

УДК: 347.447.72

CERIF: S 130, S 144

ТИП РАДА: СТУДЕНТСКИ РАД

DOI: 10.55836/PiP_23312A

Иван РАИЧЕВИЋ*

студент Универзитета у Београду – Правног факултета, Србија

КРИТИЧКИ ОСВРТ НА ТУМАЧЕЊЕ О СУБЈЕКТИВНОЈ ПРИРОДИ ОПШТЕГ ОСНОВА УГОВОРНЕ ОДГОВОРНОСТИ**

Сажетак

Инспирисан различитим теоријским позицијама са којих су га подучавали професори на предметима облигационо право и трговинско право, као студент истражује, односно четврте године основних студија, аутор критички анализира аргументацију у врилој субјективној природи општег основа уговорне одговорности и настоји да одговори на питање да ли су њоме отклоњене све дилеме у том питању, односно да ли њена доследна примена до краја подржава закључак о кривици као општем основу уговорне одговорности. У том контексту, аутор не анализира само одредбе Закона о облигационим односима, већ и поједина рјешења из Нацрта Грађанског законика Републике Србије, али и одредбе из Скице за законик о облигацијама и уговорима. Исто тако, у раду се анализирају и одредбе Конвенције УН о међународној продаји робе у контексту примене именује аргументације. Након размајрања ставова ирисујних у правној теорији, аутор закључује да је именуто тумачење

* Електронска адреса аутора: i.raicevic505@gmail.com.

** Овај рад је награђен одлуком фондације „Професор др Мирко Васиљевић“ за 2023. годину.

недоследно и засновано на несјабилним, нејоузданим и јравно несјурним шемељима.

Кључне речи: *Уговорна одговорност. – Основ одговорности. – Виша сила. – Случај.*

І Увод

У нашој правној теорији постоје различита схватања о општем основу уговорне одговорности, услед чињенице да га Закон о облигационим односима (Закон), за разлику од основа вануговорне (деликтне) одговорности, изричито не помиње, тј. услед формулације и тумачења члана 263 Закона, који регулише ослобођење од уговорне одговорности.¹ Наиме, дужник се ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем обавезе због околности насталих после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи.² Иако је већинско становиште наших старијих правника да је уговорна одговорност субјективна, заснована на претпостављеној кривици,³ у нашој теорији постоје и аутори који стоје на становишту да она то није, било да сматрају да је заснована на субјективно-објективној концепцији,⁴ било да мисле да је она неспорно објективне природе.⁵ У новијој литератури, присталице субјективне природе уговорне одговорности настоје да обједине аргументацију свих

1 Закон о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93, *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља и *Службени гласник РС*, бр. 18/2020, чл. 263.

2 ЗОО, чл. 263.

3 Живомир Ђорђевић, „Члан 262“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Горњи Милановац – Крагујевац, 1980, 759; Јаков Радишић, *Облигационо јраво*, 12. издање, Ниш, 2018, 204; Слободан Перовић, *Облигационо јраво*, Београд, 1990, 504; Оливер Антић, *Облигационо јраво*, Београд, 2011, 439; Небојша Јовановић, *Увод у соптон law уговорно јраво*, Београд, 2015, 211; Мирко Васиљевић, *Трговинско јраво*, 15. издање, Београд, 2016, 65–66; Небојша Јовановић, Вук Радовић, Мирјана Радовић, *Трговинско јраво*, 2. издање, Београд, 2021, 115.

4 Борислав Благојевић, Врлета Круљ, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1980, 647; Ивица Јанковец, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993, 123–126; Слободан Перовић (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995, 595–598;

5 Марија Караникић Мирић, *Објективна одговорност за штећу*, 2. издање, Београд, 2019, 46–64; Милена Ђорђевић, „Критички осврт на научне расправе о основу уговорне одговорности према одредбама Конвенције о уговорима о међународној продаји робе“, *Harmonius*, 2015, 42–44.

аутора и, примењујући законе правне логике, оспоре свако тумачење којим се уговорна одговорност не квалификује као субјективна.⁶ Треба испитати да ли су у том свом настојању били успешни, те отклонили све дилеме у погледу правне природе уговорне одговорности или су, ипак, својом недоследношћу учинили ово питање још отворенијим. С тим у вези, треба навести неке аргументе присталица субјективне концепције, а који ће бити предмет анализе.

II Тумачење о субјективној одговорности

Прво, околности из члана 263 Закона обухватају не само вишу силу, већ и случај. Према томе, ако се дужник може ослободити уговорне одговорности доказујући случај, његова одговорност је субјективна. Зашто те околности обухватају и случај, а не само вишу силу? Наиме, битна обележја више силе су спољашњост, што значи да околност има порекло ван штетника и његовог понашања, те несавладивост, што значи да је није могао отклонити или избећи. У том смислу се ова одредба из члана 263 пореди са одредбом из члана 177 Закона која прописује ослобођење од одговорности за штету од опасне ствари или опасне делатности, а која се неспорно односи на вишу силу и према којој се ималац ослобађа од одговорности ако докаже да штета потиче од неког узрока који се налази *ван ствари*, а чије дејство се није могло предвидети, *ни избећи или отклонити*. Дакле, закључује се да је, да би се радило о вишој сили, неопходно постојање околности ван ствари, што значи спољње околности, спољњег узрока. Исто тако, одредба из члана 263 Закона се пореди са одредбом члана 208 Скице за Законик о облигацијама и уговорима⁷ која уређује ослобођење од уговорне одговорности и према којој се дужник ослобађа обавезе да накнади штету, ако докаже да је био спречен да испуни своју обавезу неким случајем *више силе*, или којим другим *страним узроком* за који не одговара. Дакле, закључује се да је у Скици уговорна одговорност, а пошто се наводи страни (спољњи) узрок, те пошто се дужник може ослободити од одговорности доказујући само вишу силу, објективна. Поређењем ове три одредбе, закључује се да искључиво одредба из члана 263 Закона не предвиђа да ослобађајућа околност мора бити ван ствари, те због тога околности из те одредбе не обухватају само вишу силу, већ и случај, због чега је уговорна одговорност, према Закону, субјективна. Такође, историјским тумачењем се указује и то да, да је законодавац „хтео“ да уговорна одговорност буде

6 Небојша Јовановић, „Општи основ уговорне одговорности у српском праву“, *Право и привреда*, бр. 1/2020, 40–63.

7 Михаило Константиновић, *Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1969.

објективна, свакако би у Закону задржао правило из Скице, одређујући да ослобађајући разлог мора да буде „страни узрок“. Пошто то није учињено, закључује се да је „хтео“ да она буде субјективна.⁸ Из свега наведеног произлази да није неопходно да дужник докаже да је штета настала услед више силе, тј. околности која није везана за дужника, његову вољу и активност, већ је довољно да докаже да је штета настала услед случаја, тј. околности у оквиру дужниковог понашања, унутрашње околности која не прекида узрочну везу, већ само уклања кривицу дужника за насталу штету. Најзад, истиче се да је и *непредвидљивост* обележје више силе, а сходно чему члан 177 Закона и предвиђа да је за искључење вануговорне објективне одговорности за штету неопходно да штета потиче од неког узрока чије се дејство није могло предвидети. С друге стране, члан 263 Закона не наводи непредвидљивост приликом уређивања околности којима бива искључена уговорна одговорност. Ова разлика, такође, упућује на то да уговорна одговорност има субјективни, а не објективни карактер.⁹

Друго, дужникова уговорна одговорност ограничена је само на ону коју је он у време закључења уговора морао предвидети као могућу последицу повреде уговора, а с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате. Дакле, његова одговорност ограничена је само на предвидиву штету. Међутим, дужник се не може позивати на ово ограничење одговорности, ако је обавезу повредио тешком кривицом – преварно, намерно или крајњом непажњом – па ће тада одговарати и за непредвидиву штету. Уговорна одговорност је, како се чини, зависна од степена кривице. Наиме, она је ограничена ако је последица обичне непажње, а неограничена ако је последица намере или крајње непажње. Та зависност уговорне одговорности од кривице, прописана у чл. 266 ст. 2 Закона, алудира да је она субјективна.

Треће, члан 264 ст. 4 Закона прописује да дужник одговара за потпуну или делимичну немогућност испуњења *и* ако ту немогућност *није скривио*, ако је наступила после његовог доласка у доцњу за коју одговара. Дакле, ако током дужникове доцње у испуњењу обавезе наступи немогућност њеног испуњења, одговараће (чак) и ако није скривио ту немогућност услед које је поверилац претрпео штету. Обрнуто, закључује се да, ако је немогућност испуњења наступила пре дужниковог доласка у доцњу, он неће одговарати ако је није скривио, тј. одговараће само ако је *крив* за немогућност испуњења. Овакво тумачење, такође, упућује на закључак да уговорна одговорност дужника зависи од тога да ли је крив, тј. да је она, по својој природи, субјективна.

8 Н. Јовановић (2019), 49–50.

9 И. Јанковец, 122.

Четврто, присталице субјективне концепције методом језичког тумачења установљавају разлику између начина ослобођења од уговорне и деликтне одговорности, иако су и једна и друга, у начелу, субјективне природе. Наиме, они тврде да се штетник може ослободити деликтне одговорности тако што ће доказати околност која је узрок штете и да за њу није крив или тако што ће, ако не може да докаже околност која је узрок штете, доказати да је у датим околностима поступао са пажњом која се од њега захтевала. На оба начина штетник обара претпоставку кривице, тиме се ослобађајући од субјективне деликтне одговорности. Њему је довољно да на било који начин ту претпоставку кривице обори, будући да му чл. 154 Закона налаже „само“ да докаже да је штета настала без његове кривице. С друге стране, код уговорне одговорности, која је такође субјективна, дужников доказни терет је већи, будући да се он не може ослободити од одговорности доказујући да је поступао са, у датим околностима, захтеваном пажњом, већ искључиво доказивањем околности која је узрок штете, а за коју није крив, јер је она наступила упоркос уложеној одговарајућој пажњи. Њему није довољно да на било који начин претпоставку кривице обори, будући да му чл. 263 Закона налаже да то може учинити искључиво на један начин – доказивањем околности насталих после закључења уговора, а које није могао спречити, отклонити или избећи. С тим у вези, језичким тумачењем се закључује да су и деликтна и уговорна одговорност субјективне природе, с тим да се дужник уговорне одговорности не може ослободити доказивањем да је уложио пажњу која се од њега захтевала у датим околностима, без доказа за узрока штете, као што то може штетник у деликтној одговорности.¹⁰

Пето, методом систематског тумачења се закључује да, кад би уговорна одговорност, по општем правилу, била објективна, онда би било бесмислено да законодавац код посебних уговора понавља да је уговорна одговорност у сваком поједином случају објективна, кад се то већ подразумева према општем правилу о њеном основу. Управо зато што се ради о различитим посебним основима уговорне одговорности у односу на њен општи основ, треба закључити да је она, по општем правилу, субјективна. С тим у вези, наводи се одговорност дужника за манљиво испуњење обавезе, будући да тад одговора без обзира на то да ли је за недостатке знао, следствено чему је његова одговорност објективна. Такође, наводе се и одговорност складиштара за штету на роби коју је примио на чување, одговорност угоститеља за донете ствари госта, одговорност превозиоца за губитак или оштећење пошиљке, те за смрт, болест и повреду путника које наступе током превоза. У свим тим појединим случајевима уговорна одговорност је објективна.

10 Н. Јовановић (2019), 55–57.

Све то води закључку да законодавац није узалуд понављао правила о општем основу уговорне одговорности, већ је настојао да у појединим врстама именованих уговора посебан основ одговорности разликује од општег.¹¹ Дакле, пошто је законодавац уредио посебне основе одговорности, према којима је она у појединим случајевима објективна, а пошто нема смисла да изнова наглашава оно што је већ прописао у општем правилу, закључује се да је општи основ уговорне одговорности кривица, тј. да је она, према општем правилу, субјективна. Најзад, присталице субјективне одговорности се ограђују на позитивноправна правила о основу уговорне одговорности, при чему не тврде да би уговорна одговорност требало да буде субјективна, односно да је такво решење оправдано или целисходно. Дакле, не указују да је субјективна природа уговорне одговорности боља или лошија од објективне природе, будући да је то питање за филозофију права, те правну и економску политику.¹²

III Критички осврт на тумачење о субјективној одговорности

1. Критички осврт на први аргумент

Доследном применом аргумента који се тиче битних обележја више силе, а који нису садржани у члану 263 Закона, закључили бисмо да се свака друга законска формулација, у којој су такве околности на исти начин интерпретиране (као и у члану 263 Закона), реферише не само на вишу силу, већ и на случај. Међутим, без претјеране анализе законских одредаба долазимо до супротног закључка. Најпре, одговорност *ујосійишеља* искључена је ако су ствари пропале или оштећене услед *околности које се нису могле избећи или ојклонийи*, услед неког узрока у самој ствари, ако су нестале или оштећене понашањем самог госта, или понашањем лица које је он довео или која су му дошла у посету.¹³ Затим, *складишијар* одговара за штету на роби, осим ако докаже да је штета проузрокована услед *околности које се нису могле избећи или ојклонийи* или је проузрокована кривицом оставодавца, манама или природним својством робе, као и неисправном амбалажом.¹⁴ Ипак, владајуће је мишљење у правној теорији, а то значи и међу присталицама кривице као општег основа уговорне одговорности, да су одговорност складиштара и одговорност угоститеља објективне природе,

11 *Ibid.*, 50–54.

12 *Ibid.*, 61.

13 ЗОО, чл. 724 ст. 2.

14 ЗОО, чл. 731.

односно да у наведеним одредбама поменуте околности представљају искључиво вишу силу.¹⁵ Дакле, чини се да није неопходно да околности у Закону буду интерпретиране тако да су у њима недвосмислено видљива сва обележја више силе, будући да овим формулацијама услова за ослобођење од одговорности није испуњен тзв. захтев „вањскости догађаја“, а који се наводи као један од кључних разлога због којег је уговорна одговорност, по општем правилу, субјективна. Штавише, ослобађајуће околности су формулисане на исти начин као и околности из члана 263 Закона, који прописује опште правило о ослобођењу дужника од одговорности. Такође, присталице субјективне концепције уговорне одговорности недоследно примењују метод историјског тумачења (мада ће о томе више бити речи у каснијем делу рада). Заправо, у оваквим теоријским околностима и на овај начин, домен позивања на метод историјског тумачења се може протезати до бесмисла, због чега се није поуздано на њега ослонити.¹⁶ Наиме, систем уговорне одговорности се у нашим старим правним изворима заснивао на кривици, при чему је кривица изричито била наведена као основ, тј. било је експлицитно наглашено да је за наступање дужникове одговорности неопходна његова кривица.¹⁷ С тим у вези, далекосежном применом метода историјског тумачења, могли бисмо рећи да, да је законодавац „хтео“ да уговорна одговорност буде субјективна, изричито би навео кривицу као основ, будући да су му неспорно били познати наши ранији правни извори. Пошто то није учинио, закључује се да је „хтео“ да буде објективна или бар да није „хтео“ да буде искључиво субјективна. Исто тако, законодавцу је било познато и како је Михаило Константиновић у Скици интерпретирао ослобађајуће околности које представљају случај. Тако је, примера ради, у члану 747 Скице прописано: „Ова одговорност је искључена ако су ствари пропале или оштећене услед *случаја* или неког другог узрока у самој ствари...“ Дакле, да је законодавац „хтео“ да околности из члана 263 представљају случај, учинио би то на начин као што је то урађено у Скици. Пошто то није учинио, закључује се да није „хтео“ да уговорна одговорност буде субјективна, односно да није „хтео“ да поменуте околности представљају случај. Иако тренутно делује банално и неозбиљно, у духу самог тумачења, ова критика ће бити продубљена и учвршћена касније, у контексту складиштареве одговорности, а нарочито у контексту неких решења предложених Нацртом Грађанског законика. Непостојање непредвидљивости као обележја више силе међу

15 М. Васиљевић, 169; Н. Јовановић (2019), 53–54.

16 Незахвалност и непоузданост примене метода историјског тумачења на овај начин кулминираће у закључку рада.

17 Тако је, примера ради, према § 801 Српског грађанског законика било прописано да се обавезе на накнаду штете неко може ослободити само ако докаже да се штета није десила његовом кривицом, него случајно.

обележјима околности дефинисаних у члану 263 Закона истичу присталице субјективне концепције, што такође упућује на закључак чији су они заговорници. Међутим, у правној теорији се ипак истиче да, ако се признаје накнада само до оне границе до које дужник мора предвидети штету,¹⁸ онда је у томе садржан и став да дужник не може одговарати ако штету није могао предвидети, те да због тога непредвидљивост није наведена као обележје у члану 263 Закона.¹⁹ Присталице субјективне одговорности указују да се у члану 177 Закона, који се неспорно односи на вишу силу, вероватно ради о омашци законодавца. Наиме, они указују на то да та одредба, уместо везника „ни“, треба (да се тумачи тако) да садржи везник „или“, како је то и урађено у Скици,²⁰ те да се односи на околности чије се дејство није могло предвидети или се није могло избећи или отклонити, а не на околности чије се дејство није могло предвидети, ни избећи или отклонити, будући да је престрого да дужник одговара за предвидиву, а несавладиву вишу силу.²¹ Такође, у правној теорији се истиче да разликовање случаја и више силе као основа за ослобођење од одговорности није доследно спроведено нити прихваћено од свих аутора, те не може послужити као аргумент за овакво тумачење.²² Према једном схватању, случај је такав догађај који бисмо, да смо га предвидели, могли спречити, наспрам више силе где се ради о догађају који, да смо га предвидели, не бисмо могли спречити.²³ Према другом схватању, случај се схвата као догађај који се могао предвидети, али чије се последице нису могле отклонити, а виша сила се сматра непредвидивим догађајем чије се последице такође нису могле

18 ЗОО, чл. 266 ст. 1.

19 Стојан Цигој, *Улога каузе у асијектима накнаде уговорне штете: Уговори у међународној правини*, I том, Београд, 1987, 50.

20 М. Константиновић, чл. 137 ст. 1.

21 Маша Мишковић, „Ослобођење од уговорне одговорности“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2015, 207; Кад би се прихватио такав закључак присталица субјективне концепције, строго језичким тумачењем бисмо дошли до закључка да ће онај мали број околности које се нису могле предвидети, али се јесу могле отклонити (будући да се непредвидљивост и несавладивост захтевају алтернативно), ослободити дужника од објективне (начелно строже) одговорности, али не и од уговорне (наводно субјективне и начелно блаже) одговорности. Такође, треба рећи да се у члану 177 Закона захтева непредвидљивост дејстава описаних околности. С тим у вези, наступање самих околности може бити предвиђено, а да дужник не одговара. Дакле, иако су захтеви несавладивости и непредвидљивости дејстава постављени кумулативно, дужник неће одговарати за предвидиву вишу силу, као што се то истиче у замерци, ако су њена дејства била непредвидива (нпр. не могу се предвидети последице, односно дејства олујног невремена које се може предвидети).

22 М. Ђорђевић, 38.

23 Martin Vedriš, Petar Klarić, *Грађанско право, опћи дио, стварно право, обвезно и насљедно право*, Zagreb, 2004, 572; нав. према: М. Ђорђевић, 38 фн. 27.

отклонити.²⁴ Према трећем схватању, виша сила је само један од појавних облика случаја. Неки истичу да је случај, за разлику од више силе, околност чије се дејство, по правилу, може и предвидети и спречити или избећи.²⁵ Неки аутори истичу да је јако мало оних околности које могу спречити извршење уговора, а које у тренутку закључења уговора није било могуће предвидети.²⁶ Дакле, из тога произлази да испуњење уговора осујећују најпре оне околности које је могуће предвидети. С друге стране, неки аутори истичу да се догађаји, који се могу предвидети, по правилу, могу и отклонити.²⁷ Из тога произлази да испуњење уговора осујећују најпре оне околности које није могуће предвидети. Такође, истиче се да ако се околности нису могле отклонити, ирелевантно је да ли су се могле предвидети.²⁸ Из тога произлази да је (не)предвидивост као обележје по којем се чл. 263 разликује од нпр. чл. 177, због чега се околности из члана 263 не могу стумачити као виша сила, ирелевантан, те да је такав аргумент, заправо, беспредметан. У сваком случају, ма шта да се закључи у вези са непредвидљивошћу, у правној теорији се наводи да појам (не)предвидљивости догађаја изгледа у данашње доба неадекватно и звучи као превазиђени остатак прошлости.²⁹ Најзад, присталице субјективне концепције у прилог свом схватању наводе и одлуку Врховног касационог суда који је изричито нагласио да се не захтева да околности из члана 263 Закона имају карактер више силе:

„ЗОО не тражи да те околности имају карактер више силе. Околности само морају бити објективне природе. [...] Одредба члана 263 ЗОО првенствено подразумева објективне околности које су спречиле дужника да испуни своју уговорну обавезу, тј. околности које дужник није изазвао својим понашањем, него

24 Љубиша Милошевић, „Ослобођење (искључење или ограничење) од одговорности због неизвршења или неуредног извршења уговора о купопродаји робе у спољној трговини“, *Куйојродаја робе у сјољној трговини* (ур. Владимир Капор), Нови Сад, 1972, 226; М. Ђорђевић, 38 фн. 27.

25 М. Мишковић, 207.

26 И. Јанковец, 122.

27 Мирко Васиљевић, *Одговорност железнице у домаћем и међународном превозу робе*, Београд, 1987, 113.

28 *Ibid.*; Аутор који замера законодавцу кумулативно захтевање непредвидљивости и несавладивости, тврдећи да се ради о омашци, те да је исправно да се непредвидљивост и несавладивост алтернативно захтевају (са везником „или“, уместо „ни“), понавља став да је ирелевантно да ли се околности могу предвидети, ако се не могу отклонити (вид. М. Мишковић, 207). Ипак, кад би се удовољило њиховој идеји (о алтернативном захтевању поменутих обележја), чини се да би дужнику било довољно да докаже једно од наведених обележја, а то значи и само непредвидљивост.

29 Врлета Круљ, *Промене околности и уговорна одговорност*, Београд, 1967, 111.

су наступиле мимо његове воље и *мимо њејовој деловања* [...] У конкретном случају тужени се не би могао сматрати *несавесним* дужником, јер његово непоступање по обавези из уговора није последица његовог вољног нечињења, већ је реч о нечињењу као резултату одређеног притиска и изазивања страха код туженог.³⁰

Међутим, разграничавајући вишу силу од случаја, те инсистирајући на томе да формулација из члана 263 Закона не испуњава тзв. захтев „вањскости догађаја“, они наводе да је виша сила такав догађај који нема никакве везе са непосредном активношћу дужника, док случај потиче из узрока везаних за његово деловање, тј. унутрашњих околности у оквиру дужниковог понашања.³¹ Дакле, виша сила подразумева узрок који треба да буде спољан, да долази од споља као околност која није везана за субјекта, његову вољу и активност.³² Чини се да околности које суд описује, иако наглашава да не морају да имају карактер више силе, ипак пре имају њена обележја, неголи обележја случаја. Ово стога што се захтева да су околности наступиле мимо дужникове воље и *мимо њејовој деловања*, а што је у колизији са заговараним обележјима случаја. Такође, из последње реченице цитиране судске аргументације, закључили бисмо да ослобођење од одговорности за неиспуњење обавезе произлази из тога што на дужничкој страни није било несавесног поступања. Међутим, без обзира на то да ли се околности из члана 263 Закона тумаче као виша сила или као случај, у оба случаја чињеница да дужник није поступао несавесно, односно да је поступао са захтеваном пажњом, није довољна, сама по себи, за његово ослобођење од уговорне одговорности (дакле, чак и кад би се прихватила субјективна концепција, несавесност дужника у поступању, тј. непоступање са одговарајућом пажњом би било ирелевантно). Ако узмемо у обзир да се на исти начин Законом дефинисане околности у једном случају тумаче искључиво као виша сила, а у другом и као случај, а да се то правда омашком законодавца, да историјско тумачење, на овај начин и у овој мери, није поуздано, да се и у самој дефиницији више силе из члана 177 указује на законодавчеву омашку у погледу кумулативног, односно алтернативног захтевања непредвидљивости и несавладивости као обележја више силе, да различити аутори разлику између више силе и случаја различито схватају, те да ни одлука суда на коју се позивају не подржава до краја њихово становиште, штавише долазимо до закључка

30 Пресуда Врховног касационог суда Прев. 173/2011.

31 Н. Јовановић (2019), 49.

32 *Ibid.*; исто вид. Тодор Ачански, „Виша сила“, *Енциклопедија имовинској љрава и љрава удруженој рада* (ур. Обрен Станковић, Слободан Перовић, Миодраг Трајковић), II том, Београд, 1978, 734.

о климавости првог од аргумената који су предмет овог критичког осврта, а који ће додатно бити критикован у даљем делу рада, нарочито у контексту Бечке конвенције, Нацрта Грађанског законика Републике Србије, али и у закључку.

2. Критички осврт на други аргумент

Присталице субјективне концепције указују на то да је уговорна одговорност заснована на кривици, на шта указује и чињеница да је степен кривице релевантан приликом одмеравања висине накнаде штете. С друге стране, ипак, у правној теорији се истиче да законодавац, иако прописује да дужник дугује накнаду у већем обиму онда када је степен кривице већи, не условљава само *постојање* уговорне одговорности постојањем кривице. Дакле, постојање квалификованог облика кривице дужника значајно је за обим његове одговорности, а не за њено постојање. Међутим, присталице субјективне концепције истрајне су у томе да овакво тумачење нема утемељења у логици, те да је бесмислено да дужник у редовним околностима одговара и кад није крив, а да у случају тешке кривице одговара субјективно поштрено.³³ Тиме показују да занемарују чињеницу да се степен кривице не везује за постојање одговорности, већ за висину накнаде штете. С тим у вези, дужник ће одговарати и када није крив – ограничено. Дакле, ограничене се одговорности не може ослободити доказивањем да није крив. А ако *поверилац* докаже и квалификовани облик кривице – *обим* одговорности се повећава. Чињеница да одговара *субјективно поштрено*, како то наводе присталице субјективне концепције, ипак не значи да се дужник доказивањем непостојања кривице може ослободити уговорне одговорности. Он одговара свакако, без обзира на то да ли је крив, а ако поверилац докаже квалификовани облик кривице, дужник онда дугује већу накнаду. Чини се ипак логички утемељеним да дужник одговара за повреду уговора, без обзира на то да ли је крив, али и ограничено на предвидиву штету, а да се, ако му се уз то може приписати и тешка кривица, санкционише дуговањем потпуне накнаде. Уосталом, и у страним правима у којима је уговорна одговорност неспорно објективне природе (чак и за присталице субјективне природе уговорне одговорности у праву РС) постоји ограничење одговорности на штету коју је дужник морао предвидети, при чему се он на такво ограничење не може позивати ако је поступао грубо непажљиво или намерно.³⁴ Дакле, чини се

33 Маша Мишковић, „Уговорна одговорност складиштара“, *Право и привреда*, бр. 2/2020, 229.

34 Према члану 1150 француског Грађанског законика (*Code Civil*), дужник одговара само за штету која је била предвидљива или која се могла предвидети у време

да зависност обима одговорности (не и постојања) од степена кривице дужника не представља препреку да се она квалификује као објективна. Међутим, у светлу евентуалног прихватања аргумента присталица субјективне концепције, довољно је дотаћи се одредбе која регулише складиштареву одговорност. Наиме, накнада штете коју је складиштар дужан платити због пропасти, умањења или оштећења робе за време од њеног пријема до предаје, не може прећи стварну вредност робе, осим ако је штету проузроковао *намерно или крајњом непажњом*.³⁵ Како се види, одговорност складиштара је ограничена, а обим његове одговорности је, такође, везан за степен његове кривице. Доследном применом овог другог аргумента, закључили бисмо и да одговорност складиштара утолико мора бити субјективна. Није на одмет подсетити да на такав закључак упућује и доследна примена првог аргумента, који се тиче језичког тумачења обележја ослобађајућих околности. Ипак, већинско становиште међу присталицама субјективне концепције је да је одговорност складиштара објективне природе, вероватно са жељом да се у питање не доведе конзистентност петог аргумента, која је ипак већ дискутабилна, а о којој ће се детаљније говорити у каснијем делу рада. Дакле, сам аргумент делује доста неуверљиво, а и кад би се прихватио, довео би присталице субјективне одговорности у раскорак у односу тумачење о природи одговорности код посебних уговора, као што је нпр. одговорност складиштара. И код других уговора постоји ограничена одговорност, с тим да се дужник тим ограничењем не може користити ако је штету проузроковао *намерно или крајњом непажњом*. Примера ради, у случају губитка или оштећења пошилике у којој су се налазиле драгоцености, хартије од вредности или друге скупocene ствари, превозилац је дужан накнадити тако насталу штету само ако је приликом предаје ствари био обавештен о природи тих ствари и њиховој вредности, или ако је штету проузроковао *намерно или кајњом непажњом*.³⁶ Потом, угоститељ одговара у погледу ствари које су гости донели само до одређеног износа, премда дугује потпуну накнаду ако му је гост предао ствар на чување, као и ако је штета настала *његовом кривицом или кривицом лица за које он одговара*.³⁷ Најзад, у свим врстама превоза прописом је на одређени износ ограничена одговорност превозиоца за штету коју је проузроковао губитком или оштећењем робе током превоза.

закључења уговора, осим у случајевима кад намерно није испунио обавезу. Упркос тој зависности ограничења уговорне одговорности од кривице, владајуће је становиште да је уговорна одговорност, према француском праву (упркос екстензивном схватању више силе), објективна.

35 ЗОО, чл. 733.

36 ЗОО, чл. 672 ст. 1.

37 ЗОО, чл. 724 ст. 3.

Чини се, дакле, да зависност висине накнаде штете од степена кривице не опредељује основ уговорне одговорности. Због тога није најсрећнији наведени аргумент да би нелогично законско решење било да дужник у редовним околностима одговара и кад није крив, а да у случају тешке кривице одговара субјективно поштрено.

3. Критички осврт на трећи аргумент

Присталице субјективне концепције указују да се, без обзира на тумачење проблематике о обележјима околности из члана 263 Закона, субјективна одговорност „крије“ у члану 262 став 4 Закона, из разлога наведених у ранијем делу рада, унутар трећег аргумента у прилог субјективној природи уговорне одговорности.³⁸ Међутим, у правној теорији се истиче да присталице субјективне природе уговорне одговорности мешају накнадну нескривљену немогућност испуњења обавезе, као разлог престанка обавезе, са разлогом искључења уговорне одговорности, односно разлогом ослобођења дужника од одговорности за штету.³⁹ Повод за то им даје законодавац, који је поменуто правило сместио међу одредбе о одговорности за штету од неиспуњења односно задоцњења, тиме пропустивши да испоштује разлику између повреде обавезе, с једне, и немогућности испуњења обавезе, с друге стране, а што је један од начина да обавеза престане по сили закона, искључујући тако могућност да дужник одговара за њено неиспуњење.⁴⁰ Истиче се да је у питању немогућност испуњења из члана 354 Закона, према којем обавеза дужника престаје кад њено испуњење постане немогуће услед околности због којих он не одговара. Како је већ речено, чињеницом да је обавеза престала искључује се питање одговорности за последице неиспуњења. Питање одговорности се поставља онда када је дужник одговоран за немогућност испуњења, будући да му обавеза тада неће престати (а постојање обавезе је услов одговорности за неиспуњење или задоцњење), те ће он бити обавезан да је изврши. Пошто он то неће учинити, управо због немогућности испуњења (за коју одговара), поставиће се питање његове обавезе накнаде штете због неиспуњења. У том случају облигациони однос између дужника и повериоца неће престати, будући да је постојећа обавеза опстала, с тим да се она, управо због немогућности испуњења (за коју дужник одговара, јер да не одговара – она би престала), претвара у обавезу накнаде штете због неиспуњења, као секундарну обавезу. Дакле, у цитираном правилу, на које се позивају присталице субјективне концепције, али и које је

38 М. Мишковић (2015), 206; Н. Јовановић (2019), 44.

39 М. Караникић Мирић, 60–62.

40 *Ibid.*

највише допринело постојању субјективног аспекта међу присталицама мешовите (субјективно-објективне) природе уговорне одговорности, се ради о кривици за околности због којих је испуњење обавезе постало немогуће, а не о кривици за неиспуњење постојеће обавезе. С тим у вези, упућује се критика законодавцу што није до краја спровео поменуто разликовање, насупрот Скици у којој Константиновић не помиње немогућност испуњења у одредбама које се односе на право на накнаду штете проузроковане повредом уговорне или какве друге обавезе (чл. 206–214 Скице).⁴¹

4. Критички осврт на четврти аргумент

Четврти аргумент указује на то да је код уговорне одговорности, која је такође субјективна (као и вануговорна, што је неспорно), дужников доказни терет већи, будући да се он не може ослободити од одговорности доказујући да је поступао са, у датим околностима, захтеваном пажњом, већ искључиво доказивањем околности која је узрок штете, а за коју није крив, јер је она наступила упркос уложеној одговарајућој пажњи. Та се околност, а како је објашњено у првом аргументу у прилог субјективне природе уговорне одговорности, не односи на вишу силу, већ и на случај, као околност којом се искључује кривица. Као и у вези са претходним аргументима, треба видети да ли се присталице субјективне концепције уговорне одговорности конзистентно придржавају и овог аргумента. Наиме, неке присталице субјективне природе уговорне одговорности, тврдећи да је складиштарева одговорност објективна, указују на правило из Закона о јавним складиштима Краљевине Југославије из 1930. године, према којем јавно складиште одговара за сву штету која настане услед тога што у складишном пословању није поступало *марљивошћу уредног трговца*.⁴² Дакле, неспорно је да се радило о субјективној одговорности, будући да на то јасно указује пажња која се од складиштара захтевала приликом чувања робе – марљивост уредног трговца, односно пажња доброг привредника. Из тога се закључује да, да је законодавац „хтео“ да одговорност складиштара буде субјективна, задржао би законско правило из доба Краљевине, будући да му је било познато. Пошто то није учинио, законодавац је „хтео“ да одговорност складиштара буде објективна.⁴³ Доследна примена овог тумачења значила би да је свака одговорност, које се није могуће ослободити доказивањем дужне пажње, објективна.

41 *Ibid.*

42 Закон о јавним складиштима Краљевине Југославије – Закон о јавним складиштима, *Службене новине*, бр. 200/1930, пара. 22.

43 Н. Јовановић (2019), 54 фн. 33.

Па ипак, управо такав закључак је онај који се демантује језичким тумачењем унутар четвртог од аргумената који су предмет анализе (видети: II Тумачење о субјективној одговорности). Раније наведена формулација одредбе из члана 731 ст. 1 Закона,⁴⁴ којом се уређује складишарева одговорност за штету на роби, у потпуности је уподобљена с поменутим четвртим аргументом. Наиме, будући да је формулација слична као она у члану 263 Закона, прихватањем и доследном применом оваквих аргумената, могли бисмо закључити (у контексту покушаја прихватања субјективне концепције) да се складиштар од одговорности не ослобађа доказивањем дужне пажње (што не чини ову одговорност нужно објективном), већ доказивањем околности која је узрок штете и за коју није крив, односно околности која се није могла избећи или отклонити. Дакле, управо онако како се то указује и у односу на општи основ уговорне одговорности. Штавише, ако тумачимо како су интерпретиране ослобађајуће околности у тој одредби из члана 731 ст. 1 Закона, примећује се да је то исто као и у члану 263 Закона којим се уређује општи основ уговорне одговорности. Такође, обим складиштареве одговорности, према одредби из члана 733 Закона, зависи од степена његове кривице. Дакле, како се види, правила о одговорности складиштара сагласна су са првим, другим и четвртим аргументом који се наводе у прилог субјективној природи уговорне одговорности, према општем правилу. Па ипак, присталице субјективне природе уговорне одговорности већински схватају складиштареву одговорност као објективну, занемарујући аргументе које су користили у прилог субјективној природи општег основа уговорне одговорности. То нас упућује на закључак о недоследности. Заправо, о томе колико је стабилно историјско тумачење које се примењује у овом контексту говори и то да се исто формулисане околности (у чл. 731 и чл. 263 Закона) тумаче различито и то на крилима историјског тумачења, упркос томе што ранији прописи који регулишу складиштареву одговорност предвиђају несумњиво субјективну (закон из 1930. године), а ранији прописи који регулишу општи основ несумњиво објективну одговорност (Скица) – дакле, као да се основ одговорности у каснијем пропису, у случају да он ма на који начин (макар и само речима, не и суштински и значењски) одступа од ранијег прописа, нужно мора тумачити супротно од основа који је садржан у ранијем пропису.⁴⁵ Све и да је тако, такав аргумент (који почива на историјском тумачењу) у колизији је са свим осталим аргументима којима се жели оправдати субјективна природа општег основа.

44 Складиштар одговара за штету на роби осим ако докаже да је штета проузрокована услед околности које се нису могле избећи или отклонити или је проузрокована кривицом оставодавца, манама или природним својством робе, као и неисправном амбалажом (ЗОО, чл. 731 ст. 1).

45 Тако то чини Н. Јовановић, 40–63.

Присталице субјективне концепције тврде да је уговорна одговорност заснована на кривици. С тим у вези, није на одмет пробати дати њену дефиницију.⁴⁶ Закон прописује да кривица постоји када је штетник проузроковао штету намерно или непажњом.⁴⁷ Међутим, у правној теорији се указује на то да оваква дефиниција није најсрећнија, зато што није довољна, а ни прецизна. У Србији се кривица разуме објективно, што значи да се не улази у интимни свет учиниоца (не испитују се трауме из младости, комплекси, лична својства, знања и способности конкретног штетника), већ се полази од неких стандарда, мерила понашања (основаних друштвених очекивања) са којима се понашање штетника пореди, при чему лична својства штетника не утичу на оно што се од њега основано очекује. Због тога се указује да је од оне у Закону значајно боља дефиниција кривице садржана у члану 127 Скице: „При просуђивању да ли је лице које је штету проузроковало криво или не, тј. да ли се понашало онако како је требало, суд води рачуна о редовном току ствари и о томе шта се од разумног и пажљивог човека могло основано очекивати у датим околностима.“⁴⁸ Ако се кривица разуме на наведени начин, бива нелогична немогућност ослобођења од одговорности засноване на кривици дужниковим доказивањем да је поступао са захтеваном пажњом. Наиме, ако је дужник у стању да докаже да у њега нема кривице, по самој њеној дефиницији (дакле, доказивањем да се владао онако како се од њега очекује), поставља се питање шта је онда основ његове одговорности од које се на тај начин није ослободио. Због тога неки аутори указују на то да се дужник од одговорности не може ослободити доказујући да није крив, већ само доказујући околности из

46 „Сви покушаји да се кривица дефинише остали су безуспешни. Кад кажемо за неког да је крив ми се изјашњавамо о његовом понашању. Ми истражујемо шта се у датим околностима могло основано очекивати од разумног човека. Ако је учинилац изневерио такво очекивање он је крив.“ Михаило Константиновић, „Основ одговорности за проузроковану штету“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–4/1982, 512.

47 ЗОО, чл. 158.

48 Обрад Станојевић, „‘Скица’ Михаила Константиновића“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–5/1978, 280. Наиме, за разлику од кривичног права, у грађанском је појам кривице објективно обојен, те се кривица разуме као социјални, а не психички факт. Кривица је погрешно поступање штетника, а не његово стање свести и воље у тренутку предузимања штетне радње. Дакле, није у питању ментално стање одређеног квалитета, већ поступање одређеног квалитета. Идеја о кривици као социјалном факту садржана је у Белешкама професора Константиновића: „Биће крив, и због тога одговоран сваки онај који се није понашао онако како би се понашао врло пажљив човек. То значи да није довољно понашати се као лице просечне марљивости; потребно је понашати се као лице врло пажљиво и опрезно. Иначе свако друго понашање значи кривицу.“ Михаило Константиновић, *Облигационо право – белешке са предавања*, Београд, 1961, 93.

члана 263 Закона. То значи да његова одговорност постоји и када није крив, ако није у стању да докаже околности из члана 263 Закона.⁴⁹ Тако се изјашњавао и Врховни суд Србије:

„Одредбом чл. 263 ЗОО прописано је да се дужник ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу односно да је задоцнио са испуњењем због околности насталих после закључења уговора, које није могао да спречи, отклони или избегне. То правило о ослобађању од одговорности за штету представља изузетак од општег правила из чл. 154 ст. 1 ЗОО, по којем се лице које проузрокује штету другоме ослобађа одговорности ако докаже да је штета настала без његове кривице. У случају штете проузроковане неизвршењем уговорне обавезе дужник обавезе не може се ослободити одговорности доказујући да није крив, већ само под условима из чл. 263 ЗОО. Тужени није доказао да је задоцнио због околности које су наступиле после закључења уговора, а које он није могао да спречи, отклони или избегне, а не може се ослободити одговорности доказујући да није крив.“⁵⁰

То би значило да је, ако се дужник не може ослободити доказујући да није крив, његова одговорност објективна. Ипак, заговорници субјективне концепције истичу да те околности представљају случај (како је и објашњено у ранијем делу рада), те да су неки старији правници, погрешно и нејасно заговарајући објективно-субјективан критеријум ослобођења од одговорности, вероватно мислили на вишу силу, као објективну чињеницу, и на случај, као субјективну чињеницу.⁵¹ Заправо, како тврде, ради се о чистој субјективној одговорности, будући да се дужник од ње може ослободити доказивањем случаја. Свакако, тим пре ће се ослободити доказивањем више силе, али то никако не значи да одговорност није субјективна. Међутим, не чини се да се таква неумешност може приписати поменутиим ауторима. Наиме, они изричито наводе: „Постоје ситуације у којима дужник није крив за неиспуњење уговорне обавезе, или за закашњење у испуњењу, али нису у питању околности које би се могле оквалификовати као виша сила. У таквим ситуацијама, дакле, када је у питању *случај (casus)*, дужник може, уколико нису испуњени услови из члана 263 Закона, одговарати *и када није крив*.“⁵² Значи, ти аутори нису занемарили постојање случаја, већ су,

49 И. Јанковец, 123–126; С. Перовић (1995), 595–598; Б. Благојевић, В. Круљ, 647.

50 Пресуда Врховног суда Србије Рев. 2962/1997.

51 Н. Јовановић (2019), 57.

52 И. Јанковец, 126.

имајући га у виду и изричито га помињући, сматрали да дужник може бити одговоран, чак и кад је у питању случај, а то значи када није крив. Даље наводе да је неопходно закључити да ли је у питању такав узрок штете да га дужник, иако није крив, мора узети на свој терет, пошто је реч о околности која проистиче из унутрашњости његове правне сфере, из његовог пословања односно делатности.⁵³ Дакле, изричито се наводи могућност да дужник, иако се ради о случају, те иако није крив, буде одговоран за штету због неиспуњења или задоцњења са испуњењем. Заправо, чини се да ови аутори ситуације у којима ће дужник одговарати, иако није крив, своде управо на околности које представљају случај.

5. Критички осврт на пети аргумент

Чини се да присталице субјективне концепције улазе у зачарани круг (*circulus vitosus*) систематског тумачења, унутар којег је уговорна одговорност, према општем правилу, субјективна, јер би било бесмислено да законодавац понавља да је у појединим случајевима (посебним ситуацијама или појединим врстама именованих уговора) одговорност објективна, кад се то свакако подразумева према општем правилу о њеном основу. С друге стране, а унутар истог круга, кључни аргумент у прилог објективне одговорности код појединих уговора је тај да се посебно правило предвиђа управо ради одступања од општег правила према којем је она, како закључише, субјективна. Примера ради, главни аргумент у прилог објективне одговорности складиштара је тај да, ако је по општем правилу уговорна одговорност субјективна, посебна одредба о ослобођењу складиштара од одговорности је непотребна ако успоставља исту одговорност за губитак и оштећење ускладиштене робе као за остале врсте штете услед повреде уговорне обавезе. Правно-логички посматрано, било је потребно унети посебну одредбу да би складиштар одговарао другачије од општег режима уговорне одговорности.⁵⁴ На тај начин, укратко и поједностављено, долазимо у ситуацију да је уговорна одговорност, према општем правилу, субјективна, јер је одговорност складиштара објективна. А зашто је одговорност складиштара објективна? – Зато што је уговорна одговорност, према општем правилу, субјективна. И тиме је направљен потпуни круг. Дакле, нарочито у ситуацијама у којима одредба о ослобођењу од одговорности код посебног уговора готово о свему одговара формулацији из члана 263 Закона (у погледу обележја ослобађајућих околности, зависности висине накнаде штете од степена кривице, ослобођења доказивањем

53 *Ibid.*

54 М. Мишковић (2020), 204.

стварног узрока штете, а не дужне пажње и сл.), прибегава се овој неопходности за одступањем од општег правила. Тиме се сви претходно наведени аргументи релативизују. Тако долазимо у ситуацију да кад год ослобађајуће околности садрже обележје спољњег узрока (нпр. код одговорности превозиоца за губитак или оштећење пошиљке), у питању је објективна одговорност. С друге стране, пошто тог обележја нема у општем правилу, одговорност је субјективна. Међутим, кад тог обележја нема у одредби код неког посебног уговора (нпр. код ускладиштења или угоститељске оставе), одговорност је објективна, јер је неопходно одступити од општег правила, а ради се о омашци законодавца.⁵⁵ Има, међу присталицама субјективне концепције општег основа уговорне одговорности, и оних аутора који заговарају кривицу као основ одговорности складиштара.⁵⁶ Они настоје да буду доследни аргументима којима су се користили тврдећи да је уговорна одговорност, према општем правилу, субјективна. Уз то, истичу и бројне друге аргументе: мане и природна својства робе као разлог за ослобођење складиштара од одговорности⁵⁷ представљају догађај унутрашње природе који не може ослободити дужника од одговорности за опасну ствар (која је неспорно објективна), а ослобађају складиштара; чињеница да је складиштар професионалац, коју неки аутори истичу као аргумент у прилог његове објективне одговорности,⁵⁸ указује ипак на захтев за његовом повећаном пажњом (пажњом доброг стручњака), што алудира на кривицу, будући да је пажња код објективне одговорности ирелевантна; код уговора о превозу ствари, роба је током превоза у потпуности „препуштена“ превозиоцу, а пошиљалац и прималац немају контролу над пошиљком, због чега превозиоца одговара објективно.⁵⁹ С друге стране, оставодавац приликом ускладиштења има контролу над робом, с обзиром на то да има право да је прегледа и узме узорке од ње, што алудира на блажу (субјективну) одговорност складиштара у односу на превозиоца.⁶⁰ Упоредноправно и у међународној Конвенцији УН о одговорности оператора транспортних терминала⁶¹ већински је прихваћена субјективна

55 Н. Јовановић (2019), 54; Вјекослав Шмид, „Угоститељска остава“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–5/1978, 652.

56 М. Мишковић (2020), 230–231.

57 ЗОО, чл. 731 ст. 1.

58 Н. Јовановић (2019), 54.

59 ЗОО, чл. 671 ст. 1.

60 ЗОО, чл. 735. Закон о јавним складиштима за пољопривредне производе – ЗЈСПП, *Службени гласник РС*, бр. 41/2009 и 44/2018, чл. 14 ст. 1.

61 Конвенција УН о одговорности оператора транспортних терминала у међународној трговини из 1991. године (*The United Nations Convention on the Liability of Operators of Transport Terminals in International Trade*), чл. 5.

одговорност складиштара.⁶² Међутим, заговарањем субјективне одговорности складиштара, ови аутори се саплићу о аргументе својих истомишљеника на терену општег основа уговорне одговорности. Наиме, управо супротно у односу на анализирани пети аргумент, дошло би се у ситуацију да законодавац понавља да је одговорност субјективна, иако се то већ подразумева према општем правилу. Међутим, без обзира на то како се квалификује одговорност складиштара, треба поменути и законску одредбу која се тиче одговорности превозиоца. Наиме, превозилац је дужан превести путника до одређеног места на време.⁶³ Он одговара за штету коју би путник претрпео због задоцњења, изузев ако је до задоцњења дошло из *узрока* који није могао отклонити ни пажњом стручњака.⁶⁴ Из овакве формулације (ако се желимо доследно држати субјективне концепције која се заговара у литератури) чини се да се превозилац од одговорности не може ослободити доказујући да је поступао са захтеваном пажњом, тј. пажњом доброг стручњака, која се од њега, као јавног превозиоца (професионалца), захтева сходно томе да је страна у облигационом односу дужна да у извршавању обавезе из своје професионалне делатности поступа с повећаном пажњом, према правилима струке и обичајима (*ијажња доброї сїџручњака*).⁶⁵ Наиме, чини се да оваква формулација (стриктно се држећи четвртог аргумента у оквиру субјективне концепције) упућује на то да је неопходно да превозилац докаже околност која представља узрок, а за коју није крив, јер је она наступила упркос уложеној захтеваној пажњи, односно пажњи доброг стручњака. Ако прихватимо овакво становиште, примећујемо да се начин ослобођења превозиоца од одговорности за штету због задоцњења с испуњењем своје обавезе подудара са четвртим аргументом у прилог субјективне природе општег основа уговорне одговорности, а који се тиче језичког тумачења. Међутим, на терену петог аргумента, који се тиче систематског тумачења Закона, закључили бисмо да је законодавац у одредби о одговорности превозиоца за штету коју би путник претрпео због задоцњења поновио оно што присталице субјективне концепције заговарају да је већ прописао у општем правилу. Ако се законодавцу спочитава да је омашку направио у формулацији ослобађајућих околности код угоститељске оставе,⁶⁶ да је исто учинио и код ускладиштења,⁶⁷ да у дефиницији кривике није довољно прецизан,⁶⁸ да су кумулативно

62 Сви аргументи нав. према: М. Мишковић (2020), 230–231.

63 ЗОО, чл. 683 ст. 1.

64 ЗОО, чл. 683 ст. 2.

65 ЗОО, чл. 18 ст. 2.

66 ЗОО, чл. 724 ст. 2.

67 ЗОО, чл. 731 ст. 1.

68 ЗОО, чл. 158.

захтевана обележја више силе такође потенцијална омашка,⁶⁹ да је правила о немогућности испуњења погрешно сврстао међу одредбе о одговорности за штету због неиспуњења односно задоцњења,⁷⁰ те да ипак понавља оно што је већ прописао у општем правилу,⁷¹ не бисмо могли закључити да се не ради о неумешности законодавца, те да је у питању смишљено писање закона, што заговарају неке присталице субјективне концепције, хотећи да истрају у систематском тумачењу путем којег би указали да је општи основ уговорне одговорности кривица. С тим у вези, у овом питању се треба придружити оној групи аутора, премда су они присталице кривице као општег основа уговорне одговорности, који сматрају да је законски текст недоследан и непрецизан, те да нема јединственог приступа у питању уговорне одговорности.⁷² Дакле, чини се да овакво систематско тумачење није у стању да отклони дилеме у погледу општег основа уговорне одговорности.

IV Уговорна одговорност по Бечкој конвенцији

1. Критички осврт на прво тумачење о субјективној одговорности

Неке присталице субјективне концепције општег основа уговорне одговорности заговарају, како је већ речено, субјективну одговорност складиштара. Томе у прилог, између осталог, наводе и тумачење Конвенције УН о одговорности оператора транспортних терминала, према којој је одговорност складиштара субјективне природе. Наиме, ако један од аргумената у прилог тумачењу о субјективној одговорности складиштара представља конвенција која још увек није ступила на снагу и коју Србија није ратификовала, тим пре би било доследно у обзир узети и Конвенцију УН о уговорима о међународној продаји робе (даље у тексту: Конвенција),⁷³ приликом разматрања општег основа уговорне одговорности, будући да је она саставни део српског права о купопродаји у спољној трговини и има предност у примени у односу на унутрашње право у истим питањима која различито уређују. Прихватање у њој садржаних ставова би у том питању довело до изједначавања српског пра-

69 ЗОО, чл. 177 ст. 1.

70 ЗОО, чл. 262 ст. 4.

71 ЗОО, чл. 683 ст. 2.

72 М. Мишковић (2020), 231.

73 Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о уговорима о међународној продаји робе – Конвенција, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 10–1/1984.

ва са правилима Конвенције која представљају готово општеприхваћено право купопродаје у свету. Већинско је становиште да је уговорна одговорност, према правилима Конвенције, објективне природе. Међутим, међу присталицама субјективне концепције уговорне одговорности по Закону, има оних који сматрају да је и по Конвенцији она субјективне природе.⁷⁴ Тиме они показују снажну принципијелност у заговарању субјективне природе уговорне одговорности, с једне стране, и грубу недоследност у погледу аргумената којима се користе на терену домаћег права, с друге стране.

Наиме, Конвенција прописује да ако једна страна не изврши неку од својих обавеза, она неће бити одговорна за неизвршење ако докаже да је до неизвршења дошло због сметње која је била ван њене контроле и да од ње није било разумно очекивати да у време закључења уговора сметњу узме у обзир, да избегне или савлада такву сметњу и њене последице.⁷⁵ Заговорници субјективне природе одговорности дефинисане на овај начин наводе: „Да би се ослободио одговорности није довољно да [дужник] докаже да је у датим околностима поступао пажљиво, већ је нужно да докаже околност која га је омела у испуњењу обавезе. Та околност мора да буде ван његове контроле и да је непредвидива у часу закључења уговора (случај, по српском праву), или да није могао да избегне или савлада њене последице (*виша сила, по српском праву*). Како објективну одговорност искључује виша сила, а случај не, чини се оправданим закључак да Конвенција предвиђа одговорност засновану на претпостављеној кривизи штетника.“⁷⁶ Дакле, истиче се да се дужник може ослободити доказујући да су га у испуњењу обавезе спречиле околности које представљају вишу силу *или*, ако не може да докаже њих, околности које представљају случај. Чињеница да се дужник може ослободити од одговорности доказујући ову другу врсту околности – ван његове контроле и непредвидиве – које представљају случај (мада ће се тим пре ослободити доказујући прву врсту околности – неизбежне или несавладиве – које представљају вишу силу), по српском праву, указује на то да је његова одговорност субјективна. Овде се, најпре, треба задржати на обележјима оних околности које је аутор у својој аргументацији оквалификовао као вишу силу. Како се види, то су околности које дужник није могао да избегне или савлада њихове последице.⁷⁷ Доследном применом овакве квалификације, дошли бисмо

74 Н. Јовановић (2015), 118.

75 Конвенција, чл. 79.

76 Н. Јовановић (2015), 118.

77 „[...] или да није могао да избегне или савлада њене последице (*виша сила, по српском праву*)“.

до закључка да и околности из члана 263 Закона треба тумачити као вишу силу, јер садрже идентична обележја као и ове које аутор унутар Конвенције тумачи као вишу силу. Међутим, исти тај аутор види субјективну природу општег основа уговорне одговорности у српском праву, упркос истим обележјима ослобађајућих околности у којима, кад се ради о Конвенцији, види вишу силу. Све и да прихватимо да првонаведене околности представљају случај, а да су другонаведене виша сила, ипак дужнику неће бити довољно да докаже једне или друге, већ ће бити неопходно да докаже једне и друге, будући да се наведени услови кумулативно захтевају у одредби Конвенције.⁷⁸ Доследном применом наведене правне квалификације поменутих околности, дошли бисмо до закључка да дужнику није довољно да докаже само случај, тј. да одсуство кривице није довољан разлог за ослобођење од одговорности. Уз то, дужник мора да докаже и да сметњу није могао да избегне или савлада, тј. да докаже и оно што је аутор овде (не и у Закону) квалификовао као вишу силу. Због тога је, све и кад бисмо прихватили овај начин раздвајања квалификације поменутих околности на вишу силу и случај, ова одговорност, а због кумулативно постављеног захтева који аутору промиче, свакако, објективна. Дакле, да би се ослободио, дужник мора да докаже да је околност која га је омела у испуњењу изван његове контроле и да такву околност није могао предвидети у тренутку закључења уговора и да је није могао избећи или савладати и да није могао избећи или савладати њене последице.

2. Критички осврт на друго тумачење о субјективној одговорности

У правној теорији се истиче да израз „сметња изван дужникове контроле“ подразумева, у суштини, спољњу околност (спољњу сметњу), а да израз „није могао узети у обзир“ суштински подразумева да је није могао предвидети.⁷⁹ Ако се за формулацију из чла-

78 Ако једна страна не изврши неку од својих обавеза, она неће бити одговорна за неизвршење ако докаже да је до неизвршења дошло због сметње која је била 1) ван њене контроле и да од ње није било разумно очекивати да у време закључења уговора сметњу 2) узме у обзир, 3) да избегне или савлада такву сметњу и њене последице. Дакле, како се види, три су кумулативна захтева – сметња ван контроле, непредвидљивост и неизбежност или несавладивост. Вероватно је тог аутора збунио везник „или“ који се односи искључиво на трећи захтев (избегне или савлада), не стапајући други и трећи захтев у један који би био алтернативно постављен (или узме у обзир или избегне или савлада).

79 Милена Ђорђевић, *Обим накнаде штете због повреде уговора о међународној повреди робе*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012, 140.

на 263 Закона, у поређењу са чланом 177 Закона, наводи да не садржи непредвидљивост као обележје ослобађајућих околности, те да због тога уговорна одговорност не може бити објективна по општем правилу, онда се то исто не може рећи и за ову одредбу Конвенције. Обрнуто, будући да је ослобођење од одговорности за накнаду штете овде условљено непредвидљивошћу околности (сметње) која је дужника омела у извршењу уговорне обавезе, онда је она објективна. Исто треба закључити и у погледу спољње (стране, вањске) сметње (околности), као неопходног обележја. Дакле, будући да се овде захтевају два важна обележја, а то је да сметња буде спољња околност (ван дужниковог понашања), те да буде непредвидива, а чије одсуство је главни аргумент у прилог субјективној природи општег основа уговорне одговорности по домаћем праву (први од аргумената који су били и који ће тек бити предмет анализе), мора се закључити да је уговорна одговорност онда, по Конвенцији, дефинитивно објективна.

У поновном покушају да одговорост из члана 79 Конвенције истумаче као субјективну, исти аутори напуштају тумачење којим су помануте околности разлагали на случај, с једне, и вишу силу, с друге стране, постављајући их као алтернативне разлоге за ослобођење. Наиме, они сада читава ту конструкцију околности (сметње) ван контроле дужника, коју није могао предвидети, ни савладати тумаче као случај.⁸⁰ Они тврде да термин „сметња ван контроле“ не мора нужно да значи да је у питању спољња околност, ван дужниковог понашања односно делатности којом се бави. Наиме, тврде да може да се протумачи као околност у оквиру његове делатности, а коју у датој ситуацији *није могао да исконролиши*, јер му је била изненадна и неочекивана. Да ју је предвидео, савладао би је, те штету не би нанео.⁸¹ То су особине случаја, те је зато одговорност субјективна са становишта националних права у којима случај искључује уговорну одговорност.⁸² Међутим, синтагма

80 Н. Јовановић (2019), 59–60.

81 *Ibid.*

82 Поређење одредаба Конвенције са одредбама српског права не може бити темељ за овакво тумачење, јер је то супротно правилима Конвенције (чл. 7 ст. 1) која захтевају њено аутономно тумачење с обзиром на њен међународни карактер, а то значи необојено националним правним наслеђем. Вид. М. Ђорђевић (2012), 139. Наиме, правни појмови садржани у међународним уговорима се тумаче аутономно, управо у духу унификације материјалноправних правила, а то стога што та унификација чији је основни циљ остварење међународне хармоније одлучивања не би била остварена када би се поједини правни појмови различито тумачили унутар различитих националних правних поредака. С тим у вези, овакав покушај тумачења је у свом полазишту осуђен на неуспех, будући да је тумачење правних појмова у контексту националног права за примену међународног уговора ирелевантно.

„*beyond control*“ у сваком правном акту, а и у целокупној правној теорији упућује на спољну околност ван дужникове активности, односно изван (уопште) сфере његове контроле. Такву синтагму, као правнотеоријски аксиом, не треба додатно тумачити – виша сила је оно на шта она реферише. Управо на тај начин је захтевана сметња и интерпретирана у Конвенцији, те је нема потребе језички силовати – опираће се – језичком логиком која ту синтагму прати.⁸³ Међутим, није на одмет поменути формулацију додатно образложити, услед постојања покушаја да се она истумачи другачије. Израз „ван контроле“ је атрибут који ближе одређује сметњу, јер се у самој одредби односи на њу и стоји уз њу, а предлог „ван“ указује на њено порекло – дакле, где се налази сметња, одакле она потиче.⁸⁴ С тим у вези, оно што дужник контролише (налази се унутар сфере његове контроле) јесте оно што је унутар његове делатности, у оквиру његовог понашања. Све оно што не контролише (налази се изван сфере његове контроле) је, дакле, спољна околност. Дакле, због тога што обележје „ван контроле“ представља атрибут који ближе одређује сметњу, тј. њено порекло, а не указује на оно што се од дужника очекивало и шта је он могао или није могао у односу на ту сметњу (јер се ни не налази у том делу одредбе), ова околност мора бити вањске, односно спољње природе, потицати из сфере која није под дужниковом контролом, а то значи изван његове активности. Уосталом, чињеница да дужник није могао да савлада сметњу или њене последице свакако значи и да није могао да је исконтролише. Због тога не би имало смисла да је прописано да дужник мора да докаже и једно и друго, будући да прво укључује и подразумева друго. Таква формулација била би сувишна. Управо зато, неопходно је да докаже порекло сметње, тј. да она потиче из сфере коју он не контролише (од споља), те несавладивост сметње, тј. да такву сметњу, која потиче од споља, није могао савладати. Најзад, кад бисмо ипак прихватили ову језичку конструкцију, чини се да би, поједностављено, дужника ослобађале околности које није могао предвидети, (ни исконтролисати) ни избећи или савладати, а

83 Уосталом, кад је у питању уговорна одговорност у енглеском праву, која је објективне природе, у енглеској литератури се наводи: „За ослобођење од одговорности за повреду уговора потребно је да је наступио неки неодољиви спољњи догађај за који ниједна уговорна страна није одговорна.“; „Догађај због којег уговорна обавеза није испуњена мора бити такав да је ван контроле (*beyond the control*) и једне и друге уговорне стране.“ Jack Beatson, Andrew Burrows, John Cartwright, *Anson's Law of Contract*, 29th edition, Oxford, 2019, 476.

84 У питању је аблативни генитив који означава порекло нечега, одакле је нешто потекло, а користи се, између осталих, уз предлоге „из“, „са“, „ван“, „изван“ и сл. У конкретном случају, ради се о аблативном генитиву у функцији атрибута. С тим у вези, једини тачан одговор је да се ради о околности која потиче од споља, ван дужниковог понашања и сфере његове контроле.

чињеница да атрибут „ван контроле“ нисмо протумачили као „спољњи узрок“ одузео би таквим околностима природу више силе. Јасно је да би у том случају дужник доказивањем да околност није могао исконтролисати доказао да није крив, али то му не би било довољно за ослобођење. Наиме, морао би да докаже и да те околности није могао савладати или избећи – управо оно што аутор у првом тумачењу о субјективној одговорности у Конвенцији квалификује као вишу силу. Аутору постаје неважно што се овде изричито наводе непредвидљивост и несавладивост, као обележја због чијег се непоседовања одговорност из одредбе 263 Закона квалификовала као субјективна. Такво тумачење, у којем се све где није изричито наведено да су у питању спољње околности (баш тим речима) тумачи као случај, ће у у каснијем делу рада оставити нека отоворена питања.⁸⁵ Најзад, ови аутори глорификују своју усамљеност у овом вероватно погрешном тумачењу одредбе из члана 79 Конвенције,⁸⁶ недоследно пренебрегавајући да су управо они све време били ушушкани у топлини владајућег мишљења по питању општег основа уговорне одговорности у српском праву.⁸⁷

85 Такође, у прилог субјективној природи одговорности у Конвенцији, наводи се и чињеница да се ослобађајућа сметња односи само на конкретног дужника, те да конкретно само за њега треба да буде непредвидива и несавладива, и то разумно, што упућује на пажњу, те и на кривицу (Н. Јовановић [2019], 59–60). Међутим, да у одредбу није стављен прилог „разумно“, аутор би опет одговорност тумачио на исти начин (с обзиром на намеру, не и уверење да ту одредбу тако треба тумачити), али тада са критиком да се дужник може ослободити од одговорности доказујући сметњу која је наступила, упркос томе што је уложио сву своју пажњу и брижљивост да обавезу изврши у уговореном року, иако је та пажња недовољна с обзиром на стандард пажње који се од средње пажљивог дужника у тим околностима очекује. Дакле, да нема прилога „разумно“, одговорност би, за тог аутора, била поново субјективна, уз још већу критику што се дужник може ослободити с обзиром на своје личне карактеристике. Чини се да би се тада, без прилога „разумно“, сметња пре односила на конкретног дужника, те би се тада пре могло тврдити да је довољно да сметња за конкретног дужника (и само за њега) буде непредвидива и несавладива. Овако се уноси управо један објективан критеријум који, баш супротно од онога што тврди овај аутор, указује на то да није од значаја да ли је тај конкретан дужник у питању могао да предвиди наступање околности или је конкретно он могао савладати њене последице, а с обзиром на његова лична својства. Одредба настоји да у сасвим објективизираној одредби додатно остави што мање простора за било какву субјективизацију – на крају крајева, за било коју околност увек постоји неки неопходан стандард у односу на који се она тумачи, јер би свако друго решење било арбитарно и произвољно.

86 „Мирослав Крлежа у драми ‘На ивици разума’ каже: ‘Човек у гомили смрди, али му је топло. У самоћи је празно’. Значи, лако је галамити у гомили, али врло је тешко бити сам и борити се за своја уверења, ма колико усамљеник био у праву.“ Н. Јовановић (2019), 60.

87 Остављамо простора за могућност да је аутор самокритично и конструктивно саветовао присталице објективне природе уговорне одговорности у српском

V Поједине одредбе из Нацрта и Скице

Занимљиво би било видети како присталице субјективне концепције овим аргументима покушавају објаснити и истумачити нека решења из Нацрта Грађанског законика Републике Србије (даље у тексту: Нацрт) у којем је задржана иста формулација као из члана 263 Закона.⁸⁸ Примера ради, код одговорности превозиоца за задоцњење с испуњењем обавезе из уговора о превозу лица и одговорности превозиоца за сигурност путника, као алтернатива у Нацрту, наводе се као ослобађајуће *околности које се нису могле предвидети, ни избећи или савладати*.⁸⁹ Доследном применом језичког тумачења ослобађајућих околности примењеног на терену Конвенције, морали бисмо закључити да се код одговорности превозиоца за сигурност путника ради о субјективној одговорности, будући да није прецизирано да је реч о спољњим околностима. Штавише, и метод историјског тумачења, који ови аутори заговарају, недвосмислено би упућивао да је реч о субјективној одговорности. Дакле, да је законодавац (комисија за израду ГЗ) „хтео“ да одговорност буде објективна, задржао би формулацију присутну у Закону, будући да је ту, кад је у питању одговорност за сигурност путника, изричито наведена неопходност да ослобађајућа околност представља „страни узрок“.⁹⁰ Пошто то није учинио, чини се да је „хтео“ да буде субјективна. Ипак, чини се да би резултат таквих тумачења био погрешан. С друге стране, код одговорности због задоцњења из уговора о превозу лица, ситуација је нешто другачија. На терену обележја ослобађајућих околности, као алтернативно решење у Нацрту, предвиђене су околности које се нису могле предвидети, ни избећи или савладати. Језичко тумачење таквих околности, сходно оном из Конвенције, упућивало би на то да се ради о субјективној одговорности, јер се не наводи да у питању мора бити спољњи узрок. Међутим, историјско тумачење, на начин на који га ови аутори примењују, упутило би нас на закључак о објективној одговорности. Наиме, да је законодавац „хтео“ да одговорност буде субјективна, задржао би одредбу из Закона у којој се указује на неопходну пажњу доброг стручњака, а то значи и на субјективну одговорност.⁹¹ Пошто то није учинио, променивши одредбу, мора да је „хтео“ да успостави

праву, будући да је њихово становиште велика мањина у питању на које се односи огромна већина његовог рада.

88 Нацрт Грађанског законика Републике Србије – Нацрт ГЗ, доступно на адреси: <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/260615/260615-nacrt-gradjanskog-zakonika.html>, 10. 8. 2023, чл. 450 ст. 2.

89 Нацрт ГЗ, чл. 1102 и 1103.

90 ЗОО, чл. 684 ст. 1.

91 ЗОО, чл. 683 ст. 2.

другачију, тј. објективну одговорност. Најзад, упркос томе шта је законодавац „хтео“ и која су обележја ослобађајућих околности, могло би се прибећи и зачараном кругу систематског тумачења. Наиме, тада би закључак био да је било потребно унети посебну одредбу, управо да би одговорност била другачија од општег режима уговорне одговорности. Ако би и даље стајала оцена да је она субјективна, с обзиром на недоследност у свим овим аргументима, систематским тумачењем бисмо превозиочеву одговорност у наведеним питањима квалификовали као објективну. Међутим, да не буде све тако лако ни са систематским тумачењем, чини се да је у Нацрту одговорност нејавног складиштара предвиђена као субјективна, будући да се од одговорности јавног разликује само утолико што се не захтева да ослобађајуће околности буду спољње, вањске природе.⁹² То би значило да се у посебној одредби, иако систематско тумачење упућује на то да је сврха њеног постојања одступање од опште одредбе, предвиђа субјективна одговорност, исто као и према општем правилу. Дакле, како који аргумент применимо, долазимо до различитог закључка. Конкретно, одговорност за сигурност путника би, према језичком тумачењу ослобађајућих околности (будући да се не наводи спољња околност) и према историјском тумачењу (будући да законодавац не задржава одредбу Закона, по којој је она очигледно објективна, већ је мења), била субјективна. Ипак, неопходношћу одступања од општег правила, сходно систематском тумачењу, закључили бисмо да је објективна. С друге стране, одговорност због задоцњења у испуњењу обавезе превозиоца из уговора о превозу лица би, према језичком тумачењу ослобађајућих околности (будући да се не наводи спољња околност) била субјективна. Према историјском тумачењу (будући да законодавац не задржава одредбу Закона, по којој је она очигледно субјективна, већ је мења), би била објективна. Најзад, неопходношћу одступања од општег правила, сходно систематском тумачењу, закључили бисмо да је објективна. Дакле, одговорност за сигурност путника: субјективна (језичко тумачење); субјективна (историјско тумачење); објективна (систематско тумачење). А одговорност превозиоца због задоцњења из уговора о превозу лица: субјективна (језичко тумачење); објективна (историјско тумачење); објективна (систематско тумачење). Треба нагласити да има и оних мање радикалних аутора којима су непредвидљивост и несавладивост довољна обележја да околности квалификују као вишу силу (зато одговорност у Конвенцији и сматрају објективном), па би у том случају овако формулисана одговорност превозиоца за сигурност путника била, према језичком тумачењу, објективна, без обзира на то што није наглашена

92 Нацрт ГЗ, чл. 1133.

спољња природа ослобађајућих околности.⁹³ Међутим, историјско тумачење би и даље указивало на то да је реч о субјективној одговорности, јер није задржана одредба из Закона, према којој је одговорност била неспорно објективна, а уз то је и одстрањен атрибут спољашњости – исто као и на терену општег основа уговорне одговорности у Закону у односу на Скицу.⁹⁴ Дакле, доследна примена историјског тумачења нас наводи на различите закључке у погледу истоветно формулисаних околности и то у погледу два члана који следе један за другим. Наравно, остављамо и могућност да је наведена одредба лоша, те да неће бити прихваћена, али је чињеница да би се усвајањем две предложене алтернативе (или чак само једне) урушило тумачење присталица субјективне природе општег основа уговорне одговорности, нарочито имајући у виду начин тумачења ослобађајућих околности у Конвенцији.

Такође, занимљиво би било видјети како присталице субјективне концепције по Закону примењују ове аргументе приликом тумачења неких одредби из Скице у којој је уговорна одговорност, како је већ речено, објективна, по општем правилу.⁹⁵ Примера ради, код одговорности превозиоца за губитак или оштећење пошиљке и код његове одговорности за сигурност путника, као ослобађајуће се наводе *околности које се нису могле предвидети, ни избећи или савладати*.⁹⁶ Доследном применом изложених аргумената, требало би закључити да превозилац у овим питањима одговара субјективно. Најпре, због тога што формулација не испуњава тзв. захтев вањскости догађаја. Такође, ако се посебном одредбом одговорност жели изразликовати од општег правила, закључили бисмо да је одговорност превозиоца субјективна, будући да је уговорна одговорност у Скици, према општем правилу, неспорно објективне природе. Међутим, чини се да би такво тумачење, где се у посебној одредби нужно мора одступити од општег правила, било несрећно, превасходно с аспекта целисходности, а нарочито у наведеним

93 Вид. М. Мишковић (2015), 214.

94 Ово је још један од разлога непоузданости историјског тумачења. Чини се да не би било исправно превозичеву одговорност за сигурност путника протумачити као субјективну, будући да превозилац треба да одговара строже за штету услед смрти или телесне повреде путника. Чињеница да је одредба промењена у односу на законску и да је одстрањен Законом експлицитно наведен атрибут спољашњости не значи нужно да је законодавац хтео да промени основ одговорности. До промене језичке контрукције одредбе може доћи из различитих мотива (нпр. језички стил) или, чак, сасвим произвољно. С тим у вези, ни чињеницу да је у Закону изостао атрибут спољашњости ослобађајућих околности код уговорне одговорности (чл. 263), те да је одредба промењена у односу на Скицу (чл. 208) не смемо нужно тумачити као хтење промене основа одговорности у односу на онај из Скице.

95 Скица, чл. 208.

96 Скица, чл. 692 ст. 1 и чл. 704 ст. 1.

случајевима који се тичу превозиоца. На терену целисходности, ако нам већ доследно правно тумачење не може решити дилему, чини се да много више аргумената има у прилог постојању повреде уговорне обавезе, штете и узрочне везе као довољног скупа услова за оправдање постојања уговорне одговорности. Дакле, без обзира на кривицу.⁹⁷ Овде треба рећи да остаје врло мало простора да је ова одредба лоша (у смислу формулације ослобађајућих околности), будући да су на исти начин оне биле формулисане у Скици, а и сада се тако формулишу унутар Нацрта. Разум нагиње ка томе да се ради о квалитетној одредби која је испркосила зубу времена и опет је у оптицају да буде усвојена. Реч је о ослобађајућим околностима које су на тај начин формулисане у више од једне одредбе Скице и у више од једне одредбе Нацрта, те не бисмо могли рећи да се ради о залуталој непрецизности, већ о јасној интенцији да оне управо тако (и баш тако) буду формулисане. Штавише, имајући у виду да је Михаило Константиновић био горостас правне науке чији рад и данас заслужује дивљење,⁹⁸ те да Комисију за израду Грађанског законика чине најкомпетентнији правни стручњаци, чини се да неће бити да је одредба толико лоша, већ да је лоше тумачење које је у односу на њу толико неподесно. Заправо, усвоји ли се оваква одредба, која на овај начин описује ослобађајуће околности, анализирано тумачење ће постати потпуно неозбиљно и превазиђено, те неће ни изискивати потребу за било каквом анализом.

VI Закључак

1. Закључак о језичком тумачењу

У контексту критичког осврта на језичко тумачење ослобађајућих околности, поред већ наведених различитих схватања о разликама између више силе и случаја,⁹⁹ у закључку ћемо се сконцентрисати на два која су готово иста. Прво, према којем је случај околност коју је дужник могао савладати у датим околностима, али је није савладао, јер је била непредвиђена, а виша сила је у датим околностима за дужника несавладив узрок штете, мада њено наступање може да буде и предвиђено.¹⁰⁰ Друго, према којем је случај, за разлику од више силе, околност чије се

97 Разлоге у прилог објективне уговорне одговорности вид. код М. Ђорђевић (2012), 142–145.

98 Читав овогодишњи број часописа *Анали*, у којем су најразличитији и најкомпетентнији доктори наука објавили своје радове, посвећен је Константиновићу и његовом животу и стварању.

99 Вид. „Критички осврт на први аргумент“ у овом раду.

100 Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 117.

дејство, по правилу, може предвидети и спречити или избећи.¹⁰¹ Наиме, ако законодавац од дужника захтева да докаже околности које није могао спречити, отклонити или избећи¹⁰² или, примера ради, околности које се нису могле предвидети, ни избећи или савладати,¹⁰³ онда се он неће ослободити доказујући случај који се, по дефиницији, може предвидети, спречити, избећи и савладати. Могуће је да су ови аутори мислили на то да је случај околност коју је дужник могао савладати, али то није учинио, јер га је таква околност, као непредвиђена, изненадила. Међутим, то ипак не значи да он није могао да такву околност савлада, већ да није успео да је савлада, иако је могао. Исто тако, по другом наведеном схватању, дејство околности која представља случај се може спречити или избећи. По члану 263 Закона дужник треба да докаже околности (настале после закључења уговора) које није могао спречити, отклонити или избећи. Дакле, ако се околности које представљају случај могу спречити или избећи, онда то неће бити довољно за дужничково ослобођење од одговорности, јер законодавац захтева околности које се нису могле спречити, отклонити или избећи. Могуће је да дужник такву околност није избегао или спречио, јер је за њега била непредвиђена (изненадна), али чињеница да он околност није отклонио или избегао, иако је могао, не претвара ту околност у ону коју дужник није могао избећи, већ се ради о томе да није успео да је избегне, иако је то могао. А пошто законодавац захтева да је у питању околност коју није могао спречити, отклонити или избећи, дужник се не може ослободити доказујући да то није могао, кад је могао. Други начин на који се могу истумачити овако постављене дефиниције је следећи: да је дужник предвидео околност која представља случај, он би могао да је савлада (спречи, избегне или отклони). Пошто је није предвидео, он је није могао савладати (спречити, избећи или отклонити). Пошто је није могао савладати (спречити, избећи или отклонити), он се ослобађа одговорности по основу случаја као ослобађајућег разлога.¹⁰⁴ Тиме долазимо до закључка да је случај

101 М. Мишковић (2015), 207.

102 ЗОО, чл. 263.

103 Вид.: Нацрт, чл. 1102 и чл. 1103; Скица, чл. 692 ст. 1 и чл. 704 ст. 1.

104 У том случају се ради о несавладивости (неотклоњивости, неизбежности) услед непредвидивости, те бисмо закључили да је законодавац под околностима које дужник није могао нпр. отклонити подразумевао и оне које би, да их је предвидео, могао отклонити. Иако је непредвидивост потенцирана као обележје више силе, због чијег одсуства се околности из члана 263 Закона и не могу тумачити као виша сила, чини се да је она неопходна како би се дужник ослободио од одговорности доказујући случај, јер да је околност могао предвидети, онда би је и савладао (спречио, отклонио, избегао), те се не би могао ослободити. Заправо, не би ни имао од чега, будући да штету не би ни нанео. Па ипак, од великог броја одредаба у које је законодавац сместио сличан или исти скуп ових екстравагантних

околност коју је дужник могао савладати, али је није могао савладати. И заиста, на веома смо клизавом терену кад разликовање субјективне и објективне одговорности спроводимо на темељу одговорности за случај. Стиче се утисак да, ма колико законодавац био вешт и каква год обележја придао ослобађајућим околностима, неће моћи да удовољи овако нијансираним разликама случаја и више силе. Заправо, упорно навођење неких централних обележја више силе постаје ирелевантно, с аспекта језичке конструкције законске одредбе којом се ослобођење од одговорности уређује, било да је то непредвидљивост, несавладивост, неотклоњивост. Безначајно је, зато што се свако обележје може, под претпоставком предвидивости (предвиђености), претворити у свој антоним и тако скројити случај као ослобађајућу околност. Примера ради, као ослобађајуће су наведене *околности које се нису могле предвидети, ни избећи или савладајући*.¹⁰⁵ С једне стране, можемо приметити несавладивост, као суштинско обележје више силе, и закључити да је таква одговорност објективна. С друге стране, пак, можемо поћи од следеће претпоставке: да је дужник предвидео такву околност, савладао би је. Није то учинио јер му је била изненадна. Ни из чега не произлази да се мора радити о околности која има већу снагу од дужникове. Може бити у питању унутрашња околност, будући да одредба не захтева да се ради о „страном узроку“. Потом бисмо извели закључак да је одговорност

околности као ослобађајућих, једино се у члану 263 Закона оне тумаче као случај, а један је од ретких где непредвидивост није наведена, иако је чини се неопходно да постоји како би дужник доказао да неку околност није могао нпр. отклонити, јер да га није изненадила, отклонио би је. С друге стране, термин „непредвиђена“ околност можда не мора указивати на то да је она била и непредвидива. Заправо, може се радити о предвидивој околности (која се могла предвидети), али коју дужник није предвидео, јер га је изненадила, те је остала непредвиђена. Иако би се и ту поставила бројна питања, у овом раду се неће анализирати та евентуалија, уз остављање простора за могућност да аутор овог рада, као студент основних студија, није досегао оволике висине правничког теоретисања, нарочито у контексту овог разграничавања више силе и случаја. Чињеница да је врсно теоретисање неопходно како би се ово тумачење извело до краја (заправо, чињеница да се оно своди на теоретисање) указује и на то да је оно неадекватно.

Најзад, веома је важно нагласити да исти аутор наводи: „Случај је околност коју је дужник могао савладати у датим околностима...“ Н. Јовановић, В. Радовић, М. Радовић, 117. Поређењем члана 263 Закона с осталима он закључује: „Реч је о вишој сили (чл. 177), при чему се њена особина спољње околности не захтева правилном о искључењу дужникове уговорне одговорности. Напротив, захтева се само да је околност која је узрок штете настала после закључења уговора и да је за њега несавладива у датим околностима (чл. 263). То значи да може да буде и околност у оквиру његовог понашања...“ Н. Јовановић (2019), 45.

Нејасно је, дакле, да ли је случај околност која се може или не може савладати у датим околностима.

105 Вид.: Нацрт, чл. 1102 и чл. 1103; Скица, чл. 692 ст. 1 и чл. 704 ст. 1.

субјективна, будући да се описана околност односи на случај. Дакле, међу присталицама субјективне природе општег основа уговорне одговорности у домаћем праву, једни би овакве околности тумачили као вишу силу,¹⁰⁶ вероватно вођени њеним централним обележјима, а други, вероватно они који заговарају субјективну природу основа уговорне одговорности према одредбама Конвенције, као случај.¹⁰⁷ Тако долазимо у ситуацију да аутори који готово исто дефинишу случај, те готово исте аргументе користе у прилог субјективне природе општег основа уговорне одговорности у домаћем праву, сложено указујући на то да се одредба члана 263 Закона односи на случај, ипак, исто дефинисане околности различито тумаче у истом питању, дакле на терену разграничења више силе и случаја у контексту ослобађајућих околности. Оно што их на тренутак мири је спољашњост, као обележје ослобађајућих околности, које упућује на вишу силу, те дефинитивно на објективну одговорност. Одатле и проистиче сагласност у погледу природе општег основа уговорне одговорности, односно околности које се нису могле спречити, отклонити или избећи из члана 263 Закона. Наиме, будући да се не ради о околностима ван ствари (спољњим, вањским, страним), није у питању виша сила, већ случај.¹⁰⁸ За њих није важно што се помиње неотклоњивост, за коју се у правној теорији истиче да је централни елемент више силе.¹⁰⁹ Најзад, ови аутори се поново разилазе онда када законодавац ослобађајуће околности у посебним уговорима дефинише идентично као и у општем правилу (нпр. код ускладиштења). Једни, упркос томе што не само да се не помињу непредвидивост и несавладивост, као до тада навођена централна обележја више силе, него ни спољашњост, за коју се чинило да је заједнички садржалац њихових становишта, сматрају да се ради о објективној одговорности.¹¹⁰ Други су, ипак, вероватно доследни оном што су им били аргументи на терену општег правила, на становишту субјективне одговорности.¹¹¹ Иако се чинило да (не)постојање тог обележја вањскости опредељује основ одговорности међу присталицама субјективне природе општег основа, ма како да су интерпретирана друга обележја ослобађајућих околности, види се да није тако. Несрећно је тумачење чији су заговорници, у суштинским питањима на којима се оно и темељи, заправо, неистомишљеници.

106 Вид. М. Мишковић (2015), 214.

107 Вид. Н. Јовановић (2019), 59–60.

108 Заправо, такво тумачење је више засновано на негацији: пошто нема спољашњости, није виша сила, те је зато случај.

109 М. Васиљевић (1987), 113.

110 Н. Јовановић (2019), 53–54.

111 М. Мишковић (2020), 230–231.

2. Закључак о историјском тумачењу

У контексту историјског тумачења, у закључку треба нагласити непоузданост ослањања на њега. Најпре, историјско тумачење (што је први аргумент), у контексту одговорности складиштара и поређења са Законом о јавним складиштима из 1930. године, није у складу са четвртим аргументом. Наиме, историјским тумачењем је закључено да је одговорност складиштара, пошто је се не може ослободити доказивањем дужне пажње, а то је могао по ЗЈС, објективна. Па ипак, одредба којом се уређује одговорност складиштара у потпуности одговара четвртом аргументу на нивоу општег правила – субјективна одговорност од које се дужник ослобађа доказивањем узрока за који није крив, а не доказивањем дужне пажње (у складу са начином за чије тумачење се присталице субјективне концепције залажу). Потом, историјским тумачењем бисмо закључили да је Комисија за изразу ГЗ-а предложеним одредбама из којих одстрањује спољашњост као обележје ослобађајућих околности, мењајући тако одредбу која постоји у Закону, нужно хтела да промени основ одговорности у неким посебним уговорима. Ипак, такав закључак би био погрешан, а исто треба закључити и у вези са историјским тумачењем односа члана 208 Скице и члана 263 Закона.¹¹² Најзад, један од главних циљева Комисије при изради Нацрта било је уподобљавање правила са (Бечком) Конвенцијом,¹¹³ што би значило да је Комисија „хтела“ објективну одговорност, каква је она неспорно и по Конвенцији. Чињеница да је одредба о општем основу уговорне одговорности остала непромењена указује на то да је она већ објективне природе, у складу са Конвенцијом, те није имало потребе мењати је.¹¹⁴ Дакле, како се види, историјско тумачење се може протезати до бесмисла, те се на њега у овом питању и на овај начин не ваља ослањати.

3. Закључак о систематском тумачењу

У контексту систематског тумачења, у закључку треба нагласити да се неопходност прописивања различитог основа у односу на општи у посебној одредби користи као аргумент (изговор) зато што се, након толике приче о обележјима више силе и случаја у погледу општег правила, исто формулисане ослобађајуће околности тумаче различито – нпр. члан 263 и члан 731 Закона. Тиме се често долази у зачарани круг

112 Вид. фн. 97 у овом раду.

113 У том контексту вид. уводне напомене у оквиру друге књиге Преднацрта ГЗ, доступно на адреси: <https://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/grad-janski-zakonik/>, 10. 8. 2023.

114 Нацрт, чл. 450 ст. 2; ЗОО, чл. 263.

унутар кога је општи основ кривица, да се у посебним уговорима унутар којих је одговорност објективна не би беспотребно понављало опште правило. С друге стране, у неким посебним уговорима је одговорност објективна, како би се одступило од општег основа који је субјективне природе, а он је такав управо зато што су основи одговорности код посебних уговора објективне. И тако се прави пун погрешан круг (*circulus vitiosus*). Такође, законодавац у посебном уговору ипак понавља опште правило о уговорној одговорности схваћено у смислу четвртог аргумента – то чини код одговорности превозиоца за задоцњење у испуњењу обавезе из уговора о превозу лица.¹¹⁵ Такође, и текст Нацрта понавља опште правило – примера ради, према Нацрту се одговорност јавног складиштара од одговорности нејавног разликује само у спољашњости као обележју околности које га од одговорности ослобађају. С друге стране, околности које ослобађају нејавног складиштара исте су као у општем правилу. Овде се не би могло прибећи ни зачараном кругу систематског тумачења, унутар кога би се иста обележја ослобађајућих околности као из општег правила тумачила различито од њега, само зато што о њима постоји посебна одредба. Ово стога што би тада дошло до изједначавања одговорности јавног и нејавног складиштара, иако је јасна интенција да оне буду различите, због (не)постојања спољашњости, као обележја ослобађајућих околности (све ово под претпоставком строгог придржавања изложеног тумачења које заговарају присталице субјективне концепције). Такође, прихвате ли поједини аутори сопствену аргументацију о кривици као основу одговорности у Конвенцији (без обзира на то што су изричито наведени непредвидљивост и несавладивост као централна обележја више силе), онда би требало тако да тумаче и околности које превозиоца ослобађају од уговорне одговорности, за случај да буду усвојене поједине алтернативе из Нацрта, у којима се не наглашава да узрок мора да буде „стран“.¹¹⁶ Тиме би се дошло у ситуацију да је одговорност превозиоца у тим питањима субјективна, баш онако како ови аутори тврде да то прописује и опште правило, а супротно изложеном систематском тумачењу. Најзад, према општем правилу у Скици, уговорна одговорност је неспорно објективне природе.¹¹⁷ Ако одговорност превозиоца за сигурност путника или одговорност за губитак или оштећење пошиљке портумачимо као објективну у Скици (јер су присутни централни елементи више силе, мада се не наводи спољашњост), онда смо у ситуацији да је Константиновић у одредбама из посебних

115 ЗОО, чл. 683 ст. 2.

116 Вид. Нацрт, чл. 1103.

117 Вид. Скица, чл. 208.

уговора наглашавао оно што је већ прописао општим правилом, а то је објективна одговорност. С друге стране, заправо, пошто је уговорна одговорност у Скици објективна, по општем правилу, требало би закључити да је одговорност у свим посебним уговорима, у којима је прописана посебна одредба о одговорности, субјективна, како се не би беспотребно понављало оно што је у општем правилу прописано. А то би било логиком неоптерећено. С тим у вези, чини се да ни Скица, ни Закон, ни Нацрт не могу испунити строг захтев „унутрашње логике“ постављен од стране присталица субјективне концепције, а на темељу које би они да изведу већи број закључака. Штавише, и неке присталице субјективне концепције истичу да је законски текст недоследан и непрецизан, те да нема јединственог приступа у питању уговорне одговорности. Због тога се не ваља ослонити на ово систематско тумачење.

4. Коначан закључак

Није да ово питање остаје нерешено и несугласицама праћено само између заговорника објективне с једне, и заговорника субјективне природе уговорне одговорности, с друге стране. Напротив, чини се да су несугласице преприсутне и међу начелним истомишљеницима, односно и међу самим присталицама субјективне концепције. Прво, у контексту језичког тумачења, законом исто дефинисане околности они различито тумаче. Конкретно, околности из члана 731 Закона, а врло вероватно и околности из алтернативе у члану 1103 Нацрта. Исто питање би се поставило и у погледу одговорности превозиоца из чланова 692 и 704 Скице, али је неупитно да ослобађајућу околност (сметњу) из Конвенције једни тумаче као вишу силу, а други као случај. Дакле, иако и једни и други заговарају разграничење природе општег основа на темељу одговорности за случај, није да су сагласни шта је заправо случај у конкретним одредбама. Друго, у контексту историјског тумачења, закључак би био да је одговорност превозиоца за сигурност путника у предложеној алтернативи Нацрта субјективна. Ово стога што се није задржала законска одредба по којој је она неспорно објективна, а још је и одстрањено обележје спољашњости (слично као у односу члана 208 Скице и члана 263 Закона). Па ипак, неке присталице субјективне концепције у тој одредби виде објективну одговорност.¹¹⁸ Тиме показују да нису сагласни са оваквом применом метода историјског тумачења. Најзад, у контексту систематског тумачења, закључак би био да је у посебним уговорима законодавац прописао посебну одредбу, не би ли њоме одступио од општег правила, а не понављао оно што се по општем правилу

118 М. Мишковић (2015), 214.

подразумева. Па ипак, неке присталице субјективне концепције одговорност скадиштара тумаче као субјективну, тврдећи да је законски текст непрецизан и недоследан на терену уговорне одговорности.

Дакле, ако узмемо да су изложена тумачења (језичко, историјско и систематско) окосница закључка о субјективној природи општег основа, а да ни за саме заговорнике таквог закључка она нису поуздана (штавише), те бројне омашке које се спочитавају законодавцу у овој области, онда се чини да тај закључак почива на врло нестабилним темељима.

Иницијална интенција рада је искључиво указивање на то да се у теорији присутним аргументима не може на доследан начин и конзистентно бранити субјективна природа уговорне одговорности, те да се овако недоследном аргументацијом ово правно питање није решило, већ се додатно продубило. Штавише, тек ће се продубити у случају усвајања ГЗ-а са неким у Нацрту предложеним алтернативама, будући да ће тада присутни аргументи бити још мање релевантни, из разлога наведених у раду. С тим у вези, циљ рада је продубљивање и поновно покретање научне расправе на ову тему, с обзиром на тренутни и будући (теоријски) значај овог питања. Ипак, у самом закључку, приклонимо се ауторима који стоје на становишту објективне природе уговорне одговорности. Угрубо, за то постоје два основна разлога. Први разлог се тиче целисходности – ако већ и не постоје стабилни аргументи за једно или друго тумачење, неспорно је да разлози целисходности стоје на страни објективне природе уговорне одговорности.¹¹⁹ Други разлог је логички и здраворазумски – околности истоветно сročене као у члану 263 Закона се само у Закону и то само у том члану (од стране присталица субјективне концепције) тумаче као случај – насупрот томе, исте такве околности у Скици, Нацрту, другим законима (ранијим и актуелним), па чак и у самом Закону о облигационим односима (нпр. код одговорности складиштара и угоститеља) – тумаче се као виша сила са различитим несрећним оправдањима. С тим у вези, а у контексту језичког и историјског тумачења (будући да је системско, због законских неконзистентности, само по себи, промашено), није могуће да је законодавчева интенција само у том једном случају (и ама баш ни у једном више) била да околностима која садрже језички тако сročена обележја прида значење случаја. Пре ће бити да се ради о једној апстрактнијој, универзалној синтагми, околностима које се тако скупа описују као изванредне и изузетне, а којима законодавац придаје значај више силе у сваком случају у којем их наводи. Разуму је ближе (па чак и интуитивно) да законодавчева интенција није нијансирање субјективне одговорности на околности случаја, односно узрок (у контексту општег основа

119 Разлоге целисходности у прилог објективне уговорне одговорности вид. код М. Ђорђевић (2012), 142–145.

уговорне одговорности) и непоступање с одговарајућом пажњом (у свим другим случајевима субјективне одговорности). Пре ће бити да је законодавац ишао за тим да околностима које снабде таквим универзално опредељеним обележјима прида карактер више силе, без обзира на то да ли је у појединој норми изоставио или додао неко од тих обележја. То се види и из његових недоследности у тим обележјима које се кроз различите одредбе Закона прожимају. Свако друго тумачење води, како смо видели, пукој произвољности (тј. квалификацији појединих одредаба као омашки законодавца, не би ли се на силу добило на конзистентности и истрајало у несрећном тумачењу, а у комбинацији са лутањем кроз зачарани круг и натезање историјског тумачења до бесмисла), бескрајном теоретисању и цепидлачењу, а све на темељу промашених аргумената које субјективну концепцију чине неодрживом.¹²⁰ У сваком случају, подробнија анализа објективне одговорности и аргумената због којих чл. 263 Закона треба тумачити у том смеру биће изнета у неком од наредних радова. Мотив аутора да истражује о овој теми биле су различите теоријске позиције у овом питању са којих су га другачије подучавали професори на предметима облигационо право и трговинско право, као студента треће, односно четврте године основних студија.

120 Уосталом, заговорници субјективне концепције темеље своје схватање о разликовању случаја и више силе на појединим (не свим) ставовима садржаним у магистарском раду Тодора Ачанског, који је објављен 1977. године. Примера ради, М. Мишковић (2015) то чини кроз фн. 19, 20, 27, 43, 44, 45, 59, а Н. Јовановић (2019) кроз фн. 9, 20, 34 итд. Дакле, кључни извор на којем темеље своје схватање (о разликовању случаја и више силе) датира из 1977. године. С друге стране, на основу Скице која датира још из 1969. године (премда су припреме за њено доношење почеле још давне 1960. године), поткомисија је донела два нацрта закона – 1973. и 1974. године. На основу другог нацрта сачињен је у марту 1974. предлог закона о облигацијама и уговорима који су усвојили надлежна већа тадашње савезне скупштине. Очекивало се да ће закон бити брзо донет, а то се није догодило јер је рад комисије привремено заустављен због трансформације у раду Скупштине на основу устава из 1974. Због тих промена формирана је нова комисија за припрему закона у оквиру које је поткомисија за израду закона о облигацијама и уговорима наставила да ради. Поткомисија је припремила нови нацрт 1976. Након јавне дискусије, саставила је предлог закона, али тај предлог је носио другачији назив – ЗОО. Скупштина је изгласала закон 30. марта 1978. године. Дакле, ако се питање садржине закона проблематизовало и било актуелно током седамдесетих година прошлог века, а главни теоријски извор у којем се настоји пронаћи оправдање за нијансирање више силе и случаја у контексту уговорне одговорности датира с краја седамдесетих година – тешко је замислити да је законодавчево интересовање заиста ишло у том правнотеоријском смеру. Јер, и није – он то показује кроз више недоследности садржаних у одредбама закона из којих се види да му није блиско разликовање више силе и случаја на начин на који то хоће да представе присталице субјективне концепције уговорне одговорности.

Коришћена литература

- Антић Оливер, *Облигационо право*, Београд, 2011. (Antić Oliver, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2011)
- Ачански Тодор, „Виша сила“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада* (ур. Обрен Станковић, Слободан Перовић, Миодраг Трајковић), II том, Београд, 1978. (Ačanski Todor, „Viša sila“, *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada* (ur. Obren Stanković, Slobodan Perović, Miodrag Trajković), II том, Beograd, 1978)
- Beatson Jack, Andrew Burrows, John Cartwright, *Anson's Law of Contract*, 29th edition, Oxford, 2019.
- Благојевић Борислав, Круљ Врлета, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1980. (Blagojević Borislav, Krulj Vrleta, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, 1980)
- Васиљевић Мирко, *Одговорности железнице у домаћем и међународном превозу робе*, Београд, 1987. (Vasiljević Mirko, *Odgovornost železnice u domaćem i međunarodnom prevozu robe*, Beograd, 1987)
- Васиљевић Мирко, *Трговинско право*, 15. издање, Београд, 2016. (Vasiljević Mirko, *Trgovinsko pravo*, 15. izdanje, Beograd, 2016)
- Vedriš Martin, Klarić Petar, *Građansko pravo, opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, Zagreb, 2004.
- Ђорђевић Живомир, „Члан 262“, *Коментар Закона о облигационим односима* (ур. Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић), Горњи Милановац – Крагујевац, 1980. (Đorđević Živomir, „Član 262“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (ur. Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović), Gornji Milanovac – Kragujevac, 1980)
- Ђорђевић Милена, „Критички осврт на научне расправе о основу уговорне одговорности према одредбама Конвенције о уговорима о међународној продаји робе“, *Harmonius*, 2015. (Đorđević Milena, „Kritički osvrt na naučne rasprave o osnovu ugovorne odgovornosti prema odredbama Konvencije o ugovorima o međunarodnoj prodaji robe“, *Harmonius*, 2015)
- Ђорђевић Милена, *Обим накнаде штете због повреде уговора о међународној повреди робе*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012. (Đorđević Milena, *Obim naknade štete zbog povrede ugovora o međunarodnoj povredi robe*, doktorska disertacija, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2012)

- Јанковец Ивица, *Уговорна одговорност*, Београд, 1993. (Jankovec Ilica, *Ugovorna odgovornost*, Beograd, 1993)
- Јовановић Небојша, „Општи основ уговорне одговорности у српском праву“, *Право и привреда*, бр. 1/2020. (Jovanović Nebojša, „Opšti osnov ugovorne odgovornosti u srpskom pravu“, *Pravo i privreda*, br. 1/2020)
- Јовановић Небојша, Радовић Вук, Радовић Мирјана, *Трговинско право*, 2. издање, Београд, 2021. (Jovanović Nebojša, Radović Vuk, Radović Mirjana, *Trgovinsko pravo*, 2. izdanje, Beograd, 2021)
- Јовановић Небојша, *Увод у common law уговорно право*, Београд, 2015. (Jovanović Nebojša, *Uvod u common law ugovorno pravo*, Beograd, 2015)
- Караникић Мирић Марија, *Објективна одговорност за штету*, 2. издање, Београд, 2019. (Karanikić Mirić Marija, *Objektivna odgovornost za štetu*, 2. izdanje, Beograd, 2019)
- Константиновић Михаило, „Основ одговорности за проузроковану штету“, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3–4/1982. (Konstantinović Mihailo, „Osnov odgovornosti za prouzrokovanu štetu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–4/1982)
- Константиновић Михаило, *Облигационо право – белешке са предавања*, Београд, 1961. (Konstantinović Mihailo, *Obligaciono pravo – beleške sa predavanja*, Beograd, 1961)
- Круљ Врлета, *Променјене околности и уговорна одговорност*, Београд, 1967. (Kruļ Vrlēta, *Promenjene okolnosti i ugovorna odgovornost*, Beograd, 1967)
- Милошевић Љубиша, „Ослобођење (искључење или ограничење) од одговорности због неизвршења или неуредног извршења уговора о купопродаји робе у спољној трговини“, *Купопродаја робе у спољној трговини* (ур. Владимир Капор), Нови Сад, 1972. (Milošević Ljubiša, „Oslobođenje (isključenje ili ograničenje) od odgovornosti zbog neizvršenja ili neurednog izvršenja ugovora o kupoprodaji robe u spoljnoj trgovini“, *Kupoprodaja robe u spoljnoj trgovini* (ur. Vladimir Kapor), Novi Sad, 1972)
- Мишковић Маша, „Ослобођење од уговорне одговорности“, *Право и привреда*, бр. 4–6/2015. (Mišković Maša, „Oslobođenje od ugovorne odgovornosti“, *Pravo i privreda*, br. 4–6/2015)
- Мишковић Маша, „Уговорна одговорност складиштара“, *Право и привреда*, бр. 2/2020. (Mišković Maša, „Ugovorna odgovornost skladištara“, *Pravo i privreda*, br. 2/2020)

- Перовић Слободан (ред.), *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995. (Perović Slobodan (red.), *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Beograd, 1995)
- Перовић Слободан, *Облигационо право*, Београд, 1990. (Perović Slobodan, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1990)
- Радишић Јаков, *Облигационо право*, 12. издање, Ниш, 2018. (Radišić Jakov, *Obligaciono pravo*, 12. izdanje, Niš, 2018)
- Станојевић Обрад, „‘Скица’ Михаила Константиновића“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–5/1978. (Stanojević Obrad, „‘Skica’ Mihaila Konstantinovića“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–5/1978)
- Цигој Стојан, *Улога каузе у аспектима накнаде уговорне штете: Уговори у међународној трговини*, I том, Београд, 1987. (Cigoj Stojan, *Uloga kauze u aspektima naknade ugovorne štete: Ugovori u međunarodnoj trgovini*, I tom, Beograd, 1987)
- Шмид Вјекослав, „Угоститељска остава“, *Анали Правној факултету у Београду*, бр. 3–5/1978. (Šmid Vjekoslav, „Ugostiteljska ostava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, br. 3–5/1978)

Ivan RAIČEVIĆ

Student at the University of Belgrade Faculty of Law, Serbia

CRITICAL REVIEW OF THE INTERPRETATION OF THE SUBJECTIVE NATURE OF THE GENERAL BASIS OF CONTRACTUAL LIABILITY

Summary

Inspired by the different theoretical positions from which he was taught by the professors in the subjects of Obligation Law and Commercial Law, as a student of the third and fourth year of studies, the author critically analyzes the argumentation according to which contractual liability is a subjective one and tries to answer the question of whether that argumentation fully supports the conclusion of debtor's fault as a general basis of contractual liability. In this context, the author analyzes not only the Obligation Relationships Act, but also individual solutions from the Draft of the Serbian Civil Code as well as the Draft Code on Obligations and Contracts of 1969 (in Serbian: Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima). Also, the author analyzes provisions of the UN Convention on the International Sale of Goods in the context of the application of the aforementioned argumentation. After considering the positions present in the legal theory, the author concludes that the mentioned interpretation is inconsistent and based on unstable, unreliable and legally uncertain foundations.

Key words: Contractual Liability. – Basis of Liability. – Force Majeure. – Case.

Датум пријема рада: 20. 8. 2023.

Датум прихватања рада: 15. 9. 2023.