уговор којим се, заправо, дужник пропуштања обавезује да таква чињења неће предузимати. Истовремено, поверилац таквим уговором конституише за себе једно право, захтев за пропуштањем, који не би могао принудним путем другачије реализовати. Стога је допуштеност оваквих располагања неспорна.

Међутим, када је реч о законским обавезама нечињења, њихово принудно испуњење титулара захтева доводи у неповољну позицију, бар у оној мери која се тиче одговорности одређеног субјекта. Наиме, посредне последице повреде, које за титулара могу да буду значајне, нарочито када је реч о неовлашћеном искоришћавању интелектуалноправних добара, нису обухваћене његовом одговорношћу. Стога је интерес титулара да своје право додатно обезбеди. У пословној пракси Немачке, коју смо тек илустративно кроз судске одлуке изложили, то се чини најчешће путем уговора којим се друга страна обавезује да неће предузимати одређене радње и да ће, у противном, плаћати новчану казну.

У нашем праву, према владајућем становишту, такво уговарање није могуће. Стога смо настојали да у раду преиспитамо постојеће схватање с аспекта домаћег уговорног права, а закључак који нам се намеће јесте да законска обавеза нечињења (односно садржински истоветна) као предмет уговора не мора *a priori* да доведе до његове неважности.

Sanja RADOVANOVIĆ, PhD

Assistant Professor at the Faculty of Law of University Novi Sad

LEGAL OBLIGATION ON OMISSION AS AN OBJECT OF THE CONTRACT IN INTELLECTUAL PROPERTY LAW

Summary

Analysis of this work is focused on the question whether a contractual obligation of omission can be legally identical to statutory one. This is not much debated in domestic civil law theory, primarily because the negative response has already imposed by nature. If a conflict of absolute and relative rights gives priority to absolute one, why should such, priority right, erupted into a contractual relationship? Developed commercial practice, however, in these contracts find ensuring the protection of their own rights and interests: if there is a violation of exclusive rights, usually regarding the Intellectual Property (although such contracting is present in Trade law as well), rightholder send to infringer a formal notification (Abmahnung in German law) and warn not to repeat injuries, and if it does happen, he will be obliged to pay to the rightholder a certain amount as a contractual penalty (Vertragsstrafe in German law). Bearing in mind that such a contract include, in terms of content, the same obligation of omission as in statutory provisions, which is inadmissible in the opinion of our legal theory, we tried to look at the problem of validity of such a commitment by the general rules of contract law.

Key words: *negative obligations, formal warning, contractual penalty, legal obligation on omission, freedom of contract, limitation of freedom of contract.*