



УНИВЕРЗИТЕТ У НОВОМ САДУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
ДОКТОРСКЕ СТУДИЈЕ ПРИВАТНО ПРАВО

ОЧИГЛЕДНА НЕСРАЗМЕРА У УГОВОРНОМ ПРАВУ

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Ментор: Проф. др Сања Радовановић

Кандидат: Дарија Марић

Нови Сад, 2020. године

UNIVERZITET U NOVOM SADU
PRAVNI FAKULTET U NOVOM SADU

KLJUČNA DOKUMENTACIJSKA INFORMACIJA

Redni broj: RBR	
Identifikacioni broj: IBR	
Tip dokumentacije: TD	Monografska dokumentacija
Tip zapisa: TZ	Tekstualni štampani materijal
Vrsta rada (dipl., mag., dokt.): VR	Doktorska disertacija
Ime i prezime autora: AU	Darija Marić
Mentor (titula, ime, prezime, zvanje): MN	Prof. dr Sanja Radovanović, vanredni profesor
Naslov rada: NR	Očigledna nesrazmera u ugovornom pravu
Jezik publikacije: JP	Srpski
Jezik izvoda: JI	srp./eng.
Zemlja publikovanja: ZP	Republika Srbija
Uže geografsko područje: UGP	AP Vojvodina
Godina: GO	2020.
Izdavač: IZ	Autorski reprint
Mesto i adresa: MA	Pravni fakultet u Novom Sadu, Trg Dositeja Obradovića 1, Novi Sad
Fizički opis rada: FO	Deset poglavlja, 393 strane, 2304 reference slika i grafikona i priloga nema
Naučna oblast: NO	Pravo
Naučna disciplina: ND	Obligaciono pravo

Predmetna odrednica, ključne reči: PO	Očigledna nesrazmera, ugovori, prekomerno oštećenje, zeleniški ugovor, promenjene okolnosti
UDK	
Čuva se: ČU	Biblioteka Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Trg Dositeja Obradovića 1, Novi Sad
Važna napomena: VN	Nema
Izvod: IZ	<p>Srazmernost uzajamnih davanja u dvostrano obaveznim ugovorima predstavlja suštinu načela ekvivalentnosti, koje je jedno od osnovnih i najvažnijih načela ugovornog prava. Očigledna nesrazmera međusobnih davanja stranaka je ključan elemenat kada je reč o primeni instituta kojima se štiti načelo ekvivalentnosti u dvostrano obavezujućim ugovorima.</p> <p>Postoje različiti metodi utvrđivanja postojanja takvog narušavanja ekvivalencije u ugovoru koje za posledicu ima njegovu ništavost. Istorijski posmatrano, stariji je tzv. matematički metod, koji predviđa konkretnu, objektivno i matematički utvrdivu granicu iznad koje nesrazmera uzajamnih davanja postaje prekomerna. Kasnije je nastao tzv. elastični metod, koji nije toliko egzaktan i jednostavno primenjiv, ali je znatno prilagodljiviji i u pojedinim slučajevima pravičniji. Međutim, upravo elastičnost njegove primene ostavlja veći prostor za arbitrnost i zloupotrebe.</p> <p>Kriterijumi koji se uzimaju u obzir za utvrđivanje postojanja očigledne nesrazmere su ravnopravnost stranaka, priroda i svrha ugovora i visina nesrazmere između davanja ugovornih strana. Dodatni kriterijumi jesu visina vrednosti konkretnog prekomernog oštećenja, odnos faktičkog oštećenja prema vrednosti preostale imovine oštećene ugovorne strane, imovno stanje saugovarača, te specifičnosti društvenog odnosa u pitanju koje eventualno opravdavaju prihvatanje manjeg stepena nesrazmere i njegovo podvođenje pod konkretni pravni standard.</p> <p>Generalna podela kriterijuma za utvrđivanje vrednosti uzajamnih davanja jeste na subjektivne (procena vrednosti prestacija se vrši ili prema volji stranaka ili po uverenju suda, na osnovu njegove slobodne procene) i objektivne (utvrđivanje tržišne vrednosti kao jedinstvenog standarda procene). Potonji su pravičniji i</p>

	<p>egzaktniji, te samim tim i šire prihvaćeni. Objektivni kriterijum prihvaćen je i u našem pravu. Uzima se u obzir tržišna cena prestacije, a u njenom nedostatku realna, odnosno razumna cena. Takođe, prilikom procene vrednosti prestacija se vodi računa ne samo o uzajamnim obavezama ugovarača u vidu činidbe i protivčinidbe, već i o sporednim pravima i obavezama. Pri tome značajnu ulogu u praksi imaju sudski veštaci. Sud u presudi mora da objasni na osnovu kojih činjenica je odlučio da u konkretnom slučaju postoji očigledna nesrazmera uzajamnih prestacija.</p> <p>Cilj istraživanja predmetne problematike je da se ukaže na postojeće stanje koje se odnosi na izučavanje očigledne nesrazmere u teoriji, zatim da se izvrši analiza propisa iz ove oblasti te da se prezentuju zakonska rešenja iz pojedinih država koja se odnose na predmetnu problematiku. Krajnji cilj je da se ukaže na značaj očigledne nesrazmere u ugovornom pravu i da se daju konkretni predlozi za što efikasniju regulaciju i primenu ovog pravnog standarda i instituta.</p>
Datum prihvatanja teme od strane Senata: DP	12.07.2016. godine
Datum odbrane: DO	
Članovi komisije: (ime i prezime / titula / zvanje / naziv organizacije / status) KO	<p>predsednik: prof. dr. Bojan Pajtić redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu</p> <p>član: prof. dr Marko Đurđević, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu</p> <p>član: prof. dr. Sanja Radovanović, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu</p>

University of Novi Sad

Faculty of Law Novi Sad

Key word documentation

Accession number: ANO	
Identification number: INO	
Document type: DT	Monograph documentation
Type of record: TR	Textual printed material
Contents code: CC	Doctoral dissertation
Author: AU	Darija Marić
Mentor: MN	Sanja Radovanović, Ph. D, Associate Professor, Faculty of Law, Novi Sad
Title: TI	Obvious disproportion in contract law
Language of text: LT	Serbian
Language of abstract: LA	eng. / srp.
Country of publication: CP	Republic of Serbia
Locality of publication: LP	Vojvodina
Publication year: PY	2020.
Publisher: PU	Author's reprint
Publication place: PP	University of Novi Sad, Faculty of Law, Trg Dositeja Obradovića 1
Physical description: PD	10 chapters, 393 pages, 2304 references, no images or charts
Scientific field SF	Law
Scientific discipline SD	Law of Torts and Obligations
Subject, Key words SKW	Obvious disproportion, contracts, laesio enormis, usurious contract, rebus sic stantibus

UC	
Holding data: HD	The Faculty of Law Library, Trg Dositeja Obradovića 1, Novi Sad
Note: N	
Abstract: AB	<p>Proportionality of mutual considerations in bilaterally binding contracts is the essence of the principle of equal value of considerations, which is one of the basic and most important principles of contract law. The obvious disproportion of mutual considerations of parties is the key element when it comes to the application of institutes which protect the principle of equal considerations in bilateral contracts.</p> <p>There are various methods of determining the existence of such a breach of equity in a contract, which result in its nullity, absolute or relative. From a historical standpoint, the older of the two is the so-called mathematical method, which suggests a concrete, objectively and mathematically determinable limit above which the disproportion of mutual considerations becomes excessive. Latter is the so-called elastic method that is not as exact and easy to apply, but which is much more adaptable and, in some cases, more just. However, it is precisely the elasticity of its application that leaves more room for arbitrariness and abuse.</p> <p>The following criteria are taken into account when determining the existence of an obvious disproportion: the equality of the parties, the nature and purpose of the contract and the extent of the disproportion between the contracting parties' commitments. Additional criteria are the value of the specific excessive damage, the ratio of the actual damage to the value of the remaining property of the injured party, the property status of the contracting parties, and the specifics of the social relationship in question that could potentially justify accepting the smaller degree of disproportion as fitting the aforementioned legal standard.</p> <p>Criteria for determining the value of mutual considerations are generally divided into subjective (assessment of the value of parties' considerations is performed either according to the will of the parties or according to the courts' free assessment) and objective (determination of market value as a single assessment standard).</p>

	<p>The latter is more just and precise, and therefore more widely accepted. The objective criterion is also accepted in our law. The market price of the service is taken into account, and in its absence, the real, i.e. reasonable price. Moreover, when assessing the value of parties' considerations, not only mutual obligations of the contractors in the form of performance and counter-performance are taken into account, but also secondary rights and obligations. In judicial practice, court experts have a significant role in this process. In the judgment, the court must explain which facts served as the basis for its decision that there is an obvious disproportion of mutual considerations in the specific case.</p> <p>The aim of our research was to contribute to the creation of a more comprehensive picture of the obvious disproportion in contract law through evolutionary, comparative law and theoretical approach, as well as in light of practical application. In addition, in this paper we have commented on the existing legislation regarding institutes in which obvious disproportion is an objective element and made suggestions on the possible ways to modify the existing legal solutions in Serbian law in order to make their application even more efficient.</p>
Accepted on Senate on: AS	12 th of July 2016
Defended: DE	
Thesis Defend Board: DB	<p>president: Bojan Pajtić, Ph.D., Full Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad</p> <p>member: Marko Đurđević, Ph.D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Belgrade</p> <p>member: Sanja Radovanović, Ph.D., Associate Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad</p>

САЖЕТАК

Сразмерност узајамних давања у двострано обавезним уговорима представља суштину начела еквивалентности, које је једно од основних и најважнијих начела уговорног права. Очигледна несразмера међусобних давања странака је кључан елемент када је реч о примени института којима се штити начело еквивалентности у двострано обавезујућим уговорима. Без постојања грубе, уочљиво неправичне неједнакости међу престацијама уговорних страна, нема ни примене већине општих института заштите начела еквивалентности.

Очигледна несразмера представља конститутиван елемент лезије, али и зеленашког уговора. У оба случаја, њено постојање је нужно у тренутку закључивања уговора. Интересантно је пак да се за постојање очигледне несразмере код зеленашких уговора захтева мања неједнакост узајамних престација него што је то случај са прекомерним оштећењем. То је последица неморалне природе самог уговора, те несавесности која постоји на страни зеленаша. Када је реч о институту промењених околности, објективни елемент овог правног института се суштински огледа у накнадно насталој очигледној несразмери узајамних давања уговорних страна. Прекомерност губитка једне уговорне стране уколико би се захтевало да упркос утицају изванредних и несавладивих околности испуни своју обавезу у неизмењеном облику оправдава одступање од начела *pacta sunt servanda*.

Постоје различити методи утврђивања постојања таквог нарушавања еквиваленције у уговору које за последицу има његову ништавост, апсолутну или релативну. Историјски посматрано, старији је тзв. математички метод, који предвиђа конкретну, објективно и математички утврдиву границу изнад које несразмера узајамних давања постаје прекомерна. Касније је настао тзв. еластични метод, који није толико егзактан и једноставно примењив, али је знатно прилагодљивији и у појединим случајевима правичнији. Међутим, управо еластичност његове примене оставља већи простор за арбитрерност и злоупотребе.

Критеријуми који се узимају у обзир за утврђивање постојања очигледне несразмере су равноправност странака, природа и сврха уговора и висина несразмере између давања уговорних страна. Додатни критеријуми приликом утврђивања да ли је реч о очигледној несразмери јесу висина вредности конкретног прекомерног оштећења, однос фактичког оштећења према вредности преостале имовине оштећене уговорне стране, имовно стање сауговорача, те специфичности друштвеног односа у питању које евентуално оправдавају прихватање мањег степена несразмере и његово подвођење под конкретни правни стандард.

Генерална подела критеријума за утврђивање вредности узајамних давања јесте на субјективне (процена вредности престација се врши или према вољи странака или по уверењу суда, на основу његове слободне процене) и објективне (утврђивање тржишне вредности као јединственог стандарда процене). Потоњи су правичнији и егзактнији, те самим тим и шире прихваћени. Објективни критеријум прихваћен је и у нашем праву. Узима се у обзир тржишна цена престације, а у њеном недостатку реална, односно разумна цена. Такође, приликом процене вредности престација се води рачуна не само о узајамним обавезама уговорача у виду чинидбе и противчинидбе, већ и о споредним правима и обавезама. При томе значајну улогу у пракси имају судски вештаци. Суд у пресуди мора да објасни на основу којих чињеница је одлучио да у конкретном случају постоји очигледна несразмера узајамних престација.

Циљ нашег истраживања био је да допринесемо стварању свеобухватније слике о очигледној несразмери у уговорном праву како кроз еволутивну, тако и кроз упоредноправну, теоријску и призму практичне примене. Поред тога, у овом раду смо начинили коментаре постојеће легислативе у вези са институтима чији је очигледна несразмера објективни елемент и дали предлоге како би се позитивноправна решења у српском праву могла модификовати са циљем да се њихова примена учини још ефикаснијом.

ABSTRACT

Proportionality of mutual considerations in bilaterally binding contracts is the essence of the principle of equal value of considerations, which is one of the basic and most important principles of contract law. The obvious disproportion of mutual considerations of parties is the key element when it comes to the application of institutes which protect the principle of equal considerations in bilateral contracts. Without the existence of gross, notably unfair inequality between the performances of contracting parties, one cannot apply the majority of general institutes for the protection of the principle of equal value of considerations.

Existence of an obvious disproportion is a constitutive element of *laesio enormis*, but also of the usurious contract. In both cases, its existence is necessary at the time of concluding the contract. It is interesting, however, that in order for obvious disproportion to exist in usurious contracts a smaller degree of inequality of values of mutual benefits is required than in case of *laesio enormis*. This is a consequence of the immoral nature of the usurious contract and bad faith that exists on the part of the usurer. As for the institute of changed circumstances, its objective element is essentially reflected in the subsequent obvious disproportion of values of mutual considerations of contracting parties. This deviation from the principle of *pacta sunt servanda* is justified by the excessive loss a contracting party would suffer if it was required to fulfill its obligation in the unaltered form despite the influence of extraordinary and insurmountable circumstances.

There are various methods of determining the existence of such a breach of equity in a contract, which result in its nullity, absolute or relative. From a historical standpoint, the older of the two is the so-called mathematical method, which suggests a concrete, objectively and mathematically determinable limit above which the disproportion of mutual considerations becomes excessive. Latter is the so-called elastic method that is not as exact and easy to apply, but which is much more adaptable and, in some cases, more just. However, it is precisely the elasticity of its application that leaves more room for arbitrariness and abuse.

The following criteria are taken into account when determining the existence of an obvious disproportion: the equality of the parties, the nature and purpose of the contract and the extent of the disproportion between the contracting parties' commitments. Additional criteria in determining whether there is an obvious disproportion are the value of the specific excessive damage, the ratio of the actual damage to the value of the remaining property of the injured party, the property status of the contracting parties, and the specifics of the social relationship in question that could potentially justify accepting the smaller degree of disproportion as fitting the aforementioned legal standard.

Criteria for determining the value of mutual considerations are generally divided into subjective (assessment of the value of parties' considerations is performed either according to the will of the parties or according to the courts' free assessment) and objective (determination

of market value as a single assessment standard). The latter is more just and precise, and therefore more widely accepted. The objective criterion is also accepted in our law. The market price of the service is taken into account, and in its absence, the real, i.e. reasonable price.

Moreover, when assessing the value of parties' considerations, not only mutual obligations of the contractors in the form of performance and counter-performance are taken into account, but also secondary rights and obligations. In judicial practice, court experts have a significant role in this process. In the judgment, the court must explain which facts served as the basis for its decision that there is an obvious disproportion of mutual considerations in the specific case.

The aim of our research was to contribute to the creation of a more comprehensive picture of the obvious disproportion in contract law through evolutionary, comparative law and theoretical approach, as well as in light of practical application. In addition, in this paper we have commented on the existing legislation regarding institutes in which obvious disproportion is an objective element and made suggestions on the possible ways to modify the existing legal solutions in Serbian law in order to make their application even more efficient.

САДРЖАЈ

1. УВОД.....	1
ДЕО ПРВИ: ОЧИГЛЕДНА НЕСРАЗМЕРА КАО ПРАВНИ СТАНДАРД И НАЧЕЛО ЕКВИВАЛЕНТНОСТИ УЗАЈАМНИХ ПРЕСТАЦИЈА.....	3
2. Начело еквивалентности узајамних престаџија као једно од основних начела уговорног права	4
2.1. Развој схватања о еквивалентности узајамних престаџија кроз правила о правичној цени од античког доба до средњег века	6
2.1.1. Аристотелово схватање еквиваленције узајамних давања.....	7
2.1.2. Еквиваленција узајамних престаџија у римском праву.....	9
2.1.2.1. Схватања о једнакости узајамних давања у периоду републике	9
2.1.2.2. Схватања о једнакости узајамних давања у периоду принципата	9
2.1.2.3. Схватања о једнакости узајамних давања у периоду домината.....	11
2.1.2.4. Одредбе којима се штити једнакост узајамних давања у Јустинијановом кодексу	14
2.2. Развој начела еквивалентности од средњег века до данас.....	18
2.2.1. Филозофска разматрања о правичној цени и равнотежи узајамних давања у средњовековном уговорном праву	18
2.2.2. Развој начела једнакости узајамних давања у канонском праву	19
2.2.3. Начело еквивалентности узајамних престаџија у буржоаским грађанским законцима.....	20
2.3. Начело једнакости међусобних давања у модерном законодавству	21
2.3.1. Начело еквивалентности у савременим законодавствима европских држава	21
2.3.2. Начело еквивалентности узајамних престаџија у међународним конвенцијама	22
2.3.2.1. Начело једнакости узајамних давања у UNDRUIT Начелима међународних трговачких уговора	23
2.3.2.2. Начело једнакости узајамних давања у Принципима европског уговорног права	25
2.3.3. Начело еквивалентности узајамних престаџија у праву Европске Уније	26
2.3.3.1. Директива о неправедним условима уговора закљученим са потрошачима и начело еквивалентности узајамних престаџија	27

2.3.3.2. Предлог Европске комисије да Европски парламент и Савет Европске Уније донесу регулативу о заједничком европском трговинском праву (CESL) и начело једнакости узајамних давања.....	28
2.3.3.3. Став Суда Европске Уније о начелу једнакости узајамних давања.....	30
2.4. Начело еквивалентности у домаћем праву.....	31
2.4.1. Начело еквивалентности узајамних престација у домаћем праву пре доношења Закона о облигационим односима.....	31
2.4.2. Начело еквивалентности узајамних престација у Закону о облигационим односима.....	32
2.4.2.1. Начело једнаке вредности узајамних давања као једно од основних начела ЗОО.....	32
2.4.2.2. Општи институти облигационог права којим се штити начело еквиваленције.....	35
2.5. Правна природа начела еквивалентности.....	36
3. Значај очигледне несразмере као правног стандарда којим се штити начело еквиваленције у уговорном праву.....	41
3.1. Значај начела еквиваленције у уговорном праву.....	41
3.1.1. Захтев за приближно једнаким престацијама као један од принципа на којим почива целокупно уговорно право.....	41
3.1.2. Однос начела еквивалентности и других правних начела уговорног права.....	43
3.1.2.1. Начело еквивалентности и начело правичности.....	43
3.1.2.2. Начело еквивалентности и начело савесности и поштења.....	51
3.1.2.3. Начело еквивалентности и начело равноправности странака.....	58
3.1.2.4. Начело еквивалентности и начело забране злоупотребе права.....	59
3.1.2.5. Начело еквивалентности и заштита моралних вредности друштва.....	61
3.1.2.6. Начело еквивалентности и сигурност правног промета.....	62
3.1.2.7. Начело еквивалентности и начело аутономије воље.....	62
3.2. Очигледна несразмера као срж начела еквивалентности.....	63
ДЕО ДРУГИ: ПРЕКОМЕРНО ОШТЕЋЕЊЕ КАО ПРАВНИ ИНСТРУМЕНТ ЗАШТИТЕ НАЧЕЛА ЕКВИВАЛЕНТНОСТИ И ОЧИГЛЕДНА НЕСРАЗМЕРА.....	66
4. Прекомерно оштећење као институт уговорног права.....	67
4.1. Појам и развој прекомерног оштећења као правног инструмента заштите еквивалентне вредности престација.....	67

4.1.1. Појам и дефиниције прекомерног оштећења.....	67
4.1.2. Развој института прекомерног оштећења од античког доба до средњег века	68
4.1.3. Развој института <i>laesio enormis</i> у средњем веку.....	71
4.1.3.1. Институт прекомерног оштећења у правној теорији, законодавству и судској пракси у световном праву	71
4.1.3.2. Институт прекомерног оштећења у канонском праву	73
4.1.4. Институт прекомерног оштећења у буржоаским законодавствима.....	74
4.1.4.1. Буржоаска законодавства која не регулишу институт прекомерног оштећења	74
4.1.4.1.1. Немачки Грађански законик и институт лезије	75
4.1.4.1.2. Холандска, италијанска и швајцарска кодификација грађанског права и институт прекомерног оштећења.....	76
4.1.4.2. Буржоаска законодавства која садрже правила о институту прекомерног оштећења	76
4.1.4.2.1. Правила о лезији у француском <i>Code civil</i> – у.....	76
4.1.4.2.2. Регулисање института прекомерног оштећења у аустријском Грађанском законнику	77
4.1.5. Институт прекомерног оштећења у енглеском и америчком праву.....	80
4.1.6. Институт прекомерног оштећења у домаћем праву	81
4.1.6.1. Регулисање института прекомерног оштећења у периоду од доношења Српског грађанског законика до завршетка Другог светског рата.....	81
4.1.6.2. Институт прекомерног оштећења у домаћем праву од половине XX века до доношења Закона о облигационим односима.....	83
4.1.6.3. Начин на који је институт прекомерног оштећења регулисан у Закону о облигационим односима	85
4.2. Правна природа прекомерног оштећења као института уговорног права	87
4.2.1. Субјективне и објективне теорије о концепцији прекомерног оштећења.....	87
4.2.2. Концепција прекомерног оштећења која је прихваћена у Закону о облигационим односима.....	92
4.3. Правне последице прекомерног оштећења	94
4.3.1. Правне последице прекомерног оштећења у упоредном уговорном праву.....	94
4.3.2. Правне последице прекомерног оштећења у српском уговорном праву	96
4.4. Примена правила о прекомерном оштећењу на уговоре у привреди.....	101

4.4.1. Специфичности уговора у привреди у односу на грађанскоправне уговоре и различити приступи њиховом законодавном регулисању	101
4.4.2. Законодавно регулисање привредних уговора у српском праву.....	102
4.4.3. Различита схватања о оправданости примене института <i>laesio enormis</i> на уговоре у привреди.....	103
4.4.3.1. Аргументи против примене института прекомерног оштећења када је реч о привредним уговорима	104
4.4.3.2. Аргументи у корист примене института прекомерног оштећења када је реч о привредним уговорима	105
4.4.4. Примена правила о прекомерном оштећењу на уговоре у привреди у Закону о облигационим односима; посебна правила у вези са потрошачким уговорима	106
5. Очигледна несразмера узајамних престаџија и институт прекомерног оштећења	109
5.1. Појам очигледне несразмере вредности престаџија.....	109
5.2. Апсолутна еквивалентност узајамних престаџија и њен однос са очигледном несразмером уговорних давања.....	110
5.3. Методи утврђивања несразмере вредности престаџија	112
5.3.1. Математички метод утврђивања несразмере вредности престаџија.....	113
5.3.2. Метод еластичног стандарда	116
5.4. Утврђивање несразмере вредности престаџија према Закону о облигационим односима.....	118
5.4.1. Еластични метод утврђивања несразмере вредности престаџија према Закону о облигационим односима	118
5.4.2. Критеријуми за ближе одређивање стандарда „очигледна несразмера“ код института прекомерног оштећења у домаћем праву	121
5.5. Критеријуми одређивања вредности престаџија	122
5.5.1. Субјективни критеријуми одређивања вредности престаџија.....	122
5.5.2. Објективни критеријуми одређивања вредности престаџија.....	123
5.6. Време процене вредности престаџија	123
5.6.1. Субјективне теорије о тренутку према ком се цени вредност престаџија.....	124
5.6.2. Објективне теорије о тренутку према ком се цени вредност престаџија.....	124
5.6.3. Тренутак процене вредности престаџије у случају постојања предуговора	128
5.7. Закључак: очигледна несразмера узајамних престаџија као правни стандард и институт прекомерног оштећења	129

ДЕО ТРЕЋИ: ЗЕЛЕНАШКИ УГОВОР КАО ПРАВНИ ИНСТРУМЕНТ ЗАШТИТЕ НАЧЕЛА ЕКВИВАЛЕНТНОСТИ И ОЧИГЛЕДНА НЕСРАЗМЕРА.....	131
6. Зеленашки уговор као институт уговорног права.....	132
6.1. Развој зеленашког уговора као правног инструмента заштите еквивалентне вредности престација	132
6.1.1. Развој института зеленашког уговора у упоредном праву.....	133
6.1.1.1. Развој института зеленашког уговора од античког доба до средњег века.....	133
6.1.1.1.1. Схватања грчких филозофа о зеленашком уговору и његово регулисање у античкој Грчкој.....	133
6.1.1.1.2. Институт зеленашког уговора у римском праву.....	134
6.1.1.2. Институт зеленашког уговора у средњем веку	135
6.1.1.2.1. Забрана зеленашког уговора у средњовековном световном праву.....	135
6.1.1.2.2. Забрана зеленашког уговора у канонском праву.....	136
6.1.1.3. Институт зеленашког уговора у великим грађанским кодификацијама XIX и XX века.....	138
6.1.1.3.1. Велике грађанске кодификације које нису познавале институт зеленашких уговора	138
6.1.1.3.2. Велике грађанске кодификације које су познавале институт зеленашког уговора.....	139
6.1.1.4. Институт зеленашког уговора у савременом законодавству	142
6.1.1.4.1. Мађарска грађанска кодификација и институт зеленашког уговора	143
6.1.1.4.2. Институт зеленашког уговора у совјетском уговорном праву.....	144
6.1.1.5. Институт зеленашког уговора у енглеском и америчком уговорном праву	145
6.1.2. Развој института зеленашког уговора у домаћем праву	151
6.1.2.1. Развој института зеленашког уговора у домаћем праву до доношења Закона о облигационим односима.....	151
6.1.2.2. Институт зеленашког уговора у Закону о облигационим односима	153
6.2. Појам и елементи зеленашког уговора	157
6.2.1. Објективни елемент појма зеленашког уговора.....	158
6.2.2. Субјективни елементи појма зеленашког уговора.....	161
6.2.2.1. Стање нужде као субјективни елемент на страни оштећеног у зеленашком уговору	165

6.2.2.2. Тешко материјално стање као субјективни елемент на страни оштећеног у зеленашком уговору.....	168
6.2.2.3. Недовољно искуство као субјективни елемент на страни оштећеног у зеленашком уговору.....	169
6.2.2.4. Лакомисленост као субјективни елемент на страни оштећеног у зеленашком уговору.....	171
6.2.2.5. Однос зависности као субјективни елемент на страни оштећеног у зеленашком уговору.....	173
6.2.2.6. Несавесност, односно намера искоришћавања тешког положаја оштећеног као субјективни елемент на страни зеленаша у зеленашким уговорима	174
6.3. Правна природа зеленашког уговора	175
6.4. Правне последице зеленашког уговора	176
6.5. Типови зеленашког уговора.....	183
6.6. Однос између института зеленашког уговора и института прекомерног оштећења	184
6.6.1. Аргументи за став по коме је прекомерно оштећење институт обухваћен забраном зеленашких уговора.....	184
6.6.2. Аргументи за став по коме је нужно засебно регулисање института прекомерног оштећења и института зеленашког уговора.....	185
7. Очигледна несразмера као објективни елемент појма зеленашког уговора	189
7.1. Појам очигледне несразмере вредности престација код зеленашких уговора.....	189
7.2. Метод утврђивања несразмере вредности престација код лихварског уговора.....	191
7.3. Критеријуми одређивања вредности престација код зеленашких уговора.....	193
7.4. Закључак - очигледна несразмера узајамних престација као правни стандард и институт зеленашког уговора.....	194
ДЕО ЧЕТВРТИ: ПРАВИЛА О ПРОМЕЊЕНИМ ОКОЛНОСТИМА (КЛАУЗУЛА <i>REBUS SIC STANTIBUS</i>) КАО ПРАВНИ ИНСТРУМЕНТ ЗАШТИТЕ ЕКВИВАЛЕНТНЕ ВРЕДНОСТИ ПРЕСТАЦИЈА И ОЧИГЛЕДНА НЕСРАЗМЕРА.....	
8. Клаузула о промењеним околностима као институт уговорног права	197
8.1. Појам клаузуле <i>rebus sic stantibus</i> у уговорном праву.....	197
8.1.1. Клаузула <i>rebus sic stantibus</i> као институт којим се одступа од доследне примене начела <i>pacta sunt servanda</i>	197
8.1.2. Дистинкција између случајева када се може применити <i>clausula rebus sic stantibus</i> и случајева немогућности испуњења уговорене престације	199

8.2. Схватања у домаћој правној теорији о оправданости примене правила о промењеним околностима као општег института уговорног права.....	204
8.3. Развој клаузуле <i>rebus sic stantibus</i> као правног инструмента заштите еквивалентне вредности престаџија	207
8.3.1. Клаузула <i>rebus sic stantibus</i> у римском праву	207
8.3.1.1. Становиште римских правника о утицају промењених околности на правну судбину уговора	207
8.3.1.2. Становиште римских филозофа о утицају промењених околности на правну судбину уговора	210
8.3.2. Развој клаузуле <i>rebus sic stantibus</i> у средњем веку	211
8.3.2.1. Развој клаузуле <i>rebus sic stantibus</i> у раном средњем веку	211
8.3.2.2. Развој клаузуле <i>rebus sic stantibus</i> у канонском праву.....	211
8.3.2.3. Клаузула <i>rebus sic stantibus</i> у доба глосатора.....	213
8.3.2.4. Клаузула <i>rebus sic stantibus</i> у доба постглосатора	214
8.3.3. Развој правила о измени или раскиду уговора због промењених околности у периоду између XVI и XVIII века	216
8.3.3.1. Становиште француске правне теорије о клаузули о промењеним околностима.....	216
8.3.3.2. Схватања италијанске правне теорије о клаузули <i>rebus sic stantibus</i>	217
8.3.3.3. Клаузула <i>rebus sic stantibus</i> у холандској и немачкој правној теорији	217
8.3.3.4. Институт измене или раскида уговора због промењених околности у Баварском грађанском законнику и Пруском земаљском законнику	220
8.3.4. Клаузула <i>rebus sic stantibus</i> у великим грађанским кодификацијама XIX и XX века.....	221
8.3.4.1. Велике грађанске кодификације које не садрже правила о промењеним околностима у виду општег института уговорног права	221
8.3.4.1.1. Институт измене или раскида уговора због промењених околности и француски <i>Code civil</i>	221
8.3.4.1.2. Аустријски Грађански законик и клаузула <i>rebus sic stantibus</i>	223
8.3.4.1.3. Немачки Грађански законик и клаузула о промењеним околностима.....	223
8.3.4.1.4. Одсуство правила о промењеним околностима у швајцарском и италијанском праву XIX и раног XX века	225

8.3.4.2. Велике грађанске кодификације које садрже правила о промењеним околностима у виду општег института уговорног права	227
8.3.4.2.1. Законско регулисање клаузуле <i>rebus sic stantibus</i> у Општем имовинском законнику за Црну Гору	227
8.3.5. Развој правила о измени или раскиду уговора због промењених околности у периоду након Првог светског рата и након Другог светског рата до почетка XXI века	228
8.3.5.1. Развој клаузуле <i>rebus sic stantibus</i> у периоду након Првог светског рата у француском праву	228
8.3.5.2. Примена правила о промењеним околностима у периоду након Првог светског рата у немачком праву	235
8.3.5.2.1. Теорија економске немогућности испуњења уговорне обавезе	235
8.3.5.2.2. Примена правила о промењеним околности у складу са концептом тумачења уговора у складу са начелом добре вере.....	236
8.3.5.2.3. Теорија поремећаја основе уговора (теорија о отпадању основа правног посла).....	238
8.3.5.3. Клаузула <i>rebus sic stantibus</i> у италијанском праву у периоду након Првог светског рата до данас.....	242
8.3.5.4. Клаузула <i>rebus sic stantibus</i> у енглеском праву (англосаксонски тип правног система)	243
8.3.5.4.1. Немогућност извршења уговора као правни основ ослобађања уговорне обавезе	243
8.3.5.4.2. Теорија осујећења уговора	245
8.3.5.5. Теорија неразумности (неизводљивости испуњења) као основ примене правила о промењеним околностима у америчкој судској пракси	247
8.3.6. Начин на који је институт измене или раскида уговора због промењених околности регулисан након Другог светског рата у појединим земљама Европе.....	248
8.3.6.1. Правила о измени или раскиду уговора услед промењених околности у пољском Законнику о облигацијама	248
8.3.6.2. Клаузула <i>rebus sic stantibus</i> у италијанском Грађанском законнику	248
8.3.6.3. Клаузула <i>rebus sic stantibus</i> у грчком, португалском и мађарском праву	250
8.3.6.4. Правила о промењеним околностима у тзв. социјалистичком праву	250

8.3.7. Институт измене или раскида уговора због промењених околности у савременом праву европских земаља.....	251
8.3.7.1. Клаузула <i>rebus sic stantibus</i> у француском уговорном праву	252
8.3.7.2. Институт измене или раскида уговора због промењених околности у немачком уговорном праву	255
8.3.7.3. Измена или раскид уговора због промењених околности у аустријском и швајцарском послератном праву XX и XXI века	257
8.3.7.4. Енглеско уговорно право и правила о измени или раскиду уговора због промењених околности	257
8.3.7.5. Правила о промењеним околностима у америчком уговорном праву	261
8.4. Клаузула <i>rebus sic stantibus</i> у српском праву.....	262
8.4.1. Период до доношења Закона о облигационим односима.....	262
8.4.1.1. Српски грађански законик и правила о измени или раскиду уговора услед промењених околности; правна правила предратне Југославије.....	262
8.4.1.2. Период административног управљања и институт измене или раскида уговора због промењених околности.....	264
8.4.1.3. Период друштвеног управљања и институт измене или раскида уговора због промењених околности.....	264
8.4.1.4. Измена или раскид уговора услед промењених околности у Општим узансама за промет робом	265
8.4.1.5. Примена института промењених околности на уговор о доживотном издржавању према Закону о наслеђивању из 1955. године уз осврт на садашње законско решење у овом погледу.....	271
8.4.1.6. Утицај промењених околности на начин издржавања одређен правноснажном судском одлуком према Закону о односима родитеља и деце у Србији из 1974. године, те Породичног закона из 2005. године	272
8.4.2. Правила о промењеним околностима у Закону о облигационим односима	273
8.4.2.1. Услови примене клаузуле <i>rebus sic stantibus</i> према Закону о облигационим односима	273
8.4.2.1.1. Промењене околности које отежавају испуњење уговора као услов примене клаузуле <i>rebus sic stantibus</i>	275
8.4.2.1.2. Промењене околности због којих се не може остварити циљ, односно сврха уговора као услов примене клаузуле <i>rebus sic stantibus</i>	276

8.4.2.1.3. Новина у домаћем законодавству: стандард очекивања уговорних страна и општег мишљења о неправичности опстанка уговора као услов примене клаузуле <i>rebus sic stantibus</i>	279
8.4.2.1.4. Висина штете као услов примене клаузуле <i>rebus sic stantibus</i>	281
8.4.2.2. Услови које измењене околности морају да испуњавају да би спадале у категорију „промењених околности“ које су услов примене клаузуле <i>rebus sic stantibus</i>	282
8.4.2.2.1. Утицај промењених околности на битне састојке уговора	282
8.4.2.2.2. Нове околности које нису постојале у време склапања уговора.....	282
8.4.2.2.3. Околности које су наступиле након закључења уговора, али пре доспелости обавезе	283
8.4.2.2.4. Околности које су трајале до момента испуњења уговора	285
8.4.2.2.5. Околности које није било могуће предвидети, избећи ни савладати	286
8.4.2.2.6. Околности које нису скривљене	291
8.4.2.3. Домен примене института промењених околности према Закону о облигационим односима	291
8.4.2.3.1. Схватање које преовладава: примена клаузуле <i>rebus sic stantibus</i> на све двострано обавезне и теретне уговоре	291
8.4.2.3.2. Могућност искључења примене клаузуле о промењеним околностима уговором.....	293
8.4.2.3.3. Примена правила о измени уговора позивањем на клаузулу <i>rebus sic stantibus</i> на банкарске послове.....	297
8.5. Правне последице раскида или измене уговора због промењених околности.....	307
8.5.1. Раскид уговора позивањем на клаузулу <i>rebus sic stantibus</i>	307
8.5.1.1. Обавеза обавештавања друге уговорне стране о намери раскида уговора.....	307
8.5.1.2. Захтев уговорне стране да суд раскине уговор	309
8.5.2. Одржавање уговора на снази његовом правичном изменом.....	310
8.5.2.1. Понуда или пристанак друге стране на правичну измену одговарајућих услова уговора	310
8.5.2.2. Поступак суда у случају да се странке не сагласе са предложеним изменама спорног уговора	314
8.5.2.2.1. Овлашћење суда да раскине предметни уговор ако нема сагласности о предложеним изменама	314
8.5.2.2.2. Околности којим се суд нарочито руководи приликом доношења одлуке о примени правила о промењеним околностима.....	314

8.6. Накнада штете настале применом клаузуле о промењеним околностима.....	318
8.6.1. Правни стандард „накнада правичног дела штете“ претрпљене због раскида уговора.....	318
8.6.2. Моменат према ком се утврђује висина накнаде штете	319
8.7. Поједина спорна питања у вези са применом клаузуле <i>rebus sic stantibus</i>	319
8.7.1. Инфлација као околност која може бити основ за измену или раскид уговора услед промењених околности.....	319
8.7.2. Примена правила о промењеним околностима у случају споразумног продужења рока за испуњење дужникове обавезе	321
8.8. Посебна законска правила о примени института промењених околности	321
8.8.1. Посебна законска правила о утицају промењених околности на предуговор	321
8.8.2. Промењене околности као основ за измену досуђене накнаде материјалне штете у случају смрти, телесне повреде или оштећења здравља.....	322
8.8.3. Посебна законска правила о примени института промењених околности на уговоре о грађењу	324
8.8.4. Посебна законска правила о примени клаузуле <i>rebus sic stantibus</i> на уговор о зајму	330
8.8.5. Измена уговорене накнаде код уговора о лиценци ако постане очигледно несразмерна у односу на приход	331
8.8.6. Посебна законска правила о примени института промењених околности на уговоре о остави	331
8.8.7. Посебна законска правила о примени клаузуле <i>rebus sic stantibus</i> на уговоре о организовању путовања	332
8.9. Клаузула <i>rebus sic stantibus</i> у међународним конвенцијама	334
8.9.1. Конвенција Уједињених Нација о међународној продаји робе из 1980. године и клаузула <i>rebus sic stantibus</i>	334
8.9.2. UNDRUIT Начела међународних трговачких уговора и правила о промењеним околностима.....	336
8.9.3. Регулисање института промењених околности у “Принципима уговорног права”	340
8.9.4. Начин на који је институт измене или раскида уговора због промењених околности регулисан у CESL-у.....	343
8.9.5. Клаузула <i>rebus sic stantibus</i> у Бечкој конвенцији о уговорном праву	344
8.10. Однос између клаузуле о промењеним околностима и института зеленашког уговора.....	345
9. Очигледна несразмера као правни стандард и клаузула <i>rebus sic stantibus</i>	346

9.1. Очигледна несразмера узајамних престација и правила о промењеним околностима – појам и домаћај примене.....	346
9.1.1. Правила о промењеним околностима и начело еквиваленције узајамних престација.....	346
9.1.2. Очигледна несразмера узајамних престација и правни стандарди „претерано отежано испуњење“, „велики губитак“ и „тешка несразмера између чинидбе и противчинидбе“.....	347
9.2. Закључак: очигледна несразмера узајамних престација као правни стандард и клаузула <i>rebus sic stantibus</i>	349
ДЕО ПЕТИ: ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА.....	351
10. Закључак: очигледна несразмера у уговорном праву.....	352
10.1. Оправданост правне релевантности очигледне несразмере у уговорном праву кроз историју и у модерно доба.....	352
10.1.1. Закључна разматрања о начелу еквивалентности и очигледној несразмери у уговорном праву.....	352
10.1.1.1. Место и значај начела еквивалентности у уговорном праву.....	352
10.1.1.2. Очигледна несразмера уговорних престација као неопходан услов за дефиницију и заштиту начела еквивалентности.....	353
10.1.1.2.1. Терминологија и њена повезаност са висином несразмере узајамних престација.....	353
10.1.1.2.2. Уговори код којих је постојање очигледне несразмере уговорних давања правнорелевантно; критеријуми и методи утврђивања њеног постојања.....	354
10.1.1.2.3. Очигледна несразмера узајамних престација као објективни елемент прекомерног оштећења.....	356
10.1.1.2.4. Очигледна несразмера узајамних престација као објективни елемент зеленашког уговора.....	357
10.1.1.2.5. Очигледна несразмера узајамних престација као објективни елемент института промењених околности.....	358
10.1.2. Закључак о историјском развоју идеје о оправданости правне релевантности очигледне несразмере.....	359
10.2. Коментар постојећих законских решења и предлози побољшања истих у циљу пружања потпуније заштите начела еквивалентности.....	364
10.2.1. Коментар и предлози у вези са законодавним регулисањем правног института прекомерног оштећења.....	364
10.2.2. Коментар и предлози у вези са законодавним регулисањем правног института зеленашког уговора.....	365
10.2.3. Коментар и предлози у вези са законодавним регулисањем правног института промењених околности.....	368

10.3. Проблематика очигледне несразмере у уговорном праву – финалне обзервације.....	370
11. ЛИТЕРАТУРА	373
11.1. Књиге и чланци	373
11.2. Закони и међународни акти	384
11.3. Судске одлуке и правна схватања судова.....	386
11.4. Веб сајтови.....	391
12. КОРИШЋЕНЕ СКРАЋЕНИЦЕ.....	393

1. УВОД

Правичност је једна од основних идеја којом је проткано читаво облигационо право. То нарочито важи за уговорно право, те у литератури наилазимо на став по коме је уговор изједначен са правдом.¹

Поштовање овог принципа подразумева да у уговорном односу који није добротине природе нико не буде оштећен, односно да оно што једна уговорна страна на основу уговора даје буде приближно једнако оном што на основу истог уговора прима.

Природна је у исто време тежња сваке уговорне стране да уговором добије што више у односу на свог саговорача. Позиција уговорних страна није сасвим једнака у реалним, животним околностима, те је илузорно очекивати да и њихова уговорна давања буду у потпуности, идеално једнака. Стога такав захтев право ни не поставља и постојање извесне несразмере давања уговорних страна се очекује, а у складу са тим и толерише. Оно нема утицаја на правну судбину уговора.

Питања које се пак сасвим логично и природно постављају јесу: када та несразмера узајамних давања постаје толико велика да нарушава основна начела уговорног права? У којим случајевима се сматра да је та неједнакост толико очигледна и велика да просто не може да се занемари и да није правично да такав уговор у непромењеном облику остане на снази и производи правна дејства? На који начин се постојање несразмере узајамних престација утврђује, на основу којих критеријума и који тренутак је у том погледу правнорелевантан? Уколико се пак утврди да је уговор у питању неправичан јер је у њему грубо нарушена једнакост међусобних давања, на који начин се и којим правним средствима поново успоставља уговорна равнотежа? Који су услови примене тих правних инструмената и њихове последице? Каква им је правна природа? На који начин су ова питања регулисана у упоредном праву а како у нашем правном систему? Да ли можемо да побољшамо постојећа законодавна решења како бисмо обезбедили већу ефикасност постојећих института заштите еквивалентности узајамних престација и правичности уговора у питању и уколико је одговор потврдан, како? Која решења су се кроз историју показала као најефикаснија а која је пракса демантовала? И напослетку, који је значај очигледне несразмере као правног стандарда у уговорном праву данашњице?

Циљ нашег истраживања јесте да одговори на наведена питања. Увидом у постојећу литературу, закључили смо да су се темом очигледне несразмере у уговорном праву много више бавили страни него домаћи аутори, нарочито у последњих неколико деценија. Такође, врло је мали број радова који су у целини посвећени овој несумњиво значајној теми. Фокус у литератури је врло ретко на очигледној несразмери узајамних давања као таквој. Углавном је она анализирана спорадично, без претераног удубљивања у саму тему, као један од елемената за примену постојећих правних института којим се штити начело еквивалентности. Слично важи и за судску праксу, нарочито домаћих судова, у којима је овај правни стандард врло често примењиван по аутоматизму и без чврстих, доследних критеријума или детаљнијег образложења у судским одлукама.

¹ Michel Rosenfeld, *Contract and Justice: The Relation between Classical Contract Law and Social Contract Theory*, Iowa Law Review 70, 1985, no. 4, 771

У светлу свега наведеног, наш циљ је да начинимо једно савремено и свеобухватно истраживање очигледне несразмере у уговорном праву. Стога ћемо се најпре позабавити начелом еквивалентности, једним од основних начела уговорног права, које је уско повезано са правним стандардима сразмерности и очигледне несразмерности. Кроз потоњу анализу правних института чији је очигледна несразмера конститутивни елемент, одредићемо њену правну природу и дејство. Поређењем различитих критеријума њеног утврђивања и примене, како у различитим временским периодима тако и у различитим правним системима, те анализом постојеће судске праксе, донећемо закључке о најоптималнијем начину законског регулисања овог правног стандарда у нашем праву и дати конкретне предлоге на који начин би се постојећа законска решења могла изменити како би се постојећи механизам примене очигледне несразмере у пракси учинио што правичнијим и ефикаснијим.

**ДЕО ПРВИ: ОЧИГЛЕДНА НЕСРАЗМЕРА КАО
ПРАВНИ СТАНДАРД И НАЧЕЛО
ЕКВИВАЛЕНТНОСТИ УЗАЈАМНИХ
ПРЕСТАЦИЈА**

2. НАЧЕЛО ЕКВИВАЛЕНТНОСТИ УЗАЈАМНИХ ПРЕСТАЦИЈА КАО ЈЕДНО ОД ОСНОВНИХ НАЧЕЛА УГОВОРНОГ ПРАВА

*Начело еквивалентности*² је једно од основних начела облигационог права.³ Као такво, оно улази у састав појма јавног поретка⁴, али и морала.⁵ Назив "еквивалентност" је релативно новијег датума. Први пут на њега наилазимо у средњовековним текстовима. Потиче од новолатинског израза "*aequivalere*" што значи једнака вредност.⁶ Оно проистиче из начела правичности које подразумева једнако поступање са једнаким стварима а неједнако са неједнаким, сразмерно њихово неједнакости.⁷

Суштина овог начела јесте у томе да узајамне престације уговорних страна у двострано обавезним уговорима⁸ морају бити једнаке, или бар приближно једнаке вредности. У питању су такви уговори код којих се једна страна обавезује другој зато што се друга страна обавезује према њој. Стога је у таквим уговорима начело једнакости давања кључно и нужно.⁹

Важно је напоменути да „начело еквивалентности инсистира само на једном разумном складу вредности престација уговорних страна“,¹⁰ не искључујући притом могућност мањег или већег одступања вредности обавеза једне у односу на вредност обавеза друге уговорне стране.

При том се, како се истиче у теорији, величина дозвољене мере одступања вредности престација према начелу еквивалентности утврђује у зависности од тога да ли постоји потреба за прометом који је више или мање ограничен, или пак потпуно слободан.¹¹

Сам појам еквивалентности је дефинисан на различите начине. Тако га Јеринг дефинише као објективну сразмеру између добара која израста из свакодневне размене

² Ово начело се још назива и "начело једнаких давања", а тај термин је употребљен и у Закону о облигационим односима (члан 15). – Љубиша Милошевић., *Облигациони односи и основна начела према савезном Закону о облигационим односима*, Зборник радова са саветовања о примени Закона о облигационим односима, Закона о ауторском праву и Закона о извршном поступку, Нови Сад, 1979, 43

³ Љубиша Милошевић, *Основна начела нашег облигационог права према Савезном закону о облигационим односима*, Зборник радова, 1978, 31

⁴ Слободан Перовић, Драгољуб Стојановић, *Коментар Закона о облигационим односима*, Крагујевац, 1980, 30

⁵ Јожеф Салма, *Начело еквивалентности и прекомерно оштећење у облигационоправним уговорима: осврт на пројектована законодавна решења*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1977, 273

⁶ Француски израз за овај појам је *equivalent-e*, а немачки *gleichwertigkeit*. – Живомир Ђорђевић, *Проблеми еквивалентности у облигационом праву*, Београд, 1958, 11

⁷ Душан Николић, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад, 2017, 130

⁸ Прихватимо континенталноправну дефиницију уговора, по којој је реч о сагласној изјави воља две или више страна која производи правно дејство – у грађанскоправној сфери је то настанак, промена или престанак неког субјективног грађанског права или грађанског односа. – Милош Живковић, *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*, Београд, 2006, 9

⁹ Михајло Цветковић, *Начело једнаке вредности узајамних давања у уговорном праву*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2008, број 52, 195

¹⁰ Јожеф Салма, *Поглед на појам и вредност апсолутне еквивалентности*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1976, 80

¹¹ Ј. Салма, 1976, 80

добара различите употребне вредности.¹² Везу између еквивалентности и размене је истицао и Ж.С. Ђорђевић.¹³ Он је сматрао да је еквивалентност економски појам којим се изражава одређена економска појава робне размене. Инсистирао је на разликовању еквивалентности која је у сфери економије и привреде и комутативне правде, која је у сфери морала.¹⁴

У складу са изричитом законском одредбом, принцип једнаке вредности уговорних престација се примењује на двостране уговоре.¹⁵ Интересантно је да се у једном делу правне теорије сматра да је законодавац приликом формулације предметне одредбе неоправдано пропустио да нагласи да се начело једнакости узајамних давања заправо примењује на тзв. „двострано обавезне уговоре“. У ову категорију спадају сви уговори код којих узајамне обавезе настају као израз сагласне воље уговарача. Код њих постоје права и обавезе за обе стране.¹⁶ Како се то у ранијој литератури појашњава: „Наиме, сви уговори нису двострано обавезни. С друге стране, нема уговора који не би били, у најмањој мери, двострани. Постоје једнострано обавезни уговори, односно они уговори код којих је само једна страна поверилац а друга страна само дужник.¹⁷ Насупрот томе, код двострано обавезних уговора свака страна је истовремено и поверилац и дужник. Тек се у таквим односима може просуђивати права вредност узајамних престација. Стога односну законску одредбу члана 15. ЗОО треба применити само на оне двостране уговоре код којих постоји обавеза за обе уговорне стране и код којих тај принцип једнаких давања није искључен по самој природи уговорног односа.“¹⁸ Чини нам се да је овакав став оправдан јер суштина једнаке вредности узајамних престација и јесте у томе да су престације узајамне, те да им је вредност приближна.

Примена начела еквивалентности се у нашој новијој правној теорији, још прецизније, везује за теретне уговоре. Теретни уговори су они код којих једна уговорна страна даје одговарајућу накнаду за корист коју на основу уговора добија од друге уговорне стране.¹⁹ У питању су такви уговори код којих постоји узајамност користи и обавеза,²⁰ било да је она настала по природи ствари у моменту закључења уговора или касније у току његовог извршења.²¹ Разлика између појма „двострани уговори“ и „теретни“ јесте, како се у нашој литератури појашњава, у томе што је сваки двострано обавезан уговор уједно и теретан. Међутим, постоје и теретни уговори који су једнострано обавезни, попут уговора о зајму са каматама.²² Наиме, уговор о зајму је двострано обавезан када је конципиран као консензуални уговор. Уколико није уговорена камата, он је и доброчин (“бесплатан”). Ипак, уколико се овај уговор закључи

¹² М. Цветковић, 2008, 191

¹³ Ж. Ђорђевић, 1958, 23

¹⁴ *Ibidem*, 14

¹⁵ Видети члан 15. Закона о облигационим односима. - Закон о облигационим односима, „Сл.лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, "Сл. Лист СРЈ", бр. 31/93 и „Сл. Лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља; у даљем тексту: ЗОО.

¹⁶ Александар Радованов, *Облигационо право, општи део*, 2009, 124

¹⁷ Типични примери су уговор о поклону, уговор о остави без накнаде, уговор о јемству. – Д. Николић, 2017, 131

¹⁸ Срећко Јелинчић, *Примјена метода клизне скале у ревизији цијене*, Правни вјесник, 1985, број 2-3, 215

¹⁹ А. Радованов, 2009, 126

²⁰ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 30

²¹ Пример који се у литератури наводи за случај јесте ситуација када је код уговора о остави уговорена обавеза оставодавца да плати одређену накнаду оставопримцу. – Слободан Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995, 260

²² Борис Визнер, *Коментар закона о облигационим односима*, Загреб, 1978, 551

у режиму реалних уговора, реч је о једнострано обавезном уговору, а ако се уговори и камата онда је и теретан.²³

Као критеријум утврђивања вредности престација углавном се узима њихова тржишна вредност.²⁴ Иако се у данашњој теорији само изузетно оспорава одређење за тржишну цену као најједноставнији и најсмисленији критеријум одређивања вредности престације, у правној теорији су постојала и другачија мишљења. Тако би по Марксу, вредност ствари требало изједначити са њеном изворном вредношћу – односно вредношћу рада уложеног да би се та ствар направила.²⁵ Овакво схватање је било прихваћено у социјалистичким системима, због чега је и сам институт прекомерног оштећења био регулисан и тумачен на специфичан начин.²⁶

Ипак, овакво тумачење би се данас врло тешко могло прихватити, јер просто изједначење вредности ствари са вредношћу уложеног рада тешко може да се оправда – много је важније, а и лакше утврдиво, колико та ствар вреди на тржишту.

2.1. РАЗВОЈ СХВАТАЊА О ЕКВИВАЛЕНТНОСТИ УЗАЈАМНИХ ПРЕСТАЦИЈА КРОЗ ПРАВИЛА О ПРАВИЧНОЈ ЦЕНИ ОД АНТИЧКОГ ДОБА ДО СРЕДЊЕГ ВЕКА

О еквивалентности узајамних престација се увек водило рачуна, јер је нееквивалентност супротна интересима појединаца, али и читавог јавног поретка.²⁷ Идеја о еквивалентности узајамних престација се може произвести из идеје о правичној цени, која се развила још у античко доба.²⁸ Наиме, цена је битан елемент уговора у купопродаји, који је један од најчешће закључиваних уговора.²⁹ Правична цена се, при томе, схватала или као израз слободно формиране сразмере између добара или као израз регулисане сразмере између истих.³⁰

Поред схватања о правичној цени, када је реч о размени добара као размени једнаких вредности, правни теоретичари и филозофи су поред питања цене акценат

²³ Silvija Petrić, *Izmjena ili raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti prema novom Zakonu o obveznim odnosima*, Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2006, broj 1, 90

²⁴ J. Salma, 1976, 80

²⁵ Ж. Ђорђевић, 1958, 21

²⁶ Attila Menyhard, *Excessive benefit and unfair advantage in contracts*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2003, број 1-2, 305

²⁷ Ж. Ђорђевић, 1958, 41

²⁸ Овај период је значајан јер се развој уговорног права везује за настанак првих држава. Пре тог периода, у тзв. преддржавним заједницама, није постојало уговорно право. Чак и споразуми о миру који су склапани између појединих племена су схватани као обећања вишим силама и боговима, а не као погодба односно израз сагласности воља. Стога са настанком првих држава, настанком првих градова, те занимања попут занатства и трговине, као и вишим ступњем развоја пољопривреде и сточарства, заправо почиње развој уговорног права. Државе старог века се деле на државе западног типа (античке) и оне источног типа (азијске). С обзиром на нашу правну традицију, али и генерално већу развијеност њихових правних система тог доба, у овом раду смо се фокусирали на државе старог века које су припадале западном типу. О овим поделама и уопште уговорном праву тог доба опширније видети у: Милош Живковић, *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*, Београд, 2006

²⁹ Ивица Јанковец, *Трансформација цене као елемента уговора о продаји*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1976, 218

³⁰ Ж. Ђорђевић, 1958, 35

стављали и на питање вредности.³¹ Вредност је при томе посматрана не само у економском смислу, већ и у погледу инхерентне, неекономске вредности, као и кроз призму корисности.³²

2.1.1. Аристотелово схватање еквиваленције узајамних давања

Када је реч о уговорном праву античке Грчке, најразвијеније је било право атинског полиса. Њега пак карактерише давање мањег значаја форми закључивања уговора и стављање акцента на сагласност воља.³³

О проблематици еквиваленције у пословним односима писао је Аристотел већ у 4. веку пре нове ере. Он је сматрао да стране у пословном промету морају бити једнаке а да таква треба да буду и њихова давања. Као одговор на питање шта се сматра једнакошћу, објашњавао је да „ако се једна целина дели између двојице, онда се за сваког од њих каже да је добио свој део ако је добио тачно половину. Једнако је пак, по аритметичкој пропорцији, средина између превеликог и премалог.“³⁴

По Аристотеловом мишљењу, при утврђивању да ли постоји еквиваленција узајамних престација, требало је водити рачуна да се нико не богати на рачун другог.³⁵ Овакво поступање је по њему једино правично. О повезаности између једнакости и правичности, у делу „Никомахова Етика“ Аристотел наводи да „праведно које се јавља у пословним односима значи неку једнакост, а неправедно повреду једнакости“, те да „у свим оним случајевима где нико није добио ни мање ни више него тачно колико заслужује, каже се да је свако добио своје и да нико није на добитку ни на штети. Праведно у пословним односима који почивају на слободној вољи јесте, према томе, средина између добитка и губитка³⁶, а та средина састоји се у томе да се после има исто колико се имало и пре.“³⁷

Могли бисмо закључити да је још тада постојала свест о уској вези еквивалентности, односно једнакости узајамних давања, и поступања у складу са правдом и правичношћу. О односу између једнакости и правичности ће касније бити речи, али овде ћемо напоменути да по нашем схватању правично не мора нужно да значи и апсолутно једнако, те да су одређена одступања дозвољена.

Вредно је пажње Аристотелово схватање по ком, у овом контексту, и субјективни однос сауговорача приликом уговарања цене има велики значај. Он налази да јесте неправично уколико једна страна искористи неспособност расуђивање друге, уколико је превари, доведе у заблуду или на други начин против њене воље оштети,³⁸ али да се не може сматрати неправдом када једна уговорна страна свесно и вољно пристане да за

³¹ Ж. Ђорђевић, 1958, 34

³² James Gordley, *Equality in exchange*, California Law Review, 1981, no. 6, 1604

³³ М. Живковић, 2006, 18

³⁴ Магдолна Сич, *Правична цена (pretium iustum) и њена примена током историје*, Зборник Матице Српске за друштвене науке, 2006, број 120, 200

³⁵ Према: J. Gordley, 1981, 1589

³⁶ У истом делу „добитак“ се дефинише као прираштај дела које неко поседује, те се појашњава да „претрпети губитак“ значи имати мање него што се пре тога имало. - Према: М. Сич, 2006, 200

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ У овоме би се могао видети зачетак идеје о институту прекомерног оштећења, код кога извесно не постоји свест једне уговорне стране о правој вредности његове престације, услед чега трпи штету.

своју престацију добије мање од њене вредности³⁹, односно цене.⁴⁰ У складу са наведеним, јасно је да је Аристотел правичну цену посматрао као израз слободне размене добара.⁴¹

У „Никомаховој Етици“ се Аристотелова теорија о еквиваленцији даље надграђује, те се прецизира да „овде закон пази само на разлику у причињеној штети, а лица посматра као једнака – важно је само да се утврди да један неправду трпи а други да је наноси, да је један оштетио а да је други на штети...“⁴² Такође, помиње се и улога суда, који треба да успостави начело еквиваленције уколико је оно у пословном односу било нарушено: „Судија настоји да такву неправедност која се оглушује о једнакост изједначи... Судија поново успоставља једнакост као кад би од већег дела дужи пресечене на једнаке делове одузео онолико за колико је тај део већи од половине и додао га мањем делу.“⁴³ Јасно је да, поред инсистирања на једнакости престација уговорних страна, Аристотел инсистира и на правичности самог уговорног односа.

У „Реторици“ се пак наглашава да је судија дужан да дели правду, те према томе не треба да се слепо држи слова уговора, већ да суди „по свом најбољем разумевању“ и гледа да пресуди што је могуће праведније.⁴⁴ Аналогним тумачењем, могао би се бранити став по коме уколико поједине уговорне одредбе нарушавају правичност истог, улога је суда да својим тумачењем тај уговор уподоби наведеном начелу.

Интересантно је да поједини аутори замерају Аристотелу недовољну флексибилност када је реч о одређивању правичне цене – наиме, он није узимао у обзир промењивост околности и осцилације на тржишту, већ је држао да је цена одређене ствари непромењива и фиксна. Такође, није улазио у то шта одређује новчану вредност ствари.⁴⁵ Тако Аристотел и његови следбеници нису анализирали потражњу, понуду и трошак производње као одвојене аспекте којим се успоставља еквилибријум који одређује тржишну цену, дајући истовремено превелик значај појединачној процени.⁴⁶

Упркос овим критикама, значај Аристотелових разматрања ове теме је непобитан, јер је он у својим делима покушао да проникне у суштину једнакости узајамних давања, дајући одговоре на питања каква се поступања странака сматрају праведним када је реч о уговарању висине узајамних престација, те који вид понашања при томе није допуштен, као и која је улога суда у очувању принципа еквивалентности и правичности у уговорном праву.

³⁹ Сматрамо да би се могло бранити виђење по ком, у складу са Аристотеловим схватањима, не би било места примени института зеленашких уговора, јер је једна страна вољно и свесно пристала на несразмеру у вредности престација.

⁴⁰ Своје схватање Аристотел илуструје примером: „Али ако неко своју сопственост да другоме онако како каже да је Глауко дао своју опрему Диомеду: злато за туч и вредност од сто волова према девет, онда он тиме не доживљава никакву неправду. Од њега је зависило да ли ће да даје; подношење неправде, међутим, не зависи од њега, него мора да постоји неко ко неправду врши.“ – Према: М. Сич, 2006, 201

⁴¹ За разлику од Аристотела, Платон се сматра изворним идеологом законске цене. – Према: Ж. Ђорђевић, 1958, 35

⁴² М. Сич, 2006, 200

⁴³ *Ibidem.*

⁴⁴ Према: М. Сич, 2006, 201

⁴⁵ *Ibidem*, 200

⁴⁶ Према: J. Gordley, 1981, 1607-1608

2.1.2. Еквиваленција узајамних престација у римском праву

Римско право је најзначајније и најразвијеније право античког доба.⁴⁷ Правни системи континенталног типа се у великој мери ослањају управо на темеље који су постављени у римском праву, из ког потиче велики број правних института, нарочито када је реч о уговорном праву. Када је реч о правним системима англосаксонског типа, неспорно је да и они имају исте корене, о чему сведочи, између осталог, њихов казуизам. Ипак, за разлику од континенталних правних система који су вековима одржавали континуитет са римском правном традицијом, у англосаксонским правним системима дошло је до дисконтинуитета са римским правним наслеђем још током XIII века.⁴⁸

2.1.2.1. Схватања о једнакости узајамних давања у периоду републике

Након прилично неразвијеног права у периоду краљевства, у периоду републике (чији почетак се везује за VI век пре нове ере) долази до крупних промена, које су биле последице како економског, тако и територијалног а и културног развоја античке римске државе.⁴⁹

Грчки филозофи су извршили изванредан утицај на римско право у периоду републике, те се тако перрегрински претор, који је решавао спорове између римских грађана и перрегрина (странаца), приликом доношења одлука руководио начелом савесности и поштења, нарочито уколико је спор настао у вези са пословним односима. Временом су се овим принципом почели руководити и градски претори.⁵⁰

О једнакости узајамних престација се водило рачуна пре свега када је реч о уговорима о купопродаји, кроз правила о правичној цени. О томе сведоче и различите јавно – правне мере контроле цена, којим се спречавало да се сиромашном становништву наметну превисоке и неправичне цене за поједине нужне намирнице, попут жита.⁵¹

Другим речима, постојала су појединачна правила којим су регулисани неки аспекти начела једнакости међусобних давања странака, али не и правно уређено начело и његови институти.

2.1.2.2. Схватања о једнакости узајамних давања у периоду принципата

Класични правници су сматрали да је правична она цена коју одреди тржиште. Према њиховом схватању, тржишна цена није свуда и у свако време иста, већ зависи од читавог низа околности. Поједини правни теоретичари попут Помпонија изражавали су своје слагање са Аристотеловим мишљењем по ком није правично да се једна уговорна

⁴⁷ М. Живковић, 2006, 19

⁴⁸ Д. Николић, 2017, 41

⁴⁹ М. Живковић, 2006, 19

⁵⁰ М. Сич, 2006, 202

⁵¹ Тако Ливије спомиње едиле који су већ у 3. веку пре нове ере за циљ имали да спрече подизање цене жита, а Јакаб тврди да су такве мере доношене и у току периода Републике. Такође, постоје подаци о јавноправним забранама тзв. житних картела у класичном периоду римског права. – Према: М. Сич, 2006, 202-203; Љубиша Милошевић, *О зеленашком уговору*, Београд, 1957, 15

страна обогати на рачун друге.⁵² У складу са либералистичким духом тадашњег римског права ипак је преовладавало схватање да странкама треба дозволити да саме одреде цену своје престације. Тако у римским изворима из тог доба наилазимо на захтев да цена буде изражена у новцу, сигурна и стварна (реална, односно озбиљно промишљена), али нема помена о томе да она мора бити и правична.⁵³

Другим речима, у периоду принципата је уговор при чијем је закључивању једна од уговорних страна успела да искористи погодности тржишта и за своју престацију постигне вишу цену био сасвим валидан.⁵⁴ Ово правило је заступљено и у Дигестама, где се у једном тексту истакнутог римског правника Паула наводи да је код уговора о купопродаји, дозвољено вреднију ствар купити за мањи износ или продати мање вредну ствар за вишу цену, те да би исту логику требало применити и на уговор о закупу.⁵⁵

Стога су у класичном периоду врло ретки изричито захтеви за еквиваленцијом престација уговорних страна.⁵⁶ Упркос томе, било би погрешно закључити да је аутономија воље приликом одређивања цене била апсолутна.⁵⁷ Ограничења су постојала, како моралне, тако и правне природе.

Када је реч о моралним границама, кључну улогу је имао *pater familias*, који је поред тога што је пословао у интересу своје породице морао да води рачуна и о интересима других припадника своје заједнице, нарочито оних који су се налазили у економски лошијем положају.⁵⁸ Међутим, у другој половини периода Републике, када је трговина почела да се развија рапидно и преко Медитерана, улога коју је имао *pater familias* у овом погледу почела је да слаби.⁵⁹

Правне границе слободног уговарања цене, односно вредности престације су постављене активношћу претора. Наиме, поступци уговорних страна су морали бити у оквиру савесних и поштених односа⁶⁰ а да ли је то случај ценило се према објективним мерилима у складу са тадашњим схватањима промета.

Важно је напоменути да је у овом периоду, према схватањима класичних правника, граница између коришћења погодне тржишне ситуације и несавесног и непоштеног поступања била постављена прилично високо.⁶¹ Сматрало се сасвим

⁵² Према: М. Сич., 2006, 203

⁵³ Vlado Belaj, *Geneza cijene kod ugovora o prodaji*, *Pravni Vjesnik*, 2002, broj 3-4, 11

⁵⁴ J.B. Thayer, *Laesio enormis*, *Kentucky Law Journal*, 1937, vol.25, no.4, 323

⁵⁵ Према: М. Сич., 2006, 204

⁵⁶ Један пример таквог захтева били су случајеви решавања сувласничких односа. Чак и у класичном периоду захтевало се да се води рачуна о једнакости сувласничких делова при деоби. - J.B. Thayer, 1937, 323

⁵⁷ Пошто ћемо аутономију воље мало детаљније анализирати касније, овде ћемо само напоменути да када су нормe закона диспозитивне, уговорне стране могу да уреде своје односе по свом нахођењу. Не само то, имају право да слободно одлуче да ли ће уопште ступити у уговорни однос. Стога права и обавезе који су њиме споразумно уређени одражавају вољу самих уговорних страна, које такође имају слободу да одлуче да ли ће вршити своја овлашћења на основу уговора, и ако је одговор потврдан на који начин и у којем обиму. Границе слободе уговарања представљају границе принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја. – Д. Николић, 2017, 122-123

⁵⁸ Rena Van den Bergh, *The long life of laesio enormis*, *Studia Universitatis Babeş Bolyai-Iurisprudentia*, 2012, no. 4, 41

⁵⁹ М. Сич., 2006, 204

⁶⁰ R. Van den Bergh, 2012, 41

⁶¹ Тако је Цицерон сматрао да трговци који су у изгладнели Родос први довели жито из Александрије и продали га скупље, не обавестивши становништво да ће ускоро доћи и други бродови са житом са правног гледишта нису начинили превару, већ су искористили погодности тржишта. Несразмеру између стварне

очекиваним и оправданим да једна уговорна страна покуша да приликом закључивања уговора постигне што већи добитак у односу на другу уговорну страну, и све док је њено поступање било у складу са *bona fides*, римско право у периоду принципата није ограничавало слободу уговорне стране да одреди цену за своју престацију.⁶² Изузетак су биле основне животне намирнице попут брашна, чију су максималну цену императори повремено одређивали декретима, како би спречили злоупотребе.⁶³ Ипак, чини се да је успех наведених мера био половичан, упркос строгим прописаним казнама за њихово кршење.

Поред наведених правила, о поштовању начела савесности и поштења водило се рачуна кроз правила о манама воље, чије је постојање чинило уговор рушљивим. Уколико прихватимо субјективну концепцију лезије, по којој је она заснована на мани воље, могло би се прихватити гледиште по којем су ова правила била темељ каснијег развоја овог института. Зачетак начела еквиваленције може се, међутим, недвосмислено видети у томе што је у овом периоду правно санкционисано и прикривање физичких мана ствари.⁶⁴

Уз то, ако је лице које је у време закључења уговора било млађе од 25 година склопило уговор у коме постоји знатна несразмера између вредности ствари и цене, могло је да тражи повраћај у пређашње стање. Исто је важило и за лице које је имало преко 25 година у време закључења уговора, али није имало одговарајућу дозволу претора или управника провинције да исти склопи. Под одређеним условима, право да захтевају да се уговор раскине због несразмере међусобних престација имале су и жене.⁶⁵ Могло би се аргументовати да је и овде реч о зачетку идеје забране зеленашких уговора, као таквих правних послова код којих се користи неискуство, лакомисленост, слабост или нужда друге уговорне стране како би се стекла прекомерна имовинска корист.

Такође, у овим правилима се први пут недвосмислено помиње знатна несразмера између узајамних давања као један од основа поништаја уговора. Јасно је да није било довољно да је уговор закључило лице које се сматрало неискусним, лакомисленим или коме је недостајала одговарајућа дозвола надлежног лица, већ је било потребно да уговорена цена знатно одступа од вредности ствари. Другим речима, мања одступања од еквивалентности престација су се и у овим случајевима сматрала допуштеним, што је, како смо навели, случај и у савременом праву.

2.1.2.3. Схватања о једнакости узајамних давања у периоду домината

За период домината су карактеристични зачеци нових друштвених односа, који су се косили са постојећом регулативом.⁶⁶ Стога у посткласичном периоду је као последица велике економске кризе у комбинацији са другим факторима⁶⁷ привредни

вредности њихове престације и противпрестације коју су за исту добили, овај велики филозоф и правник није сматрао правнорелевантном. - Према: М. Сич, 2006, 205

⁶² R. Van den Bergh, 2012, 41

⁶³ Emilija Stanković, *Protection of the poor during Diocletian's reign*, Fundamina, 2010, issue 1, 424

⁶⁴ М. Сич, 2006, 205

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ Д. Николић, 2017, 42

⁶⁷ Иако је економска криза која је узела замах почетком 3. века нове ере била најважнији фактор који је допринео државном интервенционизму, она није била његов једини узрочник. Томе су допринеле и лоше пољопривредне праксе које су довеле до осиромашења земљишта, те недостатак радне снаге у

либерализам све више бивао ограничен интервенцијама државе. То се између осталог одразило и на слободу уговарања и одређивања цене код уговора о купопродаји.⁶⁸

Диоклецијан је 301. године својим чувеним едиктом *De pretiis rerum venalium* одредио највише дозвољене цене основних производа и услуга.⁶⁹ Циљ доношења овог едикта био је да се заштите сиромаси и војници од похлепних трговаца и њихових манипулација тржиштем.⁷⁰ Премда је за његово кршење била предвиђена најстрожа, смртна казна, у пракси није дао велике резултате. Слични едикти, којим су пре свега ограничаване цене основних намирница, доношени су и касније.⁷¹

Један део аутора сматра да су у Диоклецијаново време, нешто пре доношења наведеног декрета, такође уведена прва правила о прекомерном оштећењу, о чему ће касније бити више речи. Управо се декрет *De pretiis rerum venalium* у једном делу правне теорије сматра као потврда те тврдње, јер се њиме изражава Диоклецијанова решеност да занемари правне стандарде који су доминирали у ранијим периодима римске правне историје, како би се пружила већа заштита осиромашеном становништву.⁷²

Диоклецијану се приписују и одредбе по којима се деоба између сувласника која није извршена у доброј вери могла кориговати без прибегавања реституцији (која се обично примењује у случају кршења начела савесности). У иностраној правној теорији се сматра врло вероватним да је разлог за овакво законско правило то што у овом случају није реч о уобичајеној размени престација. Наиме, код деобе се уместо погађања око висине узајамних давања тежи подели неке ствари на делове једнаке вредности.⁷³

Међутим, наведена правила су важила само уколико је нееквивалентност при деоби била узрокована свесно и малициозно. Ако је пак она последица грешке, ма колико та грешка озбиљна била, узимало се да су уговорне стране везане таквим уговором јер су се обавезале да прихвате арбитраву одлуку и сложиле су се при његовом избору. Ипак, и у потоњем случају странке су могле захтевати поништај уговора и реституцију ако је према арбитравој одлуци диспропорција престација таква да се не може сматрати "одлуком разумног човека, осим уколико он није начинио енормно велику грешку".⁷⁴ У том случају је оштећеној страни било стављено на располагање више тужби, у зависности од околности конкретног случаја.

У петом веку је римски цар Зенон отишао корак даље од својих претходника, забранивши све врсте удруживања и споразума о томе да се одређени артикли не пусте у промет по цени нижој од договорене, као и све врсте монопола. Такве одредбе су у теорији окарактерисане као „битно ограничење аутономије воље странака приликом уговарања цене уопште.“⁷⁵ Њихова суштина је била у томе да се спречи да једна уговорна

пољопривреди. Не треба занемарити ни то да су ситни поседници с муком успевали да преживе и да је све већи број био приморан да прода земљу у бесцење. - R. Van den Bergh, 2012, 41

⁶⁸ Један од главних фактора који су отежавали одређивање правичне цене код ових уговора била је инфлација. – *Ibidem*.

⁶⁹ Raymond Westbrook, *The origin of laesio enormis*, *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 2008, 42

⁷⁰ У уводном делу едикта Диоклецијан констатује да поједини бескрупулозни грађани нису научили лекцију у време кад ова област није била регулисана, те да се њиховој похлепи и жеђи за профитом није могло стати на други начин. Он објашњава да је „забринутост за целокупно друштво“ била мотиватор његове законодавне активности. – Према: Е. Stanković, 2010,424

⁷¹ М. Сич, 2006, 206

⁷² Е. Stanković, 2010,425

⁷³ J.V. Thayer, 1937, 324

⁷⁴ *Ibidem*, 325

⁷⁵ М. Сич, 2006, 206

страна наметне другој несразмерно високу цену одређене робе, користећи свој повлашћен положај на тржишту.

Када је реч о сразмери узајамних престација, важно је напоменути да је у посткласичном периоду прављена разлика између уговора у којим је заступљен „општи интерес царства“ и оних између приватних лица.⁷⁶ Док се за прву групу уговора захтевало да цена буде правична и да постоји сразмерност узајамних престација, за уговоре између приватних лица је и даље важило правило о слободном одређивању цене у складу са начелом савесности и поштења. Међутим, та граница је у посткласичном периоду много строже постављена, те је поред оног што је било санкционисано у класичном периоду, у периоду домината забрањен и сваки вид махинација.⁷⁷

Занимљиво је да су правила о правичној цени била примењивана само уколико је продавац продао ствар по вишој цени него што она заправо вреди. Један од најранијих аката којим је регулисан обрнут случај, када је ствар продата испод вредности била је Константинова конституција из 319. године. Том конституцијом је било предвиђено да се такав уговор о купопродаји не може побијати уколико приликом његовог закључивања није дошло ни до преваре, ни до принуде, „нити се може, једино због жаљења ниже цене, уговор сачињен без икаквог нехата, путем спора пореметити.“⁷⁸

Конституција коју су издали Грацијан, Валентијан и Теодосије 383. године није допуштала раскид уговора којим је ствар продата испод вредности јер се продавац налазио у заблуди, са образложењем да је његова обавеза била да зна праву вредност оног чиме тргује.⁷⁹

Једна од последица коначне поделе Римског царства на Западно и Источно, до које је дошло 395. године, било је и то што правни систем више није био јединствен.⁸⁰

Ни Теодосијев кодекс из 439. године⁸¹ који је представљао званичну збирку императорских констатација донету за време императора Теодосија Другог,⁸² као ни Јустинијанова кодификација на којој је рад завршен 529. године нису успели да поново успоставе правно јединство на територији читавог некадашњег Римског царства.

⁷⁶ Према: Д. Николић, 2017, 42

⁷⁷ Диоклецијан је тако забранио трговачку шпекулацију у виду откупљивања робе по нижој цени и превозења у друге провинције како би се продала скупље. Оваква пракса је у класичном периоду сматрана дозвољеним коришћењем погодности тржишта. – *Ibidem*.

⁷⁸ Према: М. Сич, 2006, 208

⁷⁹ *Ibidem*, 209

⁸⁰ Извесна подељеност у правним системима је постојала и пре званичне поделе царства на два дела. У том контексту М. Сич наглашава да је упитно да ли се Диоклецијанов едикт о максимирању цена примењивао на територији која ће касније припасти Западном римском царству, иако до поделе у то време још није званично дошло. – М. Сич, 2006, 208

⁸¹ У питању је, како смо навели, законик који је донет у име Теодосија Другог, владара Источног Римског царства и Валентијана Трећег, који је владао Западним Римским царством. У литератури се, међутим, истиче да је законик у питању Теодосијево дело док је од Валентијана само формално тражена сагласност. Идеја је била да се његовим доношењем поново успостави јединство правног система на читавој територији некадашњег Римског царства. Теодосијев кодекс је садржао преко 2500 правних прописа издатих од Константина I до Теодосија II, на латинском језику, подељених у 16 књига. Ова правна кодификација је била примењивана у Источном делу царства до Јустинијановог времена, а у Западном до 12. века. Такође, Теодосијев кодекс је био узор приликом стварања појединих варварских законика у шестом веку нове ере. – Према: Магдолна Фејеш Сич, *Разлог доношења Теодосијевог кодекса*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1989, број 1-3, 183

⁸² Невенка Благојевић Глушчевић, *Извори за римско облигационо право*, Подгорица, 1997, 19

Већ крајем петог века нове ере Западно римско царство је било под влашћу варварских племена, углавном германских. На тим територијама варвари су живели по својим племенским законима, док су се на Римљане и уопште староседелачко становништво примењивале одредбе римског права.⁸³

Такође је приметно да у једном од првих варварских законика, Алариковом Бревијару из 506. године⁸⁴ није преузета ниједна норма којом се регулисало питање цене у уговорима о купопродаји. Разлог је вероватно била недовољна развијеност привреде у то доба, за чије потребе су наведена правила била сувише комплексна и напредна.

У каснијим варварским зборницима прихваћено је правило по ком се уговор не може побијати јер је ствар продата за нижу цену. Тиме се желело спречити да у време тешке економске ситуације и високе инфлације захтеви за раскид уговора по овом основу постану масовна појава. Изузетак су били случајеви када је нижа уговорена цена резултат принуде или преваре. Такође, кад је била реч о интересима државе, и даље је на снази био изричит захтев да цена буде правична и да гласи онолико колико ствар заправо вреди.⁸⁵

2.1.2.4. Одредбе којима се штити једнакост узајамних давања у Јустинијановом кодексу

За развој начела једнакости узајамног давања много је значајнији био даљи развој догађаја на правном пољу у Источном Римском царству. Наиме, након пропасти Западног римског царства и у источном делу је постало јасно да је постојећа правна регулатива превише гломазна, недовољно уједначена, несистематична и недовољно ефикасна. Стога је било нужно да се одаберу она правна правила која најбоље осликавају римску правну традицију, али такође могу да се прилагоде друштвеним дешавањима и прогресу, те да се обједине у кодификацији.⁸⁶

Због тога је и настао чувени Јустинијанов кодекс, који је послужио као основ за стварање опште теорије уговора и поделу уговорних елемената.⁸⁷ Циљ доношења овог кодекса је био да обнови римско право и успостави јединствен правни систем на територији читаве државе. Резултат су била четири дела која заједно чине *Corpus iuris civilis*.⁸⁸ Јустинијанов зборник као кодификација целокупног дотада насталог римског права био је од немерљивог значаја не само као нека врста правног уџбеника и водича за

⁸³ R. Van den Bergh, 2012, 35

⁸⁴ У питању је варварски зборник римског права који је настао у тзв. Толозатској краљевини Визигота. Састављен је по налогу визиготског краља Аларика II тридесетак година након што су се Визиготи дефинитивно одвојили од римске власти. Проглашен је 506. године у Тулузу под званичним називом *Leges atque (sive) species iuris de Theodosiano vel et diversislibris electae*. У историји је, међутим, овај варварски зборник остао познат под називима Бревијар или пак *Lex Romana Visigothorum*. Овај законик је био својеврсна компилација раније важећих римских закона и прогласа, при чему је посебан акценат, што се види и из самог његовог званичног назива, био стављен на већ поменути Теодосијев законик. Његова примена је била ограничена на Римљане и остале староседелачке групе, док се на Готе примењивао зборник готског права под називом *Codex Euricianus* из 475. године. – Према: Магдолна Фејеш Сич, *Lex Romana Visigothorum*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1984, 151

⁸⁵ М. Сич, 2006, 209-210

⁸⁶ Д. Николић, 2017, 43

⁸⁷ М. Живковић, 2006, 20

⁸⁸ Н. Благојевић Глушчевић, 1997, 19-20

практичаре, већ и за каснију рецепцију римског права која је омогућила његово оживљавање и инкорпорацију у бројне правне системе данашњице,⁸⁹ међу којима се немачки издваја по значају.⁹⁰

Тако у Јустинијановом кодексу наилазимо на две спорне одредбе, које се приписују царевима Диоклецијану и Максимилијану.

Прва наводно потиче из 285. године и односи се на појединачан случај. Наиме, решавајући случај једног грађанина по имену Аурелио Лупо, чији је отац продао земљиште по нижој цени од његове вредности, Диоклецијан је сматрао да се настала ситуација може решити или тако што би Аурелиу Лупу купац на основу судске одлуке вратио земљиште, или тако што би му доплатио разлику до праве вредности продате непокретности.

Текст одредбе гласи овако: „Ако си ти или твој отац продао ствар веће вредности за нижу цену, људски је да или вратиш купцу новац који ти је дао за продато земљиште на основу одлуке судије или, ако купац тако жели, да примиш разлику у новцу до правичне цене.“⁹¹ Ситуација би била класичан пример реституције, да није једне реченице која је управо и предмет нашег интересовања: „Цена се сматра малом онда када није исплаћена ни половина праве вредности.“⁹²

Наведена одредба је вишеструко значајна. Пре свега, њоме је уведено ново правило, по ком се уговор може и одржати на снази уколико се доплати разлика до правичне вредности престације.⁹³ Један део правне теорије, на челу са Сирксом, сматра да је управо због тога наведена одредба нашла своје место у Јустинијановом кодексу.⁹⁴

Оно што ову одредбу чини још значајнијом јесте што би, уколико није претрпела измене од стране Јустинијанових компилатора, у њој би по први пут у правној историји био децидно поменут институт „оштећења преко половине“ као разлог за раскид уговора.

Разлог за такво одступање од дотада неприкосновеног становишта о слободи уговарања, сматра део теоретичара, могла је бити изузетност економских потешкоћа у којим би се нашао продавац ако би био обавезан да испуни уговор тако како гласи, а због изузетно велике несразмере узајамних давања.⁹⁵

Е. Станковић подржава тезу да је Диоклецијан био понукан да донесе овакву одлуку због социјалних и политичких прилика тог времена, те велике моћи крупних земљопоседника, тзв. *potentiores*⁹⁶ који су за ситне новце куповали имања од осиромашених власника мањих земљишних поседа. Овај аутор још један доказ аутентичности наведене одредбе види у томе што се од 14 одлука из Јустинијановог кодекса које се приписују Диоклецијану, чак седам односи на решавање захтева сељака и ситних земљопоседника који су тражили његову правну заштиту након што су били

⁸⁹ R. Van den Bergh, 2012, 36

⁹⁰ Н. Благојевић Глушчевић, 1997, 20

⁹¹ Према: Alphonse M. Squillante, *Unconscionability: French, German, Anglo-American Application*, Albany Law Review, 1969-1970, 299

⁹² Према: Н. Благојевић Глушчевић, 1997, 273

⁹³ Jan Hallebeek., *Some Remarks on Laesio Enormis and Proportionality in Roman-Dutch Law and Calvinistic Commercial Ethics*, Fundamina, 2015, issue 1, 16

⁹⁴ Према: М. Сич, 2006, 210

⁹⁵ J. Hallebeek., 2015, 16

⁹⁶ Henry Monnier, *Études De Droit Byzantin: Méditation Sur La Constitution Ἐκατέρωι Et Le "Jus Poenitendi"*, Nouvelle revue historique de droit français et étranger, 1900, vol. 24, 37; E. Stanković, 2010, 425

приморани да продају своје поседе за цену која је много испод њихове реалне вредности. Према њеном мишљењу, доктрину о прекомерном оштећењу треба посматрати као једну у низу Диоклецијалних економских и политичких мера предузетих са циљем стабилизације римског друштва.⁹⁷

С обзиром на то да је он генерално водио једну интервенционистичку политику, те да је административним мерама регулисао цене намирница, што је већ представљало снажно задирање у слободу уговарања, Е.Станковић износи став да нема ничег необичног у томе што је Диоклецијан, присиљен економском кризом, одступио од правног принципа *pacta sunt servanda* у појединим, прецизно одређеним случајевима, те закључује: „Иако се Диоклецијан борио да сачува старо царство и његове старе вредности, реалност га је присилила да се прилагоди новим околностима, да напусти стара правила и усвоји нове принципе, као што је *laesio enormis*.“⁹⁸

Ј. Хакелбек је пак мишљења да намера римског императора није била да на овај начин успостави генерално правило о томе да уговорна давања морају бити макар приближно једнака, већ се доима да је циљ ове одредбе био да пружи могућност за оне најугроженије да своја права остваре правним путем, уколико је несразмера између оног колико њихово земљиште вреди и оног што су за њега примили преко границе коју је Диоклецијан поставио.⁹⁹

Међутим, иако није немогуће замислити да је Диоклецијан у конкретном случају одступио од правила класичног римског права по ком није дозвољено тражити раскид уговора само из разлога што је ствар продата испод вредности, у теорији преовладава схватање да је спорна одредба ипак део каснијих кодификатора.¹⁰⁰

Аутори који сматрају да је одредба аутентична у одбрани свог схватања постављају врло једноставно питање: због чега би се Јустинијанови компилатори одлучили да један тако значајан правни новитет уметну у једну тако баналну одредбу, која није ни на који начин посебно издвојена и утапа се у мору других одредби кодекса? Чини се нелогичним да би Јустинијан препустио заслуге за развој института лезије свом паганском претходнику.

Према поборницима става да је реч о интерполацији, одговор на ово питање се сам намеће: Диоклецијан је сасвим извесно дозволио повраћај у пређашње стање, односно измену првобитног уговора, али су Јустинијанови компилатори изменили услове који су за то у оригиналној верзији постављени.

Заступници ове теорије истичу да је интерполација видна, *inter alia*, и по томе што се у тексту час говори о купцу (у једнини) а час о купцима (у множини), те да се глагол "примити" на више места понавља без потребе (што указује на то да је текст мењан и преправљан), као и да је математички тест за сразмерност вредности престација атипичан за Диоклецијаново законодавство.¹⁰¹

Поред тога, чини се да први део текста наводи на то да ће бити одбијен захтев за изменом уговора који се заснива искључиво и једино на неадекватности цене. Надаље, употребљени израз "ти или твој отац" могао би указивати на то да основ жалбе лежи у

⁹⁷ Е. Stanković, 2010, 425-426

⁹⁸ *Ibidem*, 427

⁹⁹ Одредба којом се штити продавац земље од експлоатације је такође у складу са правилом из Дигеста по коме „у случају сумње, треба пресудити самилосније.“ – R. Van den Bergh, 2012, 42

¹⁰⁰ Према: J.V. Thayer, 1937, 322

¹⁰¹ *Ibidem*, 325

личном односу између уговорних страна, на основу чега поједини аутори сматрају да је првобитни смисао ове одредбе био одбијајући јер је право на измену уговора престало када је умро продавац који је са купцем био у тој специјалној вези.¹⁰²

Такође, не искључује се могућност да је предметна земља продата *potentiores*, моћницима латифундистима који су од ситних поседника куповали имања испод цене, што се и у Диоклецијаново време сматрало неморалним.¹⁰³ Уколико се прихвати ово објашњење¹⁰⁴, јасно је због чега каснији хришћански цареви нису прихватили општу примену доктрине о прекомерном оштећењу, већ су сматрали да је поништај уговора дозвољен у случају принуде или преваре, са правном последицом у виду реституције. Из овог разлога у странијој теорији преовлађује став да Јустинијанова интерполација почиње у оном делу текста у ком се купцу нуди могућност да одржи уговор на снази тако што ће извршити доплату до правичне цене купљеног добра. Та могућност у складу са тадашњим правним схватањима не би постојала у случају да је над продавцем извршена принуда, или да је био преварен.¹⁰⁵

На основу текста одредбе је јасно да су Јустинијанови кодификатори претпоставили невиност купца, не улазећи у његове мотиве. Опредељење за математички тест сразмере оштећења се у теорији обично образлаже тиме што се компилаторима тај тест вероватно чинио најједноставнијим за примену.¹⁰⁶

Поставља се питање да ли је на овај начин конституисано опште правило, које је важило за све врсте уговора? На основу текста одредбе намеће се закључак да је примена овог института била ограничена на уговор о купопродаји земље, и то само у корист продавца.¹⁰⁷

Следећа, једнако спорна одредба наводно потиче из истог периода и упућена је од стране Диоклецијана и Максимилијана поново приватном лицу, овога пута извесном Аурелију Еводији. Она почиње понављањем раније успостављених правила по којим је код уговора о купопродаји реституција дозвољена у случају преваре или принуде. Међутим, на то правило се наставља правило из класичног римског права по ком се не може захтевати раскид уговора само на основу тога што је уговорена цена прениска: „Међутим, само то да се позиваш на мало¹⁰⁸ мању продајну цену земље, недовољно је за раскид куповине...“, а одредба се завршава трећим, новоуведеним правилом: „... изузев ако је дато мање од половине правичне цене коју је ствар имала у време продаје, избором купца да ће да испуни, уговор ипак може да се сачува“.¹⁰⁹

Како је сама одредба прилично неспретно формулисана и некохерентна, при чему је један део образложења чак потпуно супротан доктрини прекомерног оштећења,¹¹⁰

¹⁰² J.V. Thayer, 1937, 326

¹⁰³ То није био случај само са Диоклецијаном – у посткласичном периоду су бројни примери царева који су покушавали да заштите економски ослабљене грађане од моћника названих *potentiores*. - R. Van den Bergh, 2012, 42

¹⁰⁴ Један део правне теорије на челу са Халебеком оспорава ово објашњење, сматрајући га недовољно уверљивим. – J. Hallebeek, 2015, 16

¹⁰⁵ J.V. Thayer, 1937, 326

¹⁰⁶ Након што је ово правило уведено Јустинијановим кодексом, извршена је ревизија Теодосијевог кодекса, на тај начин што су оне његове одредбе супротне новоуспостављеним правилима о лезији изостављене или измењене тако да су у складу са одредбама о оштећењу преко половине. – *Ibidem*.

¹⁰⁷ R. Van den Bergh, 2012, 41

¹⁰⁸ Сматра се да су реч „мало“ додали Јустинијанови компилатори. – М. Сич., 2006, 212

¹⁰⁹ Према: R. Westbrook., 2008, 41

¹¹⁰ *Ibidem*.

намеће се закључак да је она настала на тај начин што су је Јустинијанови компилатори саставили од више различитих норми, не водећи превише рачуна о томе да их интегришу у једну целину.¹¹¹ До истог закључка наводи и чињеница да се у римском праву насталом у периоду непосредно након владавине Диоклецијана ово правило уопште не помиње, али и то да у још три одредбе у Јустинијановом кодексу наилазимо на интерполације којим се став класичних правника изменио и уподобио доктрини о прекомерном оштећењу.¹¹²

Важно је напоменути да су се одредбе о оштећењу преко половине врло ретко примењивале у Источном римском царству, и то само на основу посебне одлуке магистрата.¹¹³ Њихов значај превасходно лежи у томе што су послужиле као инспирација за стварање тзв. објективне теорије о правичној цени у средњем веку.

Сва напред наведена правила су се односила пре свега на правила о правичној цени и њихова примена је била ограничена на уговор о купопродаји.¹¹⁴ Стога се све до средњовековног периода не може говорити о постојању начела еквивалентности у ужем смислу те речи, као једног свеобухватног правила са општом применом и развијеним институтима правне заштите.

2.2. РАЗВОЈ НАЧЕЛА ЕКВИВАЛЕНТНОСТИ ОД СРЕДЊЕГ ВЕКА ДО ДАНАС

2.2.1. Филозофска разматрања о правичној цени и равнотежи узајамних давања у средњовековном уговорном праву

Период раног средњег века карактерише затворена натурална привреда и минимална робна размена. У таквим условима није било потребе за применом комплексног римског права, нарочито у новоствореним варварским државама. Ситуација се променила када је најпре у италијанским а потом и у другим градовима Западне Европе дошло до значајнијег развоја индустрије и трговине. Тада долази до поновног изучавања римског права и његових института, а по угледу на њих развијају се и нови, попут института прекомерног оштећења,¹¹⁵ о чему ће касније бити више речи.

Начело једнакости узајамних давања је још у XIII и XIV веку уведено у канонско право, кроз правила о правичној цени (*iustum praetium*). Томе су претходила одређена филозофска разматрања цењених средњовековних теолога, правника, мислилаца и интелектуалаца уопште о нужности постизања равнотеже давања приликом склапања уговора.

Албертус Магнус, велики поштовалац Аристотеловог рада, изједначавао је правичну цену са вредношћу коју добра имају на тржишту у време продаје.¹¹⁶

¹¹¹ М. Сич, 2006, 212

¹¹² R. Westbrook, 2008, 41

¹¹³ М. Сич, 2006, 213

¹¹⁴ Б. Визнер, 1978, 88

¹¹⁵ Велибор Лукић, *Принцип еквивалентности, монетарни номинализам и индексне клаузуле у облигационом праву*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, 1985, број 10-11, 3

¹¹⁶ Према: J. Gordley, 1981, 1605

Његов ученик Тома Аквински, велики хришћански мислилац, сматрао да је вредност инхерентна сваком објекту.¹¹⁷ Стога није дозвољено нити праведно да се ствар прода скупље нити купи јефтиније од оног што вреди.¹¹⁸ Он је био свестан да постоји разлика између правног стандарда, по коме се недозвољеним сматра оштећење за више од половине правичне цене, и моралног стандарда који је заступала црква, а по коме је свако одступање од правичне цене недопуштено. Ипак, разлика је била само у степену оштећења, али не и у суштини – правници и теолози су делили уверење о важности и нужности поштовања начела једнакости узајамног давања исказаног кроз правила о правичној цени.¹¹⁹

Хуго Гроцијус, оснивач школе природног права, истицао је да у уговорима мора постојати једнакост давања, јер „по природи контрактима влада једнакост, и то баш тако да се из неједнакости рађа право за оног ко има мање“.¹²⁰ Другим речима, уколико се наруши имовинска равнотежа узајамних престација уговорних страна, оштећена страна може да захтева да се та равнотежа поново успостави.

Важно је нагласити да приликом утврђивања да ли постоји еквиваленција давања уговорних страна, вредност престација није узимана за фиксну и непромењиву. Такође, није се сматрало да се она може изједначити са трошковима производње ствари која је предмет уговора, већ се узимала тржишна вредност коју престација има на тржишту које је отворено и над којим не постоји монопол.¹²¹

Правни теоретичари тог времена који су се залагали за примену начела еквивалентности су сматрали недозвољеном и ситуацију када је уговорена неодговарајућа цена на тај начин што је искоришћена немарност, лакомисленост, неискуство или друго слично својство једне од уговорних страна.¹²² Та схватања су представљала филозофску основу и потпору забране зеленашких уговора.

Супротно мишљење су заступали представници тзв. школе природног права, који су се оштро противили оваквим ограничењима слободе уговарања, сматрајући да уговорне стране имају право да регулишу висину узајамних престација како им је воља. Њихов нарочито истакнути представник је био Кристијан Томасијус.¹²³

2.2.2. Развој начела једнакости узајамних давања у канонском праву

У канонском праву је постојала снажна подршка поштовању принципа еквивалентности у уговорном праву. Хришћанско учење се оштро противило нарушавању равнотеже у свим међуљудским односима, укључујући ту и уговорно право.

¹¹⁷ *Ibidem*, 1604

¹¹⁸ Према: М. Сич, 2006, 214

¹¹⁹ J. Hallebeek, 2015, 19

¹²⁰ Према: М. Сич., 2006, 214

¹²¹ Гроцијус је имао толико либерално схватање тржишта да је чак и монополе сматрао дозвољеним уколико су цене које они одређују у складу са законима тржишта. – Према: М. Сич, 2006, 215

¹²² *Ibidem*.

¹²³ J. Hallebeek, 2015, 32

Уколико пак до нарушавања природног (Божијег) поретка дође, сматрало се да је реституција једино правично решење.¹²⁴

У складу са тим, и захтеви да се једнакост престација учини обавезним начелом уговорног права постајали су све гласнији. У том контексту је био значајан и концепт правичне цене, који канонско право прихвата.¹²⁵

У циљу проширења значаја и обима примене начела еквивалентности је у XIII и XIV веку проширен домен примене института лезије на све уговоре, како на оне чији је предмет покретна, тако и непокретна ствар. Поред тога, право да се позивају на правила о прекомерном оштећењу је равноправно признато обема уговорним странама.

Када је реч о висини несразмере чије постојање је нужно да би се применила правила о лезији, примењивана је метода математичког разломка. Премда је правило о оштећењу преко половине било најчешће заступљено, постојала су и законодавства код којих су на снази била друга мерила за оштећење, о чему ће касније бити више речи.¹²⁶

2.2.3. Начело еквивалентности узајамних престација у буржоаским грађанским законцима

Значај законика који су донети крајем XVIII и током XIX века је неспоран, јер су њима постављени темељи савременог грађанског права.¹²⁷ За буржоаска законодавства углавном је типична превласт схватања о аутономији воље, праћена великим обимом слободе уговарања. Странкама се давала велика слобода приликом уређивања међусобних уговорних односа, при чему су били ограничени интересима јавног поретка и морала.¹²⁸

По угледу на Јустинијанову кодификацију, један део грађанских законика садржао је правила о прекомерном оштећењу, док је забрана зеленашких уговора уведена у новијим грађанским законодавствима, попут немачког и италијанског. Насупрот томе, правила о промењеним околностима (*clausula rebus sic stantibus*) се могу наћи само у најмодернијим законодавствима.¹²⁹

Француски Грађански законик је предвиђао правила о прекомерном оштећењу, али са ограниченим обимом примене. Тако је примена правног института лезије у француском Грађанском законнику из 1804. године била сужена само на уговор о купопродаји, и то уколико је оштећена уговорна страна продавац. Неједнакост престација је имала правни значај и у случајевима када је уговор закључило малолетно лице, као код споразума наследника о подели наследства.¹³⁰ Разлози таквог схватања се могу видети у ставу француске правне теорије по којем се не може говорити о постојању

¹²⁴ Примена реституција се у почетку базирала на екстензивном тумачењу библијске заповести „не кради“, да би се од почетка XIII века све више повезивала са Аристотеловим концептом комутативне правде, о коме је већ било речи. - J. Hallebeek, 2015, 18

¹²⁵ Љ. Милошевић, 1957, 6

¹²⁶ М. Сич, 2006, 217

¹²⁷ Д. Николић, 2017, 29

¹²⁸ Ж. Ђорђевић, 1958, 47

¹²⁹ Јожеф Салма, *Облигационо право*, Нови Сад, 2007, 134

¹³⁰ А. Menyhard, 2003, 301

правичне цене, јер се вредност ствари разликује за различите људе. Стога је правнорелевантна само уговорена цена.¹³¹

Аустријски Грађански законик је прихватио субјективно схватање појма прекомерног оштећења, што је отежавало доказивање његовог постојања. Српски грађански законик не само што је прихватио објективну концепцију лезије, већ је предвиђао и могућност пуноправног одрицања од примене овог института. Немачки и швајцарски грађански законици нису уопште регулисали лезионарне уговоре. Јапански правни систем је још један пример правног система за који су ти уговори били непознаница.¹³²

Готово идентична је била ситуација са институтом раскида односно измене уговора услед дејства промењених околности – у великој већина класичних грађанских кодификација он уопште није био регулисан (пример је како француско, тако и аустријско, немачко и швајцарско право). Развој овог правног инструмента се везује тек за период након Првог светског рата, када га је прихватила француска судска пракса. Италијански Грађански законик је имао пионирску улогу када је реч о законодавном регулисању овог института у модерно доба.¹³³

У време трговачког либерализма, није постојала ни воља да се зеленашењу стане на пут, те се први закони којим се забрањују зеленашки уговори везују за 20. век. Зеленашки уговори познати су и у аустријском и италијанском Грађанском законнику, као и у швајцарском Законнику о облигацијама. У неким правима, попут немачког, грађански законик је регулисао институт зеленашких уговора, док су лезионарни уговори сматрани за подврсту зеленашких.¹³⁴

2.3. НАЧЕЛО ЈЕДНАКОСТИ МЕЂУСОБНИХ ДАВАЊА У МОДЕРНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Начело једнакости узајамних давања заузима веома значајно место у савременом законодавству. Реч је о једном од основних принципа на којим почива модерно уговорно право. Стога су и правна теорија и пракса увиделе значај очувања овог начела, како на националном, тако и на међународном плану.

2.3.1. Начело еквивалентности у савременим законодавствима европских држава

У овом контексту је занимљив пример нашег северног суседа. Мађарски Грађански законик из 1952. године приликом регулисања начела једнакости међусобних давања је као полазну основу узео Упутства Врховног суда број 9 из 1950. године о

¹³¹ J. Gordley, 1981, 1593

¹³² Јожеф Салма, *Обележја појма и правних последица начела еквивалентности према Закону о облигационим односима*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, посебна свеска са саветовања о примени Закона о облигационим односима, Закона о ауторском праву и Закона о извршном поступку, 1979, 71

¹³³ J. Салма, 1979, 72

¹³⁴ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 452

еквивалентности узајамних престација у уговорном праву. Међутим, у мађарској кодификацији грађанског права напуштено је чисто објективно схватање зеленашких уговора које је било прихваћено у Упутствима.¹³⁵

Законодавац није сматрао оправданим да се прихвати гледиште по ком када постоји очигледна неједнакост узајамних давања, самим тим постоји и необорива претпоставка да је до тога дошло јер је једна уговорна страна искористила нужду или тешке прилике друге, односно да је поступала преварно и несавесно.¹³⁶ Са друге стране, правилно је увидео да постојање очигледне несразмере вредности узајамних престација представља озбиљно нарушавање начела једнакости узајамних давања.

Стога је засебно регулисао правни институт зеленашких уговора,¹³⁷ коме је додао и субјективни елемент, а засебно очигледну несразмеру престација уговорних страна као правни основ ништавости уговора. У овом случају је јасно да је као институт „очигледна несразмера“ заправо регулисан институт прекомерног оштећења, схваћен на чисто објективан начин.¹³⁸ У питању је знатно различит приступ у односу на српско право, што ћемо касније детаљније појаснити.

Поред разлике у постојању субјективног елемента (тешко стање једне уговорне стране и намера друге да то стање искористи како би стекла несразмерну корист или погодности), мађарски законодавац је начинио и разлику у језичкој формулацији ова два института. Тако је, истиче се у правној теорији, термин „очигледно несразмерна погодност“ коришћен ради конституисања објективног елемента правног инструмента зеленашког уговора шири од захтева за постојањем „очигледне несразмере узајамних престација“ како би се применио институт лезије.¹³⁹

Ипак, наведена разлика је чисто теоријске природе. Судови су приликом примене ова два правна стандарда користили потпуно иста мерила.¹⁴⁰ Када је реч о правној последици, у оба случаја уговор је ништав, с тим што је код зеленашких уговора реч о апсолутној, а код лезионих уговора о релативној ништавости.

2.3.2. Начело еквивалентности узајамних престација у међународним конвенцијама

Напоменућемо у кратким цртама како је начело еквиваленције регулисано у међународним конвенцијама, те какав је његов статус када је реч о праву Европске Уније. Ово потоње је од значаја уколико се узме у обзир текући процес хармонизације српског права са правом Европске Уније, што је један од предуслова приступања наше државе истој.

¹³⁵ Упутства Врховног суда број 9 из 1950. године о еквивалентности узајамних престација у уговорном праву су регулисала институт зеленашких уговора, али на тај начин што су потпуно изоставили његов субјективни елемент. Једини критеријум евентуалног лихварског карактера уговора је било постојање очигледне несразмере узајамних престација. Уколико је постојала таква, евидентна диспропорционалност између вредности престација уговорних страна, уговор је био ништав. – Према: А. Menyhard, 2003, 303

¹³⁶ *Ibidem*, 304

¹³⁷ Лихварски уговори су регулисани чланом 202. мађарског Грађанског законика.

¹³⁸ Лезиони уговори су регулисани чланом 201. став 2. мађарске кодификације.

¹³⁹ А. Menyhard, 2003, 304

¹⁴⁰ *Ibidem*.

2.3.2.1. Начело једнакости узајамних давања у UNDRIOIT Начелима међународних трговачких уговора

Тако је у UNDRIOIT Начелима међународних уговора¹⁴¹ на снази решење које подразумева комбинацију субјективних и објективних елемената. По одредби члана 3.2.7. раскид уговора је дозвољен уколико је њиме предвиђено да једна страна добија оно што у време закључење уговора представља неоправдану и прекомерну корист¹⁴² (објективни елемент), а предметни уговор је закључен искоришћавањем зависног положаја оштећене уговорне стране, или њених економских неприлика, хитне потребе за контрапрестацијом, лакомислености, незнања, неискуства или недостатка преговарачке вештине (субјективан елемент).¹⁴³ Према томе, важно је да постоји очигледна несразмера између престација уговорних страна, и то у време закључења уговора. При томе су творци Начела нагласили да се мора водити рачуна о природи самог уговора.

У коментару ове одредбе наводи се да је за примену овог правила нужно да је корист коју једна уговорна страна на основу уговора добија прекомерна, али истовремено и неоправдано стечена. Дакле, морају бити кумулативно испуњена оба услова. Како би разлика између престација уговорних страна могла да се подведе под „прекомерну корист“, није довољно да постоји чак ни знатан диспарат између вредности међусобних престација странака, којим се нарушава уговорна равнотежа. Захтева се да постоји такво нарушавање економске равнотеже у уговору да то „шокира савест разумне особе“.¹⁴⁴ Другим речима, овај услов је испуњен када једна страна за своју престацију добија толико несразмерну противчинидбу да просечан човек то не би сматрао правичним.

Да ли је услов да је прекомерна корист „неоправдано стечена“ испуњен суд ће ценити према околностима сваког конкретног случаја. Приликом те оцене ће нарочито узети у обзир евентуалну неједнакост преговарачког положаја уговорних страна, као и природу и сврху, односно циљ уговора.¹⁴⁵

Поједини аутори наводе да је предвиђањем да се приликом примене ових правила мора водити рачуна и о природи и циљу уговора омогућено да се у појединим случајевима уговор раскине и ако не постоји субјективни, већ само објективни елемент, који се огледа у очигледној несразмери узајамних давања.¹⁴⁶ Како се то у коментарима UNDRIOIT Начела међународних уговора објашњава, „постоје ситуације у којима

¹⁴¹ Ова начела су донета од стране Међународног института за унификацију материјалних правила приватног права UNDRIOIT пре више од две деценије, 1994. године. Претрпела су измене 10 година након доношења, а након тога су поново мењана 2010. године. Принципи одражавају међународну трговинску праксу успостављену у савременом међународном пословању. Њима су регулисана најважнија питања у вези са међународним трговачким уговорима. – Иванка Спасић, *UNIDROIT – допринос унификацији неких од најважнијих питања међународног трговинског права*, Страни правни живот, 2009, бр.2, 33-34; Биљана Антић, *Промењене околности у уговорном праву Европске Уније и Србије*, Нови Сад, 2014, 18

¹⁴² Термин „прекомерна погодност“ шири је од термина „очигледна несразмера“, али се чини да је та разлика чисто теоријског карактера и да се ови термини подударују када је реч о примени у пракси. То овај термин чини сличним „правном стандарду“ очигледно несразмерна погодност“ из мађарског Грађанског законика. - А. Menyhard, 2003, 304

¹⁴³ Према: М. Сич, 2006, 220

¹⁴⁴ UNIDROIT International Institute for the Unification of private law, *UNIDROIT principles of international commercial contracts*, Rome, 2010, 109

¹⁴⁵ Под неједнаким преговарачким положајем се сматра искоришћавање зависности, економске или неке друге нужде, лакомислености, незнања, неискуства или недостатка преговарачке вештине. - *Ibidem*.

¹⁴⁶ М. Сич, 2006, 220

постојање очигледне несразмере давања није оправдано, чак ни уколико уговорна страна која је на добитку ни на који начин није искористила неповољну преговарачку позицију оштећеног сауговарача“.¹⁴⁷ Пример који се за то у самим Начелима наводи као илустрација јесте ситуација када је у уговору предвиђен изузетно кратак рок за давање обавештења о недостацима добара или услуга које су предмет уговора. Да ли ће се сматрати да том одредбом једна од уговорних страна неоправдано стиче прекомерну корист, зависиће од тога која је врста робе односно услуга предмет уговора у питању.¹⁴⁸

Одредбама члана 3.2.7. такође је предвиђена могућност да суд измени уговор на захтев оштећене уговорне стране и да га „уподоби разумним привредним стандардима поштеног пословања“.¹⁴⁹ Измена је могућа и на захтев друге уговорне стране. Она има право да, након што прими обавештење о захтеву њеног сауговарача о томе да захтева раскид уговора јер је дошло до већ описаног нарушавања начела еквивалентности, предложи да се уговор модификује.¹⁵⁰

Закључујемо да се чак и у међународним правним актима које прихватају субјективно-објективну концепцију прекомерног оштећења, прихвата да је очигледна несразмера неоправдана и да је у појединим случајевима само њено постојање довољно да се уговор раскине или правично измени. Такво схватање би кореспондирало објективно схваћеном институту лезије. Са друге стране, измена или раскид уговора због нарушавања начела еквивалентности како су регулисани чланом 3.2.7. одговарају начину на који је код нас, а и у већини европских законодавстава, конституисан институт зеленашког уговора.

У контексту очувања начела једнакости узајамних давања значајне су и одредбе члана 5.7. који у првом параграфу предвиђа да ће се у случају да цена уговором није одређена, а ни одредива, као уговорена узети цена која је у време закључења уговора уобичајено наплаћивана за такву престацију у упоредивим условима тржишта, односно у недостатку такве цене, разумна цена.¹⁵¹ Наведеним правилом се са једне стране тежи заштити начела правичности и еквивалентности, а у исто време се тежи да се уговор одржи на снази кад год је то могуће, у складу са начелом *pacta sunt servanda*.

Правила о правним последицама у случају да је до несразмере између вредности уговорних страна дошло у периоду након закључења уговора садржана су у члану 6.2. Начела, која ћемо нешто касније детаљно анализирати.

Међутим, ту није крај заштити начела еквивалентности у UNIDROT Начелима међународног права. Наиме, одредбама члана 7.1.6. регулисане су клаузуле о одрицању или ограничавању одговорности за неиспуњење обавезе, као и оне којим се сауговарачу омогућава да изврши уговорну престацију суштински другачију од оне коју је друга уговорна страна оправдано очекивала. Овим одредбама се предвиђа да дужник престације неће моћи да се позове на ту клаузулу онда када би било „очигледно неправично“ да се то дозволи, имајући у виду сврху уговора.¹⁵²

У образложењу ове одредбе се наводи да су овакве клаузуле врло честе у међународној уговорној пракси, те да у бројним случајевима њихова примена изазива

¹⁴⁷ Према: А. Menyhard, 2003, 312

¹⁴⁸ UNIDROIT International Institute for the Unification of private law, 2010, 109

¹⁴⁹ *Ibidem*, 2010, 108

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ Michael Joachim Bonell, *The UNIDROIT Principles: What Next*, Uniform Law Review, 1998, issue 2-3, 274

¹⁵² UNIDROIT International Institute for the Unification of private law, 2010, 233

несугласице и спорове међу странкама. На овај начин је заправо успостављено широко дискреционо право суда, које је инспирисано начелом правичности.¹⁵³

Занимљива је и одредба члана 7.4.13. којом је пружена могућност судији или арбитражу да измени износ уговорне казне за неиспуњење престације уколико је уговорен износ „претерано несразмеран“ у односу на штету насталу због неиспуњења.¹⁵⁴ Сличне одредбе постоје и у нашем праву, о чему ће касније бити речи.

2.3.2.2. Начело једнакости узајамних давања у Принципима европског уговорног права

Принципи европског уговорног права¹⁵⁵ који су дело Ландове комисије¹⁵⁶ представљају модел који садржи меко право и нема обавезујућу снагу, али служи као неки вид путоказа када је реч о облигационом праву како самим учесницима облигационих односа, тако и националним судовима али и законодавним телима држава које су чланице.¹⁵⁷ Они садрже одредбе којима се штити начело једнакости узајамних давања.

У складу са одредбама члана 4.109. Принципа, право да оштећена уговорна страна захтева да се уговор раскине постоји само у случајевима када је она у време закључења уговора била у односу зависности или посебног поверења у односу на другу уговорну страну, или уколико је пак била у журби или економској нужди, те ако је била неупућена, неопрезна, лакомислена или без довољно пословног искуства (ови услови су предвиђени алтернативно), а друга уговорна страна је то знала или морала да зна, те је искористивши те елементе на страни оштећеног прибавила себи очигледно неправичну погодност или пак претерану корист.¹⁵⁸

На захтев оштећене уговорне стране, суд има на располагању и могућност да измени услове предметног уговора, тако да га усклади „са оним што је могло бити уговорено да се поступало у складу са начелима добре вере и поштеног промета“.¹⁵⁹ Суд може да модификује уговор и на предлог друге уговорне стране, под условом да је она такав предлог поднела без одлагања, након што је обавештена о захтеву за раскид уговора оштећене уговорне стране а због постојања очигледне несразмере њихових

¹⁵³ *Ibidem.*

¹⁵⁴ Према: М. Ј. Vonell, 1998, 275

¹⁵⁵ Први део Принципа, који се негде називају и ”Начела европског трговачког права” донет је 1995. године, ревидиран 1999. године, када је објављен и њихов Други део. Трећи део је угледао светлост дана 2003. године. У питању је акт чија примена није обавезна, али уколико се уговорне стране за исту определе, искључује примену правила домаћег права. – Просо Маја, Штамбук Шуњић Марија, *Принципи европског уговорног права с освртом на уговорну одговорност за неимовинску штету према новом ЗОО-у*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, 2008, бр. 4, 905

¹⁵⁶ У питању је посебна група у оквиру Комисије за европско уговорно право на чијем челу је признати стручњак Оле Ландо, те је по њему добила и назив. – Б. Антић, 2014, 21

¹⁵⁷ Д. Николић, 2017, 68

¹⁵⁸ Према: М. Сич, 2006, 220

¹⁵⁹ Поред начела једнакости, као једно од основних начела је издвојено начело правичности. Тако је у члану 1.201. ових Принципа предвиђено да свака странка мора да поступа у складу са начелом добре вере и поштеног промета. - www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/1.201.html, приступила 2.9.2016. године.

престација која је настала искоришћавањем неједнаке преговарачке моћи у време закључења уговора.¹⁶⁰

У теорији преовлађује став да је у наведеној одредби доминантан субјективни елемент, који се огледа у свести једне уговорне стране да постоје одређене околности које другу приморавају да закључи предметни уговор по сваку цену и чак и по врло неповољним условима, те њена воља и намера да управо те тешке прилике у којим се саговорач нашао искористи како би стекла прекомерну корист или неке друге погодности које су несразмерне њеној престацији. Према се захтева да је корист стечена оваквим уговором „претерана“, на основу анализе наведене одредбе стиче се утисак да су творци Принципа европског уговорног права акценат приликом формулације наведеног правила ставили акценат више на злоупотребу слабијег преговарачког положаја једне уговорне стране, него на очигледну несразмеру узајамних престација.¹⁶¹

Међутим, када је реч о захтеваном степену диспропорције међусобних давања, чини се да термин „погодност или претерана корист“ за који се Ландова комисија определила поставља нижу границу за примену правних инструмената заштите једнакости давања од нашег правног стандарда „очигледна несразмера“, који подразумева извесно, евидентно и знатно нарушавање имовинске равнотеже у уговору.¹⁶²

Још једна одредба Принципа која се бави тематиком еквивалентности престација јесте одредба 4.118. Њоме је прописано да се уговором не може искључити нити ограничити примена правила о санкционисању преваре, претње и прекомерне користи (очигледне несразмере).¹⁶³

Насупрот томе, правило из Принципа по ком ће у случају да је уговорено да цену одреди једна уговорна страна или треће лице, па тако одређена цена буде „претерано неразумна“, иста бити коригована до „разумне цене“¹⁶⁴ уопште не води рачуна о субјективном елементу.¹⁶⁵ За његову примену је довољно да постоји јасна диспропорција између цене коју је одредила једна уговорна страна и оног што је разумна и реална вредност престације. Ако је тај услов испуњен, уговор ће се ревидирати. Могло би се рећи да је заправо у питању правило о прекомерном оштећењу, које је формулисано у складу са објективном концепцијом појма лезије.

Ландова комисија је предвидела и примену института измене односно раскида уговора због промењених околности, што ће бити предмет накнадне анализе.

2.3.3. Начело еквивалентности узајамних престација у праву Европске Уније

Један од основних циљева Европске Уније јесте побољшавање квалитета живота њених грађана, а један од најважнијих заједничких политика на нивоу ове наднационалне заједнице јесте политика заштите потрошача. У свим државама чланицама успостављен је исти ниво заштите потрошача, те сигурности промета робе и услуга на заједничком

¹⁶⁰ www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/4.109.html, приступила 2.9.2016. године.

¹⁶¹ А. Menyhard, 2003, 313

¹⁶² М. Сич, 2006, 221

¹⁶³ www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/4.118.html, приступила 2.9.2016. године.

¹⁶⁴ www.jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/6.105.html, приступила 2.9.2016. године.

¹⁶⁵ М. Сич, 2006, 221

тржишту. Спровођење ове политике је засновано на три начела: начелу хоризонталности, начелу супсидијарности и начелу минималног усклађивања. Под начелом хоризонталности се подразумева да све политике које имају ефекта на потрошаче треба креирати на начин којим се штите њихови интереси. Начело супсидијарности означава могућност да се примене мере заштите потрошача донете на нивоу Европске Уније у оним националним правним системима у којима нису предвиђене такве мере, а ради потпуније заштите права конзумента. Напоследку, начело минималног усклађивања подразумева могућност да државе чланице Европске уније задрже национална правила, уколико она пружају исти или виши ниво заштите потрошача.¹⁶⁶

2.3.3.1. Директива о неправедним условима уговора закљученим са потрошачима и начело еквивалентности узајамних престаџија

Начело еквиваленције је на нивоу Европске Уније регулисано кроз Директиву о неправедним условима уговора закљученим са потрошачима¹⁶⁷, чије је доношење за циљ имало искључење непоштених услова уговора између лица која обављају неку стручну делатност и потрошача. Примена ове директиве је, како јој и сам назив каже, ограничена на уговоре о привреди, код којих бар један уговарач има статус потрошача.¹⁶⁸ Она се притом примењује само на оне уговоре чији услови нису одређени императивним прописима, нити су посебно уговорени.¹⁶⁹ Њене одредбе се такође не примењују на оне услове који се односе на главни предмет уговора, нити на одредбе које су формулисане „јасно и разумљиво“.¹⁷⁰

У преамбули Директиве је, *inter alia*, предвиђена дужност држава чланица Европске Уније да воде рачуна о томе да у потрошачким уговорима нема неправичних одредби, а уколико оне евентуално ипак буду уговорене, Директива прописује да оне не обавезују уговорне стране. Сам потрошачки уговор у том случају остаће на снази али без забрањених одредби, уколико је његов опстанак под тим условима могућ. Даље су генералном клаузулом недвосмислено прописана три критеријума која треба да буду кумулативно испуњена како би се одредба сматрала неправичном: да је реч о одредби о којој се није директно преговарало, да је постојала знатна неједнакост у преговарачким позицијама и да је оно што је утаноачено супротно начелу савесности и поштења.¹⁷¹ Примери оваквих случајева у виду индикативне листе наведени су у Анексу саме Директиве.¹⁷²

Директивом је такође предвиђено да ће се уговорна одредба сматрати неправичном и супротном начелу савесности и поштења, уколико из ње произлази „значајна несразмера између права и обавеза уговорних страна, на штету потрошача.“ Да ли ће се сматрати да у потрошачком уговору постоји таква неравнотежа узајамних

¹⁶⁶ Данијела Глушац, *Неправичне одредбе и уговор о осигурању*, Ревивија за европско право, 2015, број 1, 99

¹⁶⁷ У оригиналу: *The Directive on unfair terms in consumer contracts, 93/13 EEC*. Ова директива је допуњена 2011/83/EУ али како су измене минималне сама Директива о неправедним условима је остала на снази, може се извести закључак да она и даље остаје основни правни акт према коме ће се процењивати да ли су уговорени услови уговора коректни. - Д. Глушац, 2015, 100

¹⁶⁸ *Ibidem*, 103

¹⁶⁹ М. Сич, 2006, 221

¹⁷⁰ *Ibidem*, 222

¹⁷¹ Срђан Благојевић, *Уговор о потрошачком кредиту и заштита потрошача*, Добој, 2012, 28

¹⁷² Марица Ђокић, *Неправедне одредбе у потрошачким уговорима*, Сварог, 2016, бр. 12, 229

давања, суд ће одредити имајући у виду околности конкретног случаја.¹⁷³ Ако је према оцени суда у конкретном случају реч о неправичној одредби, она неће обавезивати другу уговорну страну.¹⁷⁴ Моменат према коме се утврђује евентуална неправедност и непоштеност уговорне одредбе јесте моменат закључивања уговора.¹⁷⁵

Имајући у виду све наведено, у Директиви је недвојбено очигледна несразмера узајамних давања предвиђена као услов за измену или раскид уговора. Међутим, реч је о потребном, али не и о довољном услову да се уговорна одредба сматра неправичном јер постојање очигледне несразмере узајамних давања не доводи по аутоматизму до оправданости захтева оштећене уговорне стране да се уговор модификује или пак оконча. Нужно је да буду испуњени и други прописани услови. Стога бисмо могли закључити да је овом правном стандарду, када је реч о регулисању ове важне сфере уговора у привреди признат изванредан значај, али је при томе акценат стављен на његову корелацију са другим начелима облигационог права, попут начела правичности, савесности и поштења и равноправности уговорних страна.

2.3.3.2. Предлог Европске комисије да Европски парламент и Савет Европске Уније донесу регулативу о заједничком европском трговинском праву (CESL) и начело једнакости узајамних давања

Занимљиво је да документи попут Предлога Европске комисије да Европски парламент и Савет Европске Уније донесу регулативу о заједничком европском трговинском праву (који ћемо у даљем тексту означавати општеприхваћеном скраћеницом CESL)¹⁷⁶ предвиђају одређене инструменте заштите начела еквивалентности међусобних престација. CESL најпре успоставља општу обавезу уговарача да при закључивању уговора поступају у складу са начелом савесности и поштења, те начелима поштеног промета.¹⁷⁷ Поред тога предвиђа и право оштећене уговорне стране да захтева поништај уговора, ако су у време када је предметни уговор закључен кумулативно била испуњена два услова: први, да је „та страна зависила од, или је имала посебан однос поверења са другом уговорном страном, била је у економској неприлици или нужди, или је била лакомислена, неискусна или није поседовала одговарајуће знање неопходно за закључење таквог уговора“ и други, да је друга уговорна страна знала или морала знати за постојање једне или више наведених субјективних околности на страни оштећеног, те је то искористила како би задобила очигледно несразмерну корист или неправичне погодности.¹⁷⁸ Након анализе наведених одредби, закључујемо да је њима заправо регулисан зеленашки уговор и предвиђена могућност да се захтева његов поништај. При томе би се овај други услов заправо могао рашчланити на два дела, од којих се један односи на свест и знање зеленаша о тешким приликама у којим се његов оштећени сауговорач нашао, те његово искоришћавање тих

¹⁷³ Према: Д. Глушац, 2015, 103

¹⁷⁴ М. Сич, 2006, 221

¹⁷⁵ Caroline Cauffman, *The principle of proportionality and European Contract Law*, Maastricht, 2013, 6

¹⁷⁶ Назив у оригиналу гласи *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD).

¹⁷⁷ Видети члан 2 (б).

¹⁷⁸ Према: С. Cauffman, 2013, 8

околности како би се стекла корист која далеко надилази оно што је он по уговору обавезан да изврши.

Начело еквивалентности се штити и одредбама чланова 74. и 75. CESL. Њима је *inter alia* прописано да ће се у случају да ће цену одредити једна уговорна страна или треће лице, па цена одређена на тај начин буде „очигледно неразумна“, ¹⁷⁹ сматрати да је уговорена цена која се обично наплаћивала у време закључивања уговора (тржишна цена), или у недостатку тржишне, разумна цена. ¹⁸⁰ Ово решење је врло често заступљено како у иностраном, тако и у домаћем праву.

Такође, члан 79. Предлога децидно прописује да неправична уговорна одредба коју је унела једна страна неће обавезивати другу страну. ¹⁸¹ Другим речима, сматраће се да таква одредба никад није ни унета у предметни уговор. Тиме се поред једнакости узајамних давања које је више посредно заступљено, води рачуна о равноправности странака, као и о начелу правичности.

Нужност постојања равнотеже узајамних давања је исказана и кроз правила члана 83. којим је прописано да је неправична она одредба уговора која за последицу има значајно нарушавање равнотеже између права и обавеза уговорних страна и то на штету потрошача, што се коси са начелом правичности и начелима поштењег промета. Ипак, услов за примену овог правила јесте да је у питању одредба која није била предмет појединачних преговора. У складу са наведеним, одредба се неће сматрати неправичном ако су о тој конкретној одредби били вођени засебни, индивидуални преговори пре закључивања уговора и потрошач је приликом закључивања уговора био свестан свих негативних последица који из тог чина могу проizaћи. ¹⁸²

CESL се дотиче и правила о промењеним околностима. Пошто ћемо то детаљније приказати и анализирати у једном од наредних поглавља, на овом месту ћемо укратко рећи да овај документ чланом 89. став 2. успоставља дужност уговорних страна да приступе преговорима како би измениле, или раскинуле уговор ако испуњење уговорне обавезе постане претерано отежано услед изванредних и непредвидивих околности. Уколико преговори не уроде плодом, истим чланом CESL је суду дато овлашћење да на захтев једне уговорне стране, уговор измени водећи се оним што је правично и разумно с обзиром на промену околности, или да га раскине. ¹⁸³

Иако у наведеном документу има још појединачних одредби које осликавају потребу за заштитом равнотеже вредности престација уговорних страна, ограничили смо се на навођење најважнијих и оних којима се начело једнакости узајамних давања примарно и евидентно штити.

На основу неколицине примера које смо навели, јасно је да се у праву Европске уније начело еквиваленције уско повезује са начелом савесности и поштења, као и са начелом правичности и поступањем у доброј вери.

Очигледна несразмера узајамних престација је чињеница од значаја у наведеним документима, премда само њено постојање није довољно да би се мењала правна судбина уговора. Тако се у Директиви значајна несразмера између права и обавеза уговорних

¹⁷⁹ Оригинални термин „*grossly unreasonable*“ се може превести и као „одвише неразумна“.

¹⁸⁰ Према: С. Cauffman, 2013, 8

¹⁸¹ eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0635, приступила 3.9.2016. године.

¹⁸² *Ibidem*.

¹⁸³ *Ibidem*.

страна, на штету потрошача сматра једним показатељем неправичности појединачне одредбе уговора, што је један од услова који морају бити испуњени како би се применила одговарајућа санкција у виду поступања као да таква одредба није ни уговорена. Међутим, до тога може доћи тек ако тако одлучи надлежни суд.

Са друге стране, како би очигледна несразмера била правнорелевантна у CESL-у се захтева и додатни услов у виду одређених субјективних елемената на страни оштећеног. И један и други акт истичу важност одржавања уговорне равнотеже, те значаја приближне једнакости међусобних давања странака.

Ипак, уколико су о појединим уговорним клаузулама странке водиле појединачне преговоре, право Европске уније углавном не дозвољава да се уговор поништи, измени или раскине позивањем на правила о једнакости узајамних давања, чак ни кад је несразмера између вредности узајамних престација драстична, или су наступиле околности које уговорна страна није могла ни на који начин предвидети ни спречити. Наиме, сматра се да су у том случају на конкретну одредбу странке пристале и свесно преузеле ризик наступања тих околности.

Закључак који се из тога може извести јесте да се начело еквивалентности не посматра на један апсолутни начин, већ се предност ипак даје аутономији воље. Уколико странке након преговора специјално вођених о конкретној одредби уговоре одредбу којом се ово начело крши и свесно пристану на очигледну несразмеру узајамних престација, акти Европске Уније не дозвољавају касније захтеве да се таква одредба поништи или измени.

2.3.3.3. Став Суда Европске Уније о начелу једнакости узајамних давања

Суд Европске уније је кроз своју јуриспруденцију више пута потврдио да је начело једнакости узајамних давања једно од основних начела која прожимају уговорне односе,¹⁸⁴ те да је њиме постављена граница правила *pacta sunt servanda*.

У том контексту се издваја случај *Ingmar GB LTD v Eaton Leonard Technologies Inc.*¹⁸⁵ у ком је Суд Европске Уније практично отворио врата непосредној примени прописа са израженом двојном, јавноправном и приватноправном функцијом у државама чланицама, при чему се ово правило односило пре свега на области потрошачког и радног права, као и на правила о забрани дискриминације.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Према: С. Cauffman. 2013, 4

¹⁸⁵ Пресуда Суда Европске Уније у случају *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc.*, донета 9. новембра 2000. године

¹⁸⁶ Златан Мешкић, *Ограничење страначке аутономије у европском колизионном праву*, Ревивија за европско право, 2012, број 1, 28

2.4. НАЧЕЛО ЕКВИВАЛЕНТНОСТИ У ДОМАЋЕМ ПРАВУ

2.4.1. Начело еквивалентности узајамних престаџија у домаћем праву пре доношења Закона о облигационим односима

Када је реч о домаћем праву, пре него што је Закон о облигационим односима ступио на снагу, у погледу сразмере вредности узајамних престаџија важила су правила из аустријског Грађанског законика, али и Српског грађанског законика о прекомерном оштећењу. У њима се под очигледном несразмером сматрало оштећење преко половине.

У домену промета непокретности у друштвеној својини у периоду од 1954. до седамдесетих година двадесетог века важило је правило по ком је ништав био уговор код кога је престаџија једне од уговорних страна одступала по вредности у односу на тржишну цену у износу од њене једне трећине.¹⁸⁷

Средином седамдесетих година, законима о промету непокретности¹⁸⁸ уведено је *правило апсолутне еквивалентности* које је било карактеристично за привредне системе централизованог карактера са централним планирањем.¹⁸⁹ Апсолутна еквивалентност представља законско правило по ком су уговорне стране обавезне да ускладе вредност својих престаџија тако да оне буду идентичне. Имовинска равнотежа између њих мора да буде потпуна.¹⁹⁰ Према поменутиим законима који су код нас били на снази седамдесетих година прошлог века, при промету непокретности у друштвеној својини захтевала се апсолутна једнакост између утврђене и тржишне вредности непокретности. У супротном, уговор је био ништав.¹⁹¹

Овакво решење је критиковано у домаћој правној теорији.¹⁹² Истицано је да инсистирањем на апсолутној еквивалентности узајамних престаџија законодавац угрозио, а по неким ауторима чак и „избрисао“ слободу уговарања, те да је правна сигурност на тај начин угрожена, јер је и минимално одступање уговорене цене од тржишне за последицу имало ништавост уговора.¹⁹³ Поред тога, аутори попут О. Антића¹⁹⁴, К. Ковача¹⁹⁵ и М. Цветковића истичу да је једнака вредност узајамних давања не само фактички немогућа, већ и недоказива.¹⁹⁶

Суштину критика прихватања концепта апсолутне једнакости у нашем тадашњем праву изразио је својевремено Ј. Салма на следећи начин: „Правило о апсолутној еквиваленцији представља једно прилично строго ограничење слободе уговарања. Штавише, ово правило представља, најблаже речено, негацију једног аспекта слободе

¹⁸⁷ Ј. Салма., 2007, 135

¹⁸⁸ Закон о посебним условима продаје стамбених зграда и станова у друштвеној својини САПВ, „Службени гласник САПВ“, број 24/1972; Закон о промету непокретности СР Србије, „Савремена администрација“, Београд, 1974

¹⁸⁹ Ј. Салма, 2007, 136

¹⁹⁰ Ј. Салма, 1976, 80

¹⁹¹ Ј. Салма, 2007, 135

¹⁹² Ж. Ђорђевић, 1958, 15-16

¹⁹³ Ј. Салма, 2007, 137

¹⁹⁴ Оливер Антић, *Облигационо право*, Београд, 2008, 46

¹⁹⁵ Карло Ковач, *Нацрт Закона о облигацијама и уговорима – значајан догађај нашег правног поретка и привредног развоја*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, 1975, број 4, 5

¹⁹⁶ М. Цветковић, 2008, 190

уговарања. Та негација се односи на слободу, диспозицију уговорних страна да садржину уговора одреде сагласношћу својих воља. То значи да правило о апсолутној еквивалентности у потпуности оповргава слободу уговарања у домену слободног одређивања садржине уговора. Пошто слобода одређивања садржине уговора представља један од најважнијих елемената слободе уговарања, потпуна негација тог елемента у великој мери угрожава и целину слободе уговарања.“¹⁹⁷

Са друге стране, сам појам тржишне цене није био довољно егзактан, а постојали су и различити ставови у теорији и судској пракси у вези са тим према ком времену би узајамну вредност престација требало одређивати.¹⁹⁸ Све су то били додатни аргументи којима је правна теорија подупирала своје противљење законодавчевом опредељењу да толерантност одступања вредности узајамних престација странака сведе на нулу.

2.4.2. Начело еквивалентности узајамних престација у Закону о облигационим односима

2.4.2.1. Начело једнаке вредности узајамних давања као једно од основних начела ЗОО

Српски законодавац је начело еквивалентности апострофирао као једно од основних начела, препустивши слободној вољи странака правно остваривање једнакости узајамних престација. Тако је чланом 15. став 1. ЗОО прописано да „у заснивању двостраних уговора стране полазе од начела једнаке вредности узајамних давања.“

У правној теорији се истиче да је оваквом формулацијом законодавац прихватио модерно, објективно схватање начела еквивалентности. Како би се сматрало да је начело једнаких давања нарушено, довољно је да постоји неједнакост узајамних давања. За разлику од ранијих законодавстава, одредбом члана 15. ЗОО се не захтева постојање додатног субјективног елемента у виду заблуде или преваре на страни оштећеног уговарача.¹⁹⁹

Оваква законска формулација начела еквивалентности је критикована као незграпна и недовољно јасна. Поред самог израза ”двострани уговори”²⁰⁰ који је недовољно прецизан (јер су сви уговори по својој природи двострани) и требало би да буде замењен изразом ”двострано обавезујући уговори”, сматра се и да се простим језичким тумачењем наведене одредбе долази до закључка да се ово начело примењује само уколико се обавеза уговорних страна састоји у давању. Како је чланом 46. ЗОО прописано да се уговорна обавеза може састојати у давању, чињењу, нечињењу и трпљењу, намеће се да би боља формулација била ”у заснивању узајамно обавезујућих уговора стране полазе од начела једнаке вредности узајамних престација”.²⁰¹

¹⁹⁷ Ј. Салма, 1976, 80

¹⁹⁸ Ј. Салма, 2007, 137

¹⁹⁹ Б. Визнер, 1978, 88

²⁰⁰ Двострани уговори садрже права и обавезе странака. У њих спадају комутативни уговори са једнаким узајамним давањима, лукративни код којих се не претпоставља накнада за оно што се добија и мешовити чије извршење подразумева извесну накнаду. – В. Лукић, 1985, 4

²⁰¹ М. Цветковић, 2008, 190

О томе да ли се законска норма о начелу једнакости међусобних давања може самостално примењивати постојала су у нашој правној теорији различита мишљења. Ставом 2. члана 15. ЗОО прописано је да се законом одређује у којим случајевима нарушаваће начела једнаких давања повлачи правне последице. Велики број представника домаће правне мисли је сматрао да наведену одредбу треба схватити тако да је на законодавцу да одлучи у којим случајевима и у којој мери се може толерисати несразмера између вредности узајамних давања.²⁰² Како је реч о одредби прилично рестриктивног карактера, тумачење које је превладало је било да се начело еквивалентности примењује само на уговорне односе а правне последице повреде тог начела су одређене само законским правилима о појединим институтима којим се оно штити.²⁰³

Тако је наш цењени аутор, Б.Визнер, истицао да је чланом 15. став 2. ЗОО одређивање правних последица које ће уследити у случају повреде начела еквивалентности узајамних престација препуштено самом закону, односно да судови то начело неће моћи примењивати апстрактно, позивањем на уопштenu одредбу члана 15. ЗОО, већ само позивањем на конкретан законски пропис који предвиђа тачно одређене правне последице за конкретну повреду начела еквиваленције.²⁰⁴

Сасвим супротан је био став Ј. Салме који је сматрао да законске одредбе члана 15. став 1. представљају изричито когентно правило.²⁰⁵ Он је инсистирао да "начело еквивалентности садржано у члану 15. Закона није ни декларација, ни уопштавање без санкција, већ правило, које заједно са другим општим и посебним правилима има своје самостално правно значење, регулативан оквир и карактер."²⁰⁶

Сматрао је да повреду основних начела треба сматрати за повреду јавног поретка. Када се на конкретан случај не могу применити законска правила која се односе на појединачне правне инструменте којим се начело еквивалентности штити, на уговоре којима је повређено начело једнакости узајамних давања се примењује правна последица ништавости.²⁰⁷ До тога се долази применом члана 15. у вези са чланом 10. ЗОО. Предуслов примене ништавости уговора као правне санкције због повреде начела једнакости међусобних давања је да је нееквивалентност узајамних давања посебно изражена и очигледна.²⁰⁸

Чини се да је у једном делу судске праксе прихваћен став о непосредној примени члана 15. ЗОО. Тако се у пресуди Вишег трговинског суда посл. број Пж. 1276/06 од 15.08.2006. године наводи да повериоцу на главни дуг не припада кумулативно право на курсну разлику према уговореној валутној клаузули и на затезну камату по стопи из Закона о висини стопе затезне камате, јер је то противно начелу еквивалентности давања.²⁰⁹

Слично, у решењу Врховног суда Србије посл.број Прев. 110/2002 од 17.4.2002. године одлучено је да уколико обавеза дужника према повериоцу гласи на динарску противвредност одређеног девизног износа, суд ће исту утврдити применом тржишног,

²⁰² Према: Б. Визнер, 1978, 88

²⁰³ Ј. Салма, 2007, 133

²⁰⁴ Б. Визнер, 1978, 91

²⁰⁵ Ј. Салма, 2007, 133

²⁰⁶ Ј. Салма, 1979, 77

²⁰⁷ *Ibidem.*

²⁰⁸ Ј. Салма, 2007, 133

²⁰⁹ Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 1276/06 од 15.8.2006. године

а не званичног курса. У сваком случају, а сходно одредби члана 15. ЗОО утврдиће се да ли уплаћени девизни износ туженом прерачунат по важећем курсу на дан плаћања представља адекватну вредност динарског дуга тужиоца према туженом. Ово из разлога што је општепозната чињеница да се еквивалентност узајамних давања парничних странака може реално утврдити само применом тржишног, а не званичног девизног курса.²¹⁰

Ми смо ипак ближи Визнеровом схватању, те сматрамо да премда би се могло бранити и супротно становиште, улога основног начела јесте да буде водич за тумачење и примену правила о појединачним институтима уговорног права, те да одражава дух закона и основне поставке на ком он почива. Међутим, појединачни институти имају јасно прописане санкције и наш је став да представницима судске власти не би требало пружити превелику слободу да се користе аналогijом и посредним закључивањем приликом примене санкција, осим кад на то недвосмислено упућује сам закон.

Како су то речито образложили наши цењени аутори С.Перовић и Д.Стојановић: „Задатак је судије да руководећи се еквиваленцијом у конкретном случају установи услове који се траже за поједини правни инструмент, па уколико су се они стекли, да му тај конкретни инструмент послужи као основ пресуђења. Такав закључак произлази не само из општих ставова теорије, већ, пре свега, из текста Закона, према коме учесници при заснивању двостраних уговора само полазе од начела једнаке вредности давања, а Законом се конкретно одређује када ће и у којим случајевима повреда тог начела производити одговарајуће правне последице.“²¹¹

Премда би се на основу текста одредбе члана 15. ЗОО могао извести закључак да се захтев за еквивалентношћу примењује само на двострано обавезне уговоре, из осталих одредби ЗОО произлази да се очекивање еквивалентности протеже и на вануговорне изворе облигација.²¹²

Постоје, међутим, и изузеци од примене начела једнакости узајамних давања. Оно се, јасно, не примењује на добротине нити на алеаторне уговоре.²¹³ Код добротиних уговора могло би се аргументовати да поклонодавац ”добија” задовољство због учињеног поклона,²¹⁴ међутим јасно је да се духовне и материјалне вредности не могу упоређивати. Код алеаторних уговора пак није познато ко је поверилац а ко дужник, или пак врста, количина или квалитет чинидбе. Код таквих уговора обе стране прибављају себи наду за постизање неке имовинске користи, са или без наканде.²¹⁵ Због неизвесности која им је инхерентна, на такве уговоре се не примењује начело једнаких давања.²¹⁶

Приближна једнакост вредности узајамних престација не захтева се ни када је ствар купљена на јавној продаји или да је за њу плаћена виша цена из особите наклоности (афекциона цена).²¹⁷ Сличан пример су и аукције на којима се цена формира тако што се заинтересована лица надмећу.²¹⁸

²¹⁰ Решење Врховног суда Србије, Прев. 110/2002 од 17.4.2002. године

²¹¹ Ово схватање подржао је и професор С. Перовић. – С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 33

²¹² Ј. Салма, 2007, 133

²¹³ Б. Визнер, 1978, 89

²¹⁴ Ж. Ђорђевић, 1958, 51-52

²¹⁵ Мирса Мијачић, *Облигациони уговори*, Београд, 1990, 174

²¹⁶ М. Цветковић, 2008, 196

²¹⁷ Видети члан 139. став 5. ЗОО.

²¹⁸ Д. Николић, 2017, 132

Стога се у нашој литератури истиче да се начело еквивалентности примењује само код оних двостраних уговора који могу пуноважно егзистирати само ако су међусобне обавезе странака приближно једнаке вредности. У питању су уговори чије закључивање је врло учестало и који представљају главна средства правне регулације промета роба и услуга у системима тржишне привреде.²¹⁹ Примери би били уговор о купопродаји, уговор о закупу и уговор о делу.²²⁰

2.4.2.2. Општи институти облигационог права којим се штити начело еквиваленције

Закон о облигационим односима предвиђа и институте примене начела еквиваленције. Може се рећи да је на тај начин слобода уговарања странака омеђена законским оквирима. Конкретни инструменти заштите начела узајамних давања предвиђени Законом о облигационим односима су одговорност за правне недостатке, одговорност за материјалне недостатке, прекомерно оштећење, зеленашки уговор и промењене околности.²²¹

Поједини домаћи аутори истичу да треба правити разлику између „објективне еквиваленције“ престација уговорних страна која се ослања на приближну једнакост вредности узајамних давања и „субјективне еквиваленције“ која се огледа у томе што свака страна види у чинидби друге стране задовољење свог интереса.²²² Субјективна еквиваленција се, према томе ослања на процену самих уговорних страна да ли је оно што примају приближно једнако оном што они дају или чине.

Субјективна еквивалентност може постојати и код добротних уговора, код којих иако поклонодавац не добија противчинидбу, еквиваленција се успоставља у његовом задовољству због учињеног поклона. Предности субјективно схваћене еквиваленције се огледају и у томе што странке у уговору у коме објективно постоји нееквивалентност неће користити средства заштите ако су задовољне истим. У теорији се истиче да је одговорност уговарача да утврде одговара ли вредност њихове престације престацији друге уговорне стране.²²³

Док се објективна еквиваленција престација штити низом правних инструмената, заштита субјективне еквиваленције се, истичу ови аутори, пре свега остварује правилима о промењеним околностима. Теорије које наводе „отпадања сврхе уговора“ као разлог за оправданост примене клаузуле *rebus sic stantibus* у свом средишту имају управо нарушену субјективну еквивалентност престација.²²⁴

Ми ћемо овде само кратко напоменути да без обзира на то што је начињено теоријско разликовање између објективне и субјективне еквивалентности, у пракси је правнорелевантно само постојање објективне еквивалентности. Није на суду да заштити осећај еквивалентности код уговорне стране, већ да очува приближну једнакост узајамних давања у уговору, која је објективно утврдива упоређивањем вредности

²¹⁹ Марко Перовић, *Правне последице зеленашког уговора*, Правни живот, 2013, број 10, 710

²²⁰ М. Цветковић, 2008, 195

²²¹ О. Антић, 2008, 47

²²² Радмила Ковачевић Куштримовић, *Клаузула rebus sic stantibus према Закону о облигационим односима*, Зборник радова правног факултета у Нишу, 1979, 292

²²³ М. Цветковић, 2008, 191

²²⁴ Р. Ковачевић Куштримовић, 1979, 292

престација. Такође, подсетићемо да пружање правне заштите начелу еквивалентности не наступа аутоматски, већ је потребна одговарајућа активност уговорне стране која се сматра оштећеном. Без обзира на постојање објективне нееквивалентности, потребно је да постоји и субјективна у виду незадовољства једне уговорне стране односом престација, односно осећај да њени интереси нису уговором на одговарајући начин задовољени. У супротном, она не би тражила правну заштиту.

Када је реч о санкцији, постоји опште правило, које гласи да је уговор који је закључен противно овом начелу ништав. Међутим, да би се ово правило применило, нужно је да је нееквивалентност престација посебно изражена и очигледна.²²⁵ Уколико то није случај Закон предвиђа и друге, специфичне санкције,²²⁶ које се разликују у зависности од тога на који начин уговор вређа начело еквивалентности. Поред тога, посебна правила се примењују кад су у питању вануговорне облигације.

Поред наведених општих, ЗОО познаје и појединачне одредбе којим се штити начело еквивалентности међусобних престација уговорних страна.²²⁷

2.5. ПРАВНА ПРИРОДА НАЧЕЛА ЕКВИВАЛЕНТНОСТИ

У правној теорији је једно време било спорно да ли је начело еквивалентности чисто економски, или је и правни принцип. Заступници првог схватања су у нормама којим се ово начело штити видели "декларативан нормативан покушај", док су њихови опоненти сматрали да је реч о правилима која имају регулативан карактер.²²⁸

²²⁵ Ј. Салма, 2007, 135

²²⁶ На пример, уколико је реч о случајевима где се примењују правила о прекомерном оштећењу или правила о промењеним околностима. – Ј. Салма, 2007, 133

²²⁷ Код уговора о комисиону, трговинском заступању као и у уговору о посредовању, закон предвиђа могућност да суд смањи уговорену накнаду уколико је несразмерно висока. Чланом 274. истог закона предвиђено је да ће суд, на захтев дужника, смањити износ уговорне казне уколико нађе да је иста несразмерно висока с обзиром на вредност и значај уговорне обавезе. Интересантна је у овом контексту и законска одредба члана 275. ЗОО-а која предвиђа да поверилац има право да захтева уговорну казну и када њен износ премашује штету коју је претрпео, као и у ситуацијама када није претрпео никакву штету. Ставом 2. истог члана је предвиђено да у ситуацији да је штета коју је поверилац претрпео већа од уговорне казне, он има право захтевати разлику до потпуне накнаде штете. Начело еквивалентности је изражено и у правилима по којима није дозвољено да износ које су странке унапред уговориле као максимални износ накнаде штете буде у очигледној несразмери са штетом која је заправо настала. Тако члан 870 став 2. ЗОО прописује да је код уговора о организовању путовања пуноважна уговорна одредба којом се унапред одређује највиши износ накнаде у случају одговорности организатора путовања, под условом да она није у очигледној несразмери са штетом. Ставом 3. истог члана прописано је да наведено ограничење износа накнаде није важеће у случају да је организатор штету узроковао намерно или крајњом непажњом. Следећи исту идеју, члан 733. ЗОО предвиђа да износ накнаде штете који је складиштар дужан да плати због пропасти, умањења или оштећења робе за време од њеног пријема до предаје не може да пређе стварну вредност робе, сем ако је штету проузроковао намерно или крајњом непажњом. Заштита начела еквивалентности је присутна и у правилима о одређивању цене код купопродаје, те одредбама о клизној скали, као и о немогућности испуњења обавезе. У том контексту видети: Попов Даница, *Заштитне клаузуле са посебним освртом на уговор о купопродаји инвестиционе опреме*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1985, 209-233 и Милорад Тешић, *Клаузула ревизије цене у међународним трговачким уговорима – клизна скала*, Београд, 1983, 96-103

²²⁸ Према: Ј. Салма, 1979, 69

У складу са наведеним, разликују се и два концепта заштите еквивалентности, односно два правца развоја појма еквивалентности у правној доктрини: економско – етички и нормативни.²²⁹

Заговорници економско – етичког концепта заштите једнакости узајамних давања у уговорном праву истицали су да је суштина начела једнакости узајамних давања чисто економска. Они су сматрали да нема потребе за законским регулисањем начела једнакости узајамних давања, јер ће се имовинска равнотежа у промету остварити простим деловањем закона тржишта, односно на основу вредности престације и закона понуде и тражње.²³⁰ Правни аутори који правила о еквиваленцији виде кроз економску призму сматрају да се нарушавање имовинске равнотеже уговора превасходно тиче уговорних страна, а само у изузетним случајевима може да се утиче и на друштвени поредак.²³¹

Овакво схватање појма начела еквиваленције је типично за грађанске кодификације 19. века, у којима је доминантно начело аутономије воље. Основни циљ је био да се обезбеди несметано одвијање трговине, због чега је домен примене појединачних правних средстава којим се штитила једнакост узајамних давања, у случају да их је цивилни кодекс регулисао, био максимално сужен.²³² Исто је важило и за интензитет предвиђених санкција.²³³ У домаћем праву економско етичко – схватање је било заступљено у законима о промету друштвених средстава,²³⁴ али и у Нацрту закона о облигацијама и уговорима.²³⁵

Премда се на овај начин поновно успостављање нарушене уговорне равнотеже препуштало економским законитостима, такво (не)регулисање начела еквиваленције је за последицу врло често имало то да је економски слабија уговорна страна „извлачила дебљи крај“, тј. била оштећена уговором.²³⁶

²²⁹ J. Салма, 1977, 273

²³⁰ Другим речима, аутори који прихватају економски принцип начела једнакости узајамних давања суштински оспоравају премису да појам еквивалентности представља правну категорију, истичући истовремено да он своје дејство испољава искључиво на макро-или микроекономском плану. На макроекономском плану, еквивалентност узајамних престација се посматрала на нивоу укупне суме размњених вредности у уговорима, дакле на заједничком а никако на индивидуалном нивоу. Дакле, сматрало се да ће се постојећа нееквивалентност у појединачним случајевима услед деловања економских законитости изједначити на скупном, збирном, односно макроплану. Стога законодавац није пружао никакве инструменте заштите уговорној страни која је оштећена уговором, већ је препуштао тржишту да успостави равнотежу, али у тоталном збиру вредности престација уговорних страна. На микроекономском плану, са друге стране, полазило се од тога да је сасвим оправдан интерес сваког уговарача да за своју престацију добије што вреднију контрапрестацију. - J. Салма, 1979, 70-73

²³¹ Према: J. Салма, 1977, 273

²³² У том контексту видети члан 1863. француског Грађанског законика, као и чланове 935. и 936. аустријског Грађанског законика, те члан 559. Српског грађанског законика.

²³³ J. Салма, 1979, 70-72

²³⁴ Када је реч о нашој правној теорији, занимљиво је да не само да се домаћи аутори дуго нису уопште бавили правним аспектима начела еквивалентности, већ се један број и директно супротстављао томе да се појам еквивалентности уведе у домаће облигационо право, сматрајући да он припада економској доктрини. - Šmalcelj Želimir, *Djelovanje volje stranaka kod obvezno-pravnih ugovora*, Naša zakonitost, 1973, broj 1-2, 31

²³⁵ J. Салма, 1977, 274

²³⁶ Управо је Маркс био први који је упозорио да се под плаштом слободне иницијативе и аутономије воље уговорних страна скрива подржавање грубог кршења једнакости узајамних давања. Он је истицао да је потпуна еквивалентност у економском смислу речи пре случајна појава него правило, будући условљена стицајем низа околности, претежно економске природе. - Карл Маркс, *Капитал*, Београд, 1948, 136-143

Противници економско - етичког схватања, сматрали су да принцип еквивалентности представља правило јавног поретка али истовремено и законску норму којом се штити уговорна страна која је евентуално оштећена предметним уговором,²³⁷ односно сама равнотежа уговорних давања. Захтев за еквиваленцијом престација у уговорном праву не треба истовремено представљати и захтев за потпуном једнакошћу узајамних давања или чинидби.²³⁸ Дакле, треба захтевати само начелан склад између престација уговорних страна, а не њихову истоветност. Дозвољена су одступања од апсолутне једнакости престација у већој или у мањој мери, али она ни у ком случају не смеју бити „прекомерна“. ²³⁹ Тиме се, за разлику од захтева за апсолутном еквивалентношћу престација, омогућава очување слободе уговарања.²⁴⁰

Заступници нормативног приступа акценат су стављали на корективну улогу правила о једнакости узајамних давања. Јасно је да су услед дејства различитих економских фактора, уговори неретко били неправични а неједнакост престација прекомерна. У складу са нормативним концептом еквивалентности, управо је функција права да пружи оштећеној уговорној страни одговарајући механизам заштите "у односу на стихијско деловање извесних економских законитости у појединачним актима размене".²⁴¹

Када је реч о нормативном посматрању појма еквивалентности, у правној теорији се могу приметити два основна правца. Развитак првог принципа, објективне природе, везује се за француску теорију 20-тих година прошлог века. Његова суштина се огледа у идеји социјализације и друштвене интервенције када односи уговорних страна нису у складу са начелом правичности.²⁴² Други принцип, субјективне природе, био је

²³⁷ Јожеф Салма, *Прекомерно оштећење у облигационоправним уговорима*, 1976, 43

²³⁸ Ж. Ђорђевић, 1958, 97

²³⁹ Ј. Салма, 1977, 273

²⁴⁰ *Ibidem*, 274

²⁴¹ Ј. Салма, 1980, 69

²⁴² Међу француским теоријама, издвојићемо Жак Мауријеву теорију регулације. Овај аутор није посматрао еквивалентност као самосталан правни појам. Начело еквивалентности се, сматрао је он, састоји из економског аспекта који подразумева супротстављање различитих употребних вредности и правног аспекта који подразумева или слободну иницијативу при размени добара, или, када је то нужно, корективне интервенције државне власти. Његова теорија посматра еквивалентност као објективну сразмеру, односно објективан квантитативан однос различитих употребних вредности, из ког произлази употребна вредност (Према: Ж. Ђорђевић, 1958, 18). Мауријеви критичари су пак листом истицали да се мањкавост његове теорије огледа у томе што је он правни садржај еквивалентности посматрао искључиво кроз призму каузе (Према: Ј. Салма, 1979, 74).

доминантан међу представницима немачке²⁴³ и аустријске правне теорије²⁴⁴ средином прошлог века. Он се заснивао на мањкавости свести оштећене уговорне стране о правој вредности престација.²⁴⁵

У Закону о облигационим односима прихваћено је нормативно схватање принципа еквивалентности. Како смо већ навели, чланом 15. ЗОО је децидно прописано да приликом заснивања двостраних уговора странке полазе од начела једнаких давања, те да се законом одређује у којим случајевима нарушавање тог начела повлачи правне последице.

Међутим, у литератури се може наићи на мишљење да формулација по којој странке „полазе“ од начела једнаких давања није довољно јасна. Тако Ј. Салма наглашава да би се на основу употребљених термина могао са пуним правом извести закључак да није реч о когентној норми, већ о моралној обавези странака. Међутим, уколико се прихвати нормативно схватање начела еквивалентности узајамних престација, по којем је повреда имовинске равнотеже у уговору која прелази границу дозвољеног истовремено и повреда јавног поретка, није прихватљиво да норма којом је принцип једнакости давања прописан нема императивни карактер.²⁴⁶ Нама се чини да посматрање наведене обавезе, чак употребом простог језичког тумачења, као моралне обавезе, није сасвим логично. Наиме, није улога законодавца да прописује моралне норме понашања, већ оно што је законска обавеза странака. Стога би се са извесном потешкоћом могло бранити становиште по коме се на основу језичке формулације наведеног члана долази до супротног закључка.

Исти аутор је сматрао, како смо већ навели, да је ипак реч о когентној норми. Према његовом гледишту, упркос томе што члан 15. ЗОО којим је предвиђено опште начело о еквивалентности доиста не садржи директну санкцију за случај да се конкретна повреда једнакости узајамних давања не може подвести ни под једно појединачно правно средство заштите предвиђено законом, уколико применимо члан 15. у вези са чланом 10.

²⁴³ Када је реч о немачким теоријама, подсетићемо да Јеринг еквивалентност посматра као објективну сразмеру између добара која израста из свакодневне размене добара различите употребне вредности (Према: М. Цветковић, 2008, 191). Његово схватање спада у ред објективних схватања еквивалентности и он се чак залаже за извесну меру државног интервенционизма у овом погледу из које би произашла регулисана сразмера која има карактер објективне једнакости узајамних давања (Према: Ж.С. Ђорђевић, 1958, 18). Насупрот томе, Фикеншер подсећа да је дужник обавезан водити рачуна о извесним чињеницама од утицаја при одређивању вредности престација. Треба имати у виду не само објективни основ правног посла, већ и евентуално постојање заблуде о стању вредности на тржишту, уколико је реч о заблуди таквог карактера да погрешну представу о томе није имао само дужник, већ и поверилац и већа група људи (Wolfgang Fikentscher, *Schuldrecht*, Berlin-New York, 1976,19). Маркс такође своје схватање о еквивалентности везује за вредност престација. Међутим, он није ни покушао да прилагоди своја схватања комплексности одређивања вредности у стварном животу, већ је поједноставио стварност тако да је уподоби свом схватању. Стога је еквивалентност покушао да објасни путем вредности производа, али схваћену као прости збир радних сати утрошених приликом производње. То је и главна замерка његовом схватању овог појма. (Према: Ж. Ђорђевић, 1958, 19)

²⁴⁴ Ларенц сматра да је еквивалентност суштински једна околност поверења на којој се заснивају облигације, док се ово начело у једном делу швајцарске правне теорије своди на тачност означања цене. - Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, München, 1976, para.21

²⁴⁵ Критичари субјективних теорија о појму еквивалентности су истицали да такав приступ подразумева сужавање регулативног аспекта еквивалентности на правне фигуре у којима доминира субјективан елемент, чиме се поново подрива самосталност овог начела као правне категорије. На тај начин се инсистирањем на субјективном елементу губи битан моменат објективног карактера који се огледа у суштинској једнакости странака. О томе више видети у: Karl Spiro, *Die unrichtige Beurkundung des Preises bei Grundstückskauf: eine zivilistische Studie*, Basel, 1964

²⁴⁶ Ј. Салма, 1977, 274

ЗОО којим се предвиђа на општи начин санкција за прекорачење слободе уговарања, поменути уговори би били ништави. Стога је његов закључак да "иако се формулацији овог начела прихваћеног у Закону могу упутити и извесне критичке примедбе, чини се да у целини узев представља корак напред у повећању регулативне улоге облигационог права."²⁴⁷

Оваквим схватањем Ј. Салма је одступао од мишљења већег дела домаће правне теорије која је, како смо већ навели, заузела став да формулација члана 15. ЗОО представља једну општу одредбу која се не може непосредно применити, већ је конкретизована законским прописима о појединачним инструментима заштите једнакости узајамних давања. Исто тако се доима да је преовладао став да, с обзиром да наведеним чланом није прописана генерална санкција за повреду начела еквивалентности, у сваком случају треба применити ону правну санкцију коју ЗОО прописује за конкретну повреду равнотеже вредности узајамних давања у одредбама којим су регулисани појединачни правни институти који се у конкретном случају могу применити.²⁴⁸

Нама се чини да је законска формулација прилично јасна, а и у судској пракси се нису јавиле значајније нејасноће приликом примене ове одредбе које би поткрепила сумњичавост раније домаће теорије када је реч о њеној адекватности. Наиме, домаћи судови су се ретко позивали на општу одредбу предвиђену чланом 15. ЗОО и пресуде су доношене позивањем на оне чланове којим су регулисани појединачни институти којим се штити једнакост узајамних давања уговорних страна. Сагласни смо са њиховим схватањем јер сматрамо да је реч о одредби која нема непосредно прописану санкцију, те да је у овом контексту нужна примена оних санкција које су законом предвиђене када је реч о појединачним институтима заштите једнакости давања уговорних страна.

²⁴⁷ Ј. Салма, 1979, 75-76

²⁴⁸ Б. Визнер, 1978, 91

3. ЗНАЧАЈ ОЧИГЛЕДНЕ НЕСРАЗМЕРЕ КАО ПРАВНОГ СТАНДАРДА КОЈИМ СЕ ШТИТИ НАЧЕЛО ЕКВИВАЛЕНЦИЈЕ У УГОВОРНОМ ПРАВУ

3.1. ЗНАЧАЈ НАЧЕЛА ЕКВИВАЛЕНЦИЈЕ У УГОВОРНОМ ПРАВУ

3.1.1. Захтев за приближно једнаким престајама као један од принципа на којим почива целокупно уговорно право

Јасно је да је српски законодавац сврставши начело еквивалентности узајамних престаја уговорних страна међу основна начела уговорног права имао намеру да нагласи његов значај. Тиме га је поставио на ранг једног од основних принципа, који треба имати у виду приликом примене сваког појединачног института облигационог права.

Значај еквивалентности описује и М. Цветковић, истичући да се проблем еквивалентности јавља приликом сваке размене добара и услуга. Како је уговор правичан инструмент у размени добара и услуга, значај еквивалентности у уговорном праву је несумњив.²⁴⁹

У домаћој теорији се даље истиче да је реч о „једном изузетно значајном принципу чија је законска афирмација прекинула вековну доминацију логике трговачког принципа у облигационим односима.“²⁵⁰

Наиме, познато је да су се кроз историју економски моћнији уговарачи, као и представници буржоазије, ватрено залагали за очување принципа аутономије воље, који је подразумевао да је „уговор закон за уговорне стране“, односно да се оно што је уговорено мора и извршити, осим у случајевима када је у складу са законом прецизно прописаним условима предметни уговор ништав.²⁵¹ При томе се није узимало у обзир да ли су престаје уговорних страна приближно једнаке вредности, нити из којих је разлога једна уговорна страна пристала на уговор којим је очигледно оштећена. Узимало се да су оба уговарача имала могућност да уговор не закључе и да су слободном вољом на исти пристали. Правни теоретичари су листом истицали да би правни поредак био озбиљно угрожен уколико би се дозволило да се уговор накнадно ревидира или поништи позивањем на то да су престаје уговорних страна евидентно несразмерне, а склопљени уговор неправичан.

Сматрало се да ако сте издејствовали закључење таквог уговора на основу ког за своју чинидбу ниже вредности примате противчинидбу више вредности, то само говори

²⁴⁹ М. Цветковић, 2008, 191

²⁵⁰ Ј. Салма, *Обележја појма и правних последица начела еквивалентности према Закону о облигационим односима*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, посебна свеска са саветовања о примени Закона о облигационим односима, Закона о ауторском праву и Закона о извршном поступку, 1979, 67

²⁵¹ Услови за апсолутну ништавост уговора су да је њиме повређен јавни поредак, принудни прописи или пак добри обичаји, док су релативно ништави односно рушљиви они уговори при чијем закључењу је постојала нека од законом одређених мана воље. – Члан 103. и 111. ЗОО.

о вашем трговачком умећу.²⁵² Чињеница да се на тај начин неретко отварао пут злоупотребима и искоришћавању незнања, лакомислености, неискуства или уопште стања оскудице или нужде друге стране није сматрана релевантном. Исто је важило за случај када се услед непредвидивих и нескривљених околности вредност престација у време извршавања уговора у тој мери промени, да уговор више нема исту сврху као раније и његово испуњење представља очигледну неправду за једну уговорну страну, која на дејство таквих околности није рачунала, нити је била дужна да рачуна. Сматрало се да су све ове околности напосто део пословног и уговорног ризика.

Уздизањем начела еквивалентности на ниво једног од основних принципа уговорног права одлучно и недвосмислено се стало на пут оправдавању и озакоњивању стицања несразмерне и неправичне имовинске користи путем уговора.

Како је то врло елоквентно објаснио Ј. Салма, „уградњом овог начела у све поре нашег облигационог права, заједно са другим правилима, извршена је и једна коренита промена облигационог права као гране права, промена која га је, чини се, лишила екстремних рубова остатака старих догми о аутономији воље (схваћеног у смислу потпуног индивидуализма у домену диспозиције воље) под чијим прокламацијама се сакривао грубо схваћени трговачки интерес и логика добити без сразмерно уложеног рада.“²⁵³

Постојала су мишљења да је вишевековно инсистирање на поштовању начела *pacta sunt servanda* за последицу имало извесно занемаривање и недовољно изучавање, као и селективну примену појединачних правила и правних института којима се штитила еквиваленција давања обвезника у облигационим односима.²⁵⁴ Чињеница је да је са француским Грађанским закоником започео тренд било апсолутног нерегулисања института заштите начела једнакости, било његовог парцијалног и ограниченог регулисања, са врло суженим доменом примене.

Тој се пракси стало на пут онда када је начело једнакости узајамних давања промовисано не само као пуки збир раније постојећих одредби о еквивалентности већ као правни принцип који прожима целокупно облигационо право.

Начело једнакости узајамног давања је важно из још једног разлога – њиме се успоставља граница дозвољеног одступања вредности престација уговорних страна.²⁵⁵ Одступање које спада у оквир онога што је у зони слободног располагања уговорних страна неће бити санкционисано. Законодавац је управо у одредбама којим се регулише начело еквивалентности и институти којима се оно штити поставио демаркациону границу између дозвољеног и недозвољеног одступања када је реч о вредностима узајамних давања уговорних страна.

На тај начин начело еквивалентности у уговорном праву остварује и веома значајну регулаторну функцију. Наиме, премда би било илузорно очекивати да право анулира дејство економских законитости, нарочито када је реч о укупној размени на нивоу једног друштва, у појединачним случајевима начело једнакости узајамних престација "пружа једно сасвим актуелно, употребљиво средство да се појединац обрати суду да отклони уговорну неправду, неправичан, нееквивалентан однос и онда, када нису

²⁵² В. Лукић, 1985, 4

²⁵³ Ј. Салма, 1979, 68

²⁵⁴ *Ibidem*.

²⁵⁵ *Ibidem*, 69

испуњени услови за коришћење других, појединачних средстава заштите еквивалентности давања."²⁵⁶

Другим речима, законским регулисањем овог начела успоставља се општи оквир заштите оштећене уговорне стране и својеврсно упутство судској власти о начину примене и тумачења одредби које се везују за једнакост узајамних давања и вредност престација уговорних страна. Како то Ђорђевић примећује, ”прогонећи одступање од законом утврђене сразмере, делатност овлашћених органа, првенствено суда, своди се на улогу чувара принудно одређене сразмере између добара која има значај објективне еквивалентности.”²⁵⁷

Закључак јесте да се стављањем начела једнакости узајамних давања у ранг основних начела истиче нормативни аспект истог и пружа већа заштита оштећеној уговорној страни. Такође, успоставља се обавеза судова да реагују на адекватан начин у случајевима када је ово начело нарушено, односно када несразмера уговорних престација пређе меру која се у складу са законским одредбама и критеријумима које у недостатку истих успоставила судска пракса толерише.

3.1.2. Однос начела еквивалентности и других правних начела уговорног права

Уговорно право почива на читавом сплету основних начела, која својим адресатима пружају упутства о начину на који се одредбе уговорног права имају тумачити и примењивати. Како би се у потпуности разумео значај начела једнакости узајамних давања, а у светлу њихове повезаности и неретко међусобне условљености, нужно је анализирати однос начела једнакости узајамних давања са осталим класичним начелима облигационог права. С обзиром на блиску везу између начела еквивалентности и читавог низа других начела, попут начела правичности, савесности и поштења, аутономије воље, те забране злоупотребе права и забране проузроковања штете,²⁵⁸ као и на блиску повезаност са другим, појединачним правилима којим се штити једнакост узајамних давања, није изненађење што је ово начело у домаћој теорији окарактерисано као „једно начело које носи са собом обележја начела облигационог права као целине.”²⁵⁹

Поред тога, повезивањем начела еквивалентности са другим општим начелима ЗОО домен његове примене знатно се проширује у односу на опсег који би имао када би се стриктно држало граматичког и језичког тумачења законских норма.²⁶⁰

3.1.2.1. Начело еквивалентности и начело правичности

Начело еквивалентности је уско повезано са начелом правичности²⁶¹, које подразумева захтев да законски и други правни акти буду „у сагласности са правдом“.²⁶²

²⁵⁶ Ј. Салма, 1979, 75

²⁵⁷ Ж. Ђорђевић, 1958, 58

²⁵⁸ *Ibidem*, 80

²⁵⁹ Ј. Салма, 1979, 68

²⁶⁰ *Ibidem*.

²⁶¹ Б. Визнер, 1978, 88

²⁶² Јелена Даниловић, *Правичност као показатељ при одређивању и одмеравању облигационих односа и нацрт будућег Закона о облигацијама и уговорима*, Зборник радова, 1970, 358

Још је Платон сматрао да правичност подразумева усклађивање понашања са идејом доброг, која је по природи усађена у човекову душу, те да би закони морали бити у складу са тим природним законом.²⁶³ О значају начела правичности говори и чињеница да се у буржоаским правним системима чак говорило да „ко каже уговор, каже правичност“.²⁶⁴

Иако међу правним филозофима има оних који правду виде као непромењиву, вечиту категорију, неспорно је да су се схватања о томе шта је праведно мењала кроз историју, али и у оквиру једног друштва.²⁶⁵ Другим речима, она су варијирала у времену, али и у простору.²⁶⁶

Тако су у античкој Грчкој схватања праведности еволуирала од митолошких и религиозних почетака, преко схватања правде као универзалног принципа реда и равнотеже какав постоји и у природи, до Платоновог схватања правде као врхунске врлине која треба бити основ устројства идеалне државе.²⁶⁷

Према бројна и разноврсна, теоријска разматрања о појму правде суштински би се могла изразити кроз Аристотелову дефиницију по којој је праведно поступати једнако са једнаким стварима (комутативна правда), а неједнако са неједнаким (дистрибутивна правда).²⁶⁸ Аристотел је комутативну правду посматрао како са спољашњег аспекта размене добара, али и са унутрашњег аспекта пропорције извесних чинилаца на основу којих се одређује вредност ствари које се размењују.²⁶⁹ Суштински, она не подразумева нужно савршену једнакост приликом размене добара, али зато захтева кориговање оних неједнакости које се могу лако избећи.²⁷⁰

²⁶³ Према: М. Сич, *Савесност и поштење у раној антици - корени римског принципа bona fides*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1996, број 1-3, 199

²⁶⁴ М. Живковић, 2006, 24

²⁶⁵ Ж. Ђорђевић, 1958, 32

²⁶⁶ Д. Николић, 2017, 111

²⁶⁷ Dragan Babić, *Pravednost, pravičnost i pravo*, Правни вјесник, 1987, број 3, 151

²⁶⁸ Аристотел је *правду* дефинисао као непромењив принцип поступања једнако са једнаким стварима и неједнако са неједнаким. Принцип једнаког поступања са једнаким стварима, који се остварује у виду комутативне правде, суштински је принцип еквивалентности, принцип једнакости давања. Принцип неједнаког поступања са неједнаким, односно дистрибутивне правде, суштински представља принцип сразмерности – свако добија онолико колико му припада спрема свог друштвеног положаја, друштвеног доприноса и заслуга, а дужан је да допринесе заједници у складу са својим способностима. Аристотелове дефиниције комутативне и дистрибутивне правде су биле полазна основа за сва даља размишљања на ту тему и до данашњег дана су остале непревазиђене. Исто важи и за Аристотелово схватање о томе да се до сазнања о правди долази тако што се вредности у узајамним односима одмеравају и упоређују. Ове вредности морају бити или једнаке или сразмерне како би се ти односи могли сматрати праведним. – Према: Ј. Даниловић, 1970, 358

²⁶⁹ Према: Ж. Ђорђевић, 1958, 34

²⁷⁰ Према: J. Gordley, 1981, 1611

Дистрибутивну правду је пак посматрао и са аспекта друштвеног положаја људи на основу њихових својстава попут социјалног порекла,²⁷¹ заслуга и учености.²⁷² Наиме, његов став је био да дистрибутивна правда говори о „подели колача“, при чему величина делова које ће појединац да добије зависи од политичког система у коме живи – у демократији свако добија једнак део, док се у аристократијама колач дели по систему „изванредности“.²⁷³

Правда би требало да свој израз добије кроз норме позитивног права и обратно, норме позитивног права би требало да су праведне. Међутим, од настанка класног друштва то није увек био случај.²⁷⁴ Аристотел је сматрао да ако дође до несуклађености писаног закона и правичности, треба пресудити у складу са правдом и правичношћу.²⁷⁵ У складу са тим, по њему је улога правичности да исправи закон онда када је он услед своје уопштености непотпун, односно да коригује неправду која би настала дословном применом законских одредби.²⁷⁶

На овом месту треба напоменути да је каснија теорија начинила разликовање између онога што се назива ”материјална правда” и тзв. ”формалне праведности”. Под ”материјалном правдом” се подразумевала садржинска праведност закона – да ли је одређени позитивноправни акт правичан? Под ”формалном праведношћу” сматрала се усаглашеност поступака оних који право тумаче и примењују са оним што важећи позитивноправни акти прописују. Другим речима, да ли је њихово поступање законито? Поред тога, формална правичност подразумева и једнакост примене.²⁷⁷

Аристотеловим стопама је кренуо Цицерон, који је сматрао да је правичност један од извора права грађана. Сматра се да је за разлику од класичног периода, у периоду републике правичност доиста била извор права и да су судови на овај начин прилагођавали старо цивилно право потребама друштва које је зашло у ново, динамичније доба. Већ у класичном периоду правичност се више није сматрала извором права. Постоје подаци о појединим спорадичним случајевима из тог периода у којима је правичност имала улогу у модификовању неке норме у корист појединаца, најчешће

²⁷¹ Реч је о критеријуму који је подразумевао да се разликују друштвене групе према њиховом положају и статусу у друштвеној хијерархији. У зависности од тога где је и у којој породици рођен, од његове вере, расе, пола, друштвеног статуса и утицаја, сваки појединац припада одређеној друштвеној групи. У складу са правилима дистрибутивне правде, са појединцима унутар једне групе се поступа на једнак начин. За појединце из других група важе различита правила, сходно њиховом друштвеном положају, али су она опет једнака за она унутар конкретне групе. Тако, примера ради, неће се поступати једнако са властелином и сељацима, али се хоће применити иста правила међу припадницима властеле и када је реч о правном регулисању односа међу сељацима као једној групи. – D. Babić, 1987, 152

²⁷² Интересантно је да је називе ”дистрибутивна правда” и ”комутативна правда” заправо први употребио Тома Аквински, вековима након Аристотеловог времена. Иако је Аристотел суштински начинио наведену поделу на две врсте правде, он је за њих користио називе ”геометријска аналогија” и ”аритметичка аналогија”. – Према: Ж. Ђорђевић, 1958, 34

²⁷³ Према: J. Gordley, 1981, 1589

²⁷⁴ Док су у друштвима на нижем ступњу развоја људи сматрале да се ова два појма подударају, са појавом класног друштва долази и до првог несклада између права и правде. Наиме, владајућа класа по правилу креира право на начин који одговара њиховим интересима. Поред тога, у сваком позитивном праву постоје и правне празнине што опет може довести до неправедног исхода. Напослетку, општа норма може бити праведна у огромној већини случајева, али се показати неправедном када се примени на поједине случајеве због конкретних околности тог случаја. – J. Даниловић., 1970, 359

²⁷⁵ Према: М. Сич, 1996, 200

²⁷⁶ Магдолна Сич, *Тумачење права у складу са правичношћу у римском праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2015, број 2, 618

²⁷⁷ D. Babić, 1987, 152-155

слабијег имовног стања, али реч је била о ситним споровима невелике вредности и значаја.²⁷⁸ Римски класични правници на челу са Улпијаном су сматрали да је праведно ”*constans and perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*” односно да се сваком да оно што му по праву припада. Правичност је пак посматрана као остваривање праведности у праву.²⁷⁹

Период владавине Константина Великог и Теодосија Другог представљао је прекретницу у овом погледу. Како је царство било у кризи, доношен је велики број закона, али и забрана и ограничења. Њихову измену у конкретном случају позивањем на начело правичности могао је да допусти једино цар, под условом да процени да то не штети интересима царства. Слично, у Јустинијаново време се сматрало да је једино цар овлашћен да тумачи право у складу са начелом правичности. Ипак, ово начело је коришћено не само приликом стварања норми, већ и приликом њиховог прилагођавања новим околностима у складу са хришћанском идеологијом.²⁸⁰

Правичност је играла значајну улогу и у енглеском праву. Наиме, услед крутости енглеског обичајног права (тзв. *common law*) временом се развила пракса обраћања краљу да реши правне спорове. То је уместо њега чинио канцелар, водећи се својим схватањем правичности. На тај начин је настало тзв. правично право (*law of equity*). Канцеларов суд је временом постао стална правна институција која ствара право у складу са правичношћу.²⁸¹

Интересантно је да поједини аутори сматрају да правда као морална категорија није погодан израз за означавање економских појава, са образложењем да економски односи имају сопствена правила и законитости.²⁸² Нама се чини да се такав став не може прихватити, јер су право и морал уско повезане категорије, као и право и економија уосталом, и правичност представља нит која их спаја на један врло битан начин.

Начело правичности је заступљено у грађанским кодификацијама 19. века. Пример је швајцарски Грађански законик из 1907. године - у члану 1. став 2. прописано је ће ако не постоји законска одредба која се може применити суд донети пресуду према обичајном праву. Уколико пак нема обичаја, пресудиће према правилима које би донео када би био законодавац.²⁸³ Правила о правичности налазимо и у француској, аустријској и немачкој кодификацији грађанског права.²⁸⁴

Правда и правичност су нашли своје место и у Српском грађанском закону.²⁸⁵ Иновативним радом Јована Хацића, на самом почетку ове кодификације налази се члан

²⁷⁸ М. Сич, 2015, 619-622

²⁷⁹ Према: D. Babić, 1987, 156

²⁸⁰ М. Сич, 2015, 628-631

²⁸¹ D. Babić, 1987, 155

²⁸² У домаћој литератури ово је истицао Ж.С. Ђорђевић, позивајући се на ставове Маркса и Енгелса, који су били итекако актуелни у време када је Ђорђевић стварао. – Ж. Ђорђевић, 1958, 36

²⁸³ admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html, приступила 4.6.2019. године

²⁸⁴ Према: D. Babić, 1987, 158

²⁸⁵ Грађански законик за Кнежевину Србију (у даљем тексту:СГЗ) начинио је по угледу на аустријски Грађански законик Јован Хацић, Србин из Војводине, који је био доктор правних наука. Доношењем овог Законика Србија се сврстала у ред европских држава које су међу првима кодификовале грађанско право. Према је Хацићево дело било предмет бројних критика, чија се суштина сводила на схватање да оно представља невешто и често неразумљиво скраћену верзију АГЗ-а, не може му се оспорити извесна оригиналност, нарочито у делу којим је регулисано наследно право. Поред тога, дуготрајност примене овог грађанског кодекса на нашим просторима представља доказ да је њиме ипак извршен значајан допринос домаћој легислатури али и правној науци уопште. – Miloš Stanković, Jose Manuel Gutierrez Celdran, *Ogled o*

којим је прописано да се њене норме заснивају на правди и правници.²⁸⁶ Поред тога, у Законику је читав један одељак под називом „Основне црте правде и правнице“ посвећен управо начелу правичности.²⁸⁷ На тај начин је Хаџић обогатио СГЗ великим бројем нових норми и дао лични печат свом кодификаторском чеду.²⁸⁸

Питање које се, сасвим логично, поставља гласи: *шта чинити уколико позитивно право дође у сукоб са опитом, друштвеном правдом?* У савременој правној теорији се сматра да се у овом случају морају примењивати правила позитивног права, док их законодавац не промени, а у складу са принципом *dura lex, sed lex*.²⁸⁹

То не значи да правичност нема корективну улогу. Правичност се у правној теорији дефинише као „мерило према коме се врши усклађивање позитивног права са владајућим схватањима о правди“.²⁹⁰ Стога је она не само основно начело облигационог права, већ има и значајну улогу приликом тумачења и примене читавог низа појединачних института.

Значајна је такође примена начела правичности када је реч о утврђивању обавезе накнаде штете.²⁹¹ Приликом утврђивања висине накнаде штете, полази се од истог начела, што је илустровано у одредбама чланова 201. и 202. ЗОО.²⁹² Правичност је критеријум одлучивања и код одговорности у случају удеса изазваног моторним возилом у покрету.²⁹³

Поред појединих правила о томе да суд може да снизи накнаду штете ако иста није проузрокована намерно, ни крајњом непажњом, а одговорно лице је слабог имовног

могућности хармонизације европског наследног права кроз анализу најзначајнијих сличности и разлика српског и шпанског наследног права, Harmonius: Journal of Legal and Social Studies in SouthEast Europe, 2013, issue 1, 268 и Сима Аврамовић, *Српски грађански законик (1844) и правни трансплантаци – копија аустријског узора или више од тога?*, Српски грађански законик – 100 година, Београд, 2014, 43-44

²⁸⁶ Члан 2. СГЗ -а (текст Закона од 11. марта 1844. године, са изменама и допунама).

²⁸⁷ Видети чланове 15.-35. СГЗ-а (текст Закона од 11. марта 1844. године, са изменама и допунама).

²⁸⁸ С. Аврамовић, 2014, 22

²⁸⁹ Д. Николић, 2017, 112

²⁹⁰ Ј. Даниловић, 1970, 360

²⁹¹ Тако члан 169. став 1. ЗОО предвиђа да у случају да је штету проузроковало лице које за њу није одговорно а накнада се не може добити од лица које је над њим било дужно да врши надзор, суд може, *кад то правичност захтева*, а нарочито с обзиром на материјално стање штетника и оштећеника, осудити штетника да у потпуности или делимично накнади проузроковану штету. – Подвукао аутор (Д.М.)

²⁹² Одредбама члана 201. ЗОО се регулише круг лица која имају право на правичну новчану накнаду за душевне болове претрпљене у случају смрти неког лица, или његовог тешког инвалидитета, а чланом 202. ЗОО је прописано ко има право на правичну новчану накнаду због претрпљених душевних болова у специјалним, законом предвиђеним случајевима. Наредним ставом истог члана прописано је да уколико је штету проузроковао малолетник способан за расуђивање а који није у стању да је накнади, суд може, *кад то правичност захтева*, а нарочито с обзиром на материјално стање родитеља и оштећеника, обавезати родитеље да накнаде штету, било у целости, било делимично, премда за исту нису криви. - Подвукао аутор (Д.М.)

²⁹³ Наиме, чланом 178. ЗОО је у ставу 3. предвиђено да у случају да удес није скривио ниједан од ималаца моторних возила, они ће одговарати на равне делове, осим ако разлози правичности не захтевају нешто друго. Члан 208. истог закона у свом последњем ставу предвиђа да ће у случају да не може да се утврди удео дужника у штети, на сваког од њих пасти исти део, осим ако правичност захтева да се у конкретном случају другачије одлучи. - Подвукао аутор (Д.М.)

стања те би га плаћање пуног износа довело у оскудицу,²⁹⁴ ово начело је изражено и у бројним законским члановима који се односе на случајеве уговорне одговорности.²⁹⁵

Принцип правичности се примењује и у судској пракси. Судови се руководе овим мерилом приликом оцењивања чињеница и њиховог подвођења под одговарајућу правну норму. Исто важи и за ситуације када је правна норма непрецизна, па судови имају улогу да право тумаче на један знатно креативнији начин.²⁹⁶

Међутим, улога правичности није само да буде критеријум усклађености позитивноправних решења са оним што се у одређеном друштву сматра праведним. Правичност може да буде и извор права, ако судови суде *praeter*, односно *contra legem* – било да их на то упућује нека законска одредба општег карактера,²⁹⁷ било када они сами одлуче да донесу пресуду позивањем на начело правичности. Досадашња пракса је показала да су се судови на такав корак одлучивали углавном уколико је постојао велики раскорак између законских норми и стања у друштву, те друштвених потреба.²⁹⁸ Јасно је да је реч о изузетним ситуацијама које оправдавају такво поступање судова, као и да су такве одлуке предмет врло пажљиве анализе приликом поступка по жалби. Стога су, генерално узевши, како у упоредној, тако и у домаћој судској пракси пресуде врло ретко доношене позивањем искључиво на разлоге правичности.²⁹⁹

Повезаност између начела правичности и начела еквиваленције пре свега постоји јер се суштина начела еквивалентности огледа у захтеву да уговорне стране приликом закључивања уговора постигну договор по коме ће у замену за своју престацију од друге уговорне стране добити приближно једнаку противвредност или противчинидбу. Тешко је замислити захтев који је више у складу са начелом правичности. Са тим је сагласан и велики део како домаће, тако и иностране правне теорије. Тако је, примера ради, чувени холандски правник и филозоф У.Хубер истицао да уговори о купопродаји код којих је уговорена цена „неразумно висока“ нису у складу са начелом правичности.³⁰⁰

Законодавац је приликом конституисања појединих правних инструмената заштите начела једнакости међусобних давања несумњиво имао у виду ту чињеницу. Стога је законско регулисање института прекомерног оштећења, зеленашких уговора, раскид или ревизија уговора због промењених околности, те раскид споразума бог немогућности извршења било инспирисано и мотивисано, *inter alia*, применом начела правичности у уговорном праву.

Начело једнаке вредности узајамних давања истовремено је и ограничено начелом правичности јер се ревизија уговора може захтевати само кад је еквивалентност толико

²⁹⁴ С. Перовић, Д.Стојановић, 1980, 71

²⁹⁵ Видети следеће чланове ЗОО: члан 638. (раскид уговора због повећане цене), члан 761. (висина накнаде код уговора о налогу), члан 783. (висина накнаде код уговора о комисиону), члан 806. (висина награде заступника код уговора о трговинском заступању), члан 143. (ништавост неких одредби општих услова формуларних уговора) и члан 231. (право на накнаду код јавног обећања награде)

²⁹⁶ Д. Николић, 2017, 112

²⁹⁷ Реч је о ситуацији када закон не предвиђа решење за конкретан случај, већ упућује да се настали правни спор реши у складу са овим начелом.

²⁹⁸ Најранији примери овакве праксе постојали су још у римском праву, када су претори покушавали да избегну крутост и формализам римског *ius civile* и у новонастали *ius gentium* увели могућност одлучивања „на основу правичности“. На тај начин су дали судијама много већу слободу и правила *ius gentium*-а учинили еластичнијим и у већој мери прилагодљивим потребама тадашњег друштва. - Ј. Даниловић, 1970, 360

²⁹⁹ *Ibidem*, 363

³⁰⁰ Према: R. Van den Bergh, 2012, 44

поремећена да није допустиво, нити правично, захтевати да такав уговор остане на снази.³⁰¹ Стога се за примену института лезије, али и зеленашког уговора, захтева постојање објективног елемента у виду очигледне несразмере узајамних давања. Дакле, није довољно да су давања уговорних страна несразмерна, већ је потребно да је њихова несразмера прекомерна, очевидна и – неправична. Имајући то у виду, није изненађење што се развој лезионарних, али и лихварских уговора везује за правила о правичној цени, која је требало да одражава реалну, тржишну вредност ствари.

Још једна спона ова два начела представља и могућност раскида односно измене уговора због промењених околности, у корелацији са испуњењем одређених објективних услова. Наиме, одредбом члана 133. ЗОО је као један од услова за примену института промењених околности предвиђено управо то да би „по општем мишљењу било неправично“ одржати уговор у питању на снази. Поред тога, истим чланом је прописано да до примене клаузуле *rebus sic stantibus* неће доћи ако оштећена уговорна страна понуди, а друга пристане, да се одговарајући услови уговора правично измене.

Законодавац је на овом месту децидно предвидео правичност уговорних одредби као услов њиховог опстанка. Оног момента када несразмера узајамних престација постане таква да негира правичност уговорних одредби, може се захтевати да се оне било измене било пониште. Могућност модификације оног што је уговорено условљена је поновним успостављањем правичног односа међусобних давања, што је додатни показатељ нераскидиве повезаности начела еквивалентности и начела правичности када је реч о овом институту.

Веза између ова два начела међутим није ограничена на правне институте заштите принципа еквивалентности. Она је евидентна и у појединачним законским одредбама. Примера ради, идеју да приликом тумачења права треба водити рачуна о правичности такође одражава члан 101. ЗОО у складу са којим нејасне одредбе у теретном уговору треба тумачити у оном смислу којим се остварује правичан однос узајамних давања.³⁰²

Принцип правичности је често мотив за одређено поступање суда којим се штити начело једнакости престација. Тако, када је реч о облигационом праву, судови су у бројним случајевима смањивали утврђени износ уговорне казне, пенала или капаре, водећи се управо начелом правичности, а с обзиром на околности конкретног случаја.³⁰³

Међутим, дешавале су се и такве ситуације у којима се суд водио начелом правичности не само имајући у виду околности конкретног случаја, већ читавог низа случајева у којим се системски и плански грубо нарушавало начело еквиваленције узајамних давања. Као илустрацију ћемо навести ситуацију која се одиграла у Мађарској пре више од пола века. Наиме, у периоду који је непосредно претходио, као и у току Другог светског рата, у овој европској држави су усвојени посебни статuti којим је омогућена национализација јеврејских поседа, без икакве новчане надокнаде. Једина алтернатива власницима таквих поседа је била да продају своје некретнине брзо и будзашто, како би успели да добију барем нешто новца за њих пре него што их држава присвоји. Последишно, тржиште је врло брзо било преплављено некретнинама чији су продавци очајнички покушавали да закључе уговор у што краћем року и без обзира на огромну несразмеру вредности своје престације и цене која је за њу плаћена.

³⁰¹ Р. Ковачевић Куштримовић, 1979, 297

³⁰² С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 22

³⁰³ Према: Ј. Даниловић, 1970, 364

Сасвим очекивано, након што је рат окончан, продавци су тужили купце и захтевали да се утврди ништавост купопродајних уговора закључени у тим условима. При томе су се позивали на Акт број 32 из 1932. године којим су забрањени како зеленашки уговори, тако и сви остали уговори у којима је једна страна искористила тешке неприлике у којим се друга уговорна страна нашла како би стекла очигледно несразмерну корист. Ови случајеви су се нашли пред Куријом, највишом судском инстанцом у Мађарској у то време.³⁰⁴ Курија је заузела правни став по коме купци нису искористили тешке прилике сваког продавца засебно, већ општу ситуацију у којој је било много некретнина у понуди што је за последицу имало да су цене некретнина у читавој држави доживеле велики пад. Коришћење погодности које су се створиле на тржишту не може да се сматра зеленашењем, нити злоупотребом тешког положаја једне уговорне стране.³⁰⁵

Међутим, упркос наведеном правном мишљењу о томе да није реч о лихварским уговорима нити њима сродној злоупотреби, Курија је сматрала да су спорни уговори „толико неправични да нису подобни извршењу.“³⁰⁶ Не сматрајући да постоји правни основ за њихову ништавост, највиши суд у Мађарској тог доба је позивајући се на принцип једнакости узајамних давања изменио уговорену цену тако да одговара тржишној вредности непокретности.

Решење за које се Курија определила је занимљиво из више разлога. Њиме се илуструје и на моћан начин потврђује испреплетеност и повезаност принципа правичности и приближне једнакости узајамних престација. Међутим, ова одлука показује и практичну примењивост ових начела у ситуацији када правни систем не пружа довољну заштиту уговорној страни која је грубо оштећена и то на крајње бескрупулозан, а наизглед сасвим легалан начин. У питању је значајан преседан који је отворио врата широј примени корелације наведених института.

Чини нам се да би и домаћи судови могли да следе наведени принцип када је реч о уговорима које су наши грађани закључили са појединим банкама под врло неповољним условима, о чему ће касније бити речи.

Закључак који се намеће јесте да постоји велика испреплетаност наведена два начела. Ипак, како то Ђорђевић објашњава, домен примене начела еквивалентности у облигационом праву је ужи од домена примене начела правде и правичности. Са друге стране, начело једнакости узајамних давања је и знатно одређеније од начела правичности, које је више подложно интерпретацији. Међутим, по мишљењу овог аутора, највећу разлику представља то што ови појмови имају различита значења – еквивалентност не означава нужно правичност. Она означава само примену истог мерила

³⁰⁴ Након институционалне реформе, Курија је трансформисана у данашњи Врховни суд Мађарске. – А. Menyhard, 2003, 303

³⁰⁵ Морам да приметимо да се резонавање мађарске Курије у овом случају у многоме подудара са раније наведеним резонавањем Цицерона, који је, подсетимо, сматрао да трговци који су у изгладнели Родос први довели жито из Александрије и продали га скупље, не обавестивши становништво да ће ускоро доћи и други бродови са житом, са правног гледишта нису начинили превару, већ су искористили погодности тржишта. Могло би се рећи да је Куријин став у складу са схватањима класичних правника, који су сматрали да несавесно и непоштено поступање није дозвољено, али коришћење погодне тржишне ситуације јесте, а шта се под потоњим сматра, тумачили су врло широко.

³⁰⁶ Према: А. Menyhard, 2003, 303

на стварно неједнаке носиоце робне привреде и елементе који учествују при формирању сразмере између добара. То не значи нужно да ће последице бити правичне.³⁰⁷

Наш је став да начело еквивалентности јесте егзактније и лакше објективно утврдиво него што је то случај са начелом правичности. Правичност је, условно речено, субјективнија категорија јер подразумева и извесну моралну подноту која је обојена схватањима средине. Ипак, не треба занемарити чињеницу да се и схватања о томе шта је еквивалентно, а шта очигледно несразмерно, разликују на различитим просторима и у различитим временским периодима. Исто важи и за схватања о правној релевантности постојања очигледне несразмере у уговорном праву. Домен примене овог начела је сасвим извесно ужи него начела правичности. Међутим, нама се чини да би се начело еквивалентности могло посматрати као један подскуп великог скупа начела правичности – и у том смислу се не слажемо у потпуности са наведеним Ђорђевићевим ставом по коме једнако не значи заправо и правично.

3.1.2.2. *Начело еквивалентности и начело савесности и поштења*

Приликом анализе историјског развоја начела једнакости међусобних давања, нагласили смо његову повезаност са начелом савесности и поштења.³⁰⁸ Реч је о начелу које одражава друштвени морал на правном плану и подразумева обавезу учесника облигационих односа да једни према другима поступају лојално и узајамно се помажу, те да обавесте другу уговорну страну како о свим договорима, тако и о свим чињеницама од значаја.³⁰⁹ Уговор је оквир и подлога за одређивање обзира које налаже савесност и поштење, а однос узајамног поверења који проистиче из овог начела зависи од врсте уговора.³¹⁰ Начело савесности и поштења је по неким ауторима најбитније начело не само облигационог, већ и грађанског права у целини.³¹¹

Испрва морални и религијски принцип који у најраније доба није имао правне санкције, начело савесности и поштења је уведено у римско право под хеленистичким утицајем. На тај начин је успостављен један општи правни систем који је омогућио да се различити правни послови обављају међу народима који су имали различиту културу, обичаје и верска схватања.³¹² На индивидуалном плану, реч је о унутрашњем осећају, моралном ставу о ваљаности понашања конкретног појединца.³¹³

На друштвеном плану, у најранијем периоду су се правила о томе које поступање је *bona fides* везивала за религијска схватања. Тако се у античком Египту, Индији, Месопотамији и другим државама тог доба право преплитало са религијским моралом. У античкој Грчкој је поред религијских, евидентан био и утицај филозофских схватања,

³⁰⁷ Ж. Ђорђевић, 1958, 43

³⁰⁸ Б. Визнер, 1978, 88

³⁰⁹ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 69

³¹⁰ Радмила Ковачевић, *Промењене околности и начело савесности и поштења*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1973, 293

³¹¹ А. Радованов, 2009, 160

³¹² Магдолна Сич, *Fides bona и fides у процесу стварања римског општег права (ius gentium)*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2012, број 1, 157-168

³¹³ М. Сич, 1996, 194

који савесно и поштено понашање доводе у везу са природом, божјим законом, апсолутним добром.³¹⁴

У старом Риму, под поступањем у складу са овим начелом се сматрало да странке држе дату реч и понашају се у складу са оним што су уговориле.³¹⁵ Са развојем нових пословних односа, не само међу грађанима Рима и странцима, већ и међу самим Римљанима, овај принцип је збацио своје религијске окове и постао је правни принцип којим се регулишу обавезе странака у двострано обавезујућим облигацијама.³¹⁶

У правној теорији се такође истиче важност начела савесности и поштења.³¹⁷ В. Ендеман сматра да ово начело указује на моралне основе правног промета, док га К.Кроме дефинише као унутрашњи морални закон.³¹⁸ У домаћој правној теорији је по први пут о начелу савесности и поштења писао Д. Стојановић у својој монографији „Савесност и поштење у промету“, наводећи да се суштина овог начела огледа у томе да је свака странка дужна да се понаша савесно и у зависности од свог понашања очекује исто тако савесно поступање друге стране.³¹⁹ Љ. Милошевић пак истиче да ово начело има извесну моралну садржину, те да странке у облигационом односу имају обавезу помагања, поштења и сарадње.³²⁰

У питању је један општи правни стандард. То значи да је реч о таквом правилу понашања чија садржина није унапред дата, те је одређује суд у сваком конкретном случају. Тако и начело савесности и поштења представља једну бланкетну норму посредством које се на чињенична стања у сваком конкретном случају примењују друга начела са општим важењем у правном поретку, те етичке максиме. Примена овог принципа је условљена претпоставком да се странке већ налазе у једном односу поверења, који не мора нужно да буде уговорне природе, већ може да почива и непосредно на закону.³²¹ Поред тога што успоставља извесне обавезе за уговорне стране, ово начело има примену и приликом тумачења уговора. Такође, њиме се ублажава строг формализам, те се омогућава већа еластичност и адаптивност правног поретка рапидним променама у приватноправној области.³²²

У литератури је прихваћено гледиште по ком се принцип савесности и поштења примењује од момента када су странке фактички започеле преговоре око закључења уговора.³²³ Наиме, моменат отпочињања преговора је истовремено и моменат када је један уговарач ступио у домен утицаја другог и има право да очекује да како његова личност, тако и имовина буду у том домену заштићени од штете. Између уговорних страна је настала специјална правна веза и премда још није доспела примарна обавеза

³¹⁴ *Ibidem*, 196-198

³¹⁵ Jadranka Osrečak, *Poredbenopravni prikaz načela savjesnosti i poštenja*, Zagrebačka pravna revija, 2014, broj 1, 55

³¹⁶ М. Сич, 2012, 174

³¹⁷ Сам термин „савесност и поштење” настао је по узору на немачки термин „*Treu und Glauben*” који означава савесност и поверење. Слични термини се користе и у латинском, француском, италијанском, па и енглеском језику. Како се у свим терминима наглашава вера као битан ако не и кључан елеменат односа уговорних страна, постоји схватање да би израз „савесност и поверење” заправо био подеснији од овог који је тренутно у употреби. – Према: Ј. Осрећак, 2014, 53

³¹⁸ Према: С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 109

³¹⁹ Према: Р. Ковачевић, 1973, 293

³²⁰ Љ. Милошевић, *Облигационо право*, Београд, 1982, 18

³²¹ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 109

³²² Ј. Осрећак, 2014, 53

³²³ Д. Николић, 2017, 376

извршења одређене престације, доспеле су друге, споредне обавезе које подразумевају да странке поступају са повећаном пажњом и обзирима у међусобним односима. У случају повреде ове обавезе, одговорна уговорна страна је дужна да другој накнади насталу штету.³²⁴

Међутим, могуће је да и након окончања уговорног односа и испуњења главних чинидби настану одређене обавезе као резултат постојања одређених околности због којих поштовање начела савесности и поштења захтева да се странке понашају на одређени начин. Пример би била обавеза уговорне стране да се уздржи од таквих радњи којима би другој уговорној страни умањила или сасвим одузела користи стечене уговором.³²⁵ Немачка теорија прихвата гледиште по ком споредне обавезе након окончања уговорног односа настају, између осталог, из обавезе поверења која је резултат примене начела савесности и поштења.³²⁶

У домаћем праву, начело савесности и поштења је почело да се примењује на уговоре у привреди на основу Општих узанси за промет робом из 1954. године.³²⁷ Оно је врло широко прихваћено у нашој судској пракси. Примера ради, Врховни суд Југославије је у свом решењу пословни број Рев.322/66 од 18.1.1967. године нагласио да „не би одговарало начелу поштења у промету и савесности у вршењу послова да се само због недостатка форме тражи повраћај у пређашње стање односа из уговора који је већ реализован вољом странака.“³²⁸

Међутим, примена овог начела изазвала је потешкоће, из разлога што су судови врло уопштено користили термин „савесност и поштење“, не улазећи у објашњење његове суштине, што је за последицу имало тзв. „јуриспруденцију по осећају“. Другим речима, судови су недоследно примењивали начело савесности и поштења, што је за резултат имало правну несигурност. Како се у теорији истиче, да би се избегло да судије позивањем на савесност и поштење „без ближег образложења протуре своју самовољу“, нужно је да суд приликом тумачења и примене овог начела има у виду како опште схватање о правичности, тако и правну свест друштва, те околности конкретног случаја.³²⁹

Законом о облигационим односима је изричито прописано да су у заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа стране дужне да се придржавају начела савесности и поштења.³³⁰ Поред ове опште одредбе, начело савесности се конкретизује и бројним другим одредбама.³³¹ Илустрације ради, навешћемо одредбе члана 30. ЗОО којима је прописано да страна која је водила преговоре без намере да закључи уговор одговара за штету насталу вођењем преговора. Онај ко је водио преговоре са намером закључења уговора, па је неосновано одустао од те намере

³²⁴ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 112

³²⁵ Пример који би се могао десити у пракси односи се на случај када постоји право службености између две суседне парцеле које су у власништву исте особе. Уколико би након купопродаје земљишта стари власник онемогућио новом да приступа својој парцели, или му то знатно отежао, могло би се рећи да је реч о несавесном понашању које другој страни умањује односно одузима користи стечене уговором.

³²⁶ Према: С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 117

³²⁷ Видети узансу број 3. - Опште узансе за промет робом, „Службени лист ФНРЈ“ бр.15/54; у даљем тексту: Опште узансе.

³²⁸ Решење Врховног суда Југославије, Рев.322/66 од 18.1.1967. године

³²⁹ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 108 - 110

³³⁰ Видети члан 12. ЗОО.

³³¹ Пример су одредбе члана 264. (уговорно проширење одговорности), као и члана 816. (опозивање налога за посредовање).

ће такође одговарати за штету коју је проузроковао другој страни.³³² Поред тога, свака уговорна страна ће сносити своје трошкове око припреме закључења уговора, док ће заједничке трошкове сносити на једнаке делове, осим у случају да се другачије споразумеју.³³³

Јасно је да је начело савесности и поштења као једно од основних начела облигационог права врло уско повезано са начелом еквивалентности. Могло би се чак тврдити да је, историјски посматрано, начело савесности и поштења било основно начело чијим надограђивањем је обликовано данашње начело једнакости узајамних давања.

Наиме, начело савесности и поштења води порекло од принципа „*bona fides*“, који је подразумевао поштовање дате речи и лојалност оном што је уговорено.³³⁴ Принцип поступања у доброј вери је био камен темељац на основу ког су у римском праву претори почели са применом правила о правичној цени, односно увели правила по којима давања уговорних страна морају бити приближно једнаке вредности. Правила о правичној цени су нарочит значај имала када је реч о успостављању правног института лезије, али и приликом забране зеленашких уговора.

У модерној правној историји, начело савесности и поштења је имало изузетан значај при конституисању правила о промењеним околностима, као појединачног института заштите начела еквивалентности у уговорном праву. У теоријској разради овог начела најдаље је отишло немачко право.³³⁵ Наиме, 1900. године су у немачки правни систем унете одредбе о понашању уговорних страна у складу са начелом савесности и поштења.³³⁶ Тада је овај принцип уговорног права предвиђен чланом 242. Грађанског законика, који предвиђа да је дужник обавезан да чинидбу тако испуни да то буде у складу са савесношћу и поштењем, те обичајима у промету. Друга одредба која регулише наведено начело је одредба члана 157. истог Законика, којим се предвиђа да уговоре треба тумачити тако као што захтева савесност и поштење, с обзиром на обичаје у промету.³³⁷

Мало више од две деценије касније, у недостатку одговарајућих законодавних одредби, немачки судови су имали задатак да у послератним годинама на неки начин ублаже негативне последице високе инфлације и јаке економске кризе. Стога су након прецедента који је поставио Царски суд 1923. године примењивали правила о промењеним околностима управо позивањем на начело савесности и поштења. Поједини критичари су сматрали да се на тај начин судовима даје превелика улога у креирању правних правила, што се показало тридесетих година двадесетог века када је на основу оваквих, општих одредби уведена нова, национална идеологија. Како би се спречило да

³³² Ово решење је у складу са немачким правним ставом по којем у оваквим случајевима постоји предуговорна одговорност и обавеза плаћања одштете утемељену на *culpa in contrahendo*. – Према: Ј. Осрећак, 2014, 63

³³³ Управо је Јеринг у својој расправи из 1861. године под називом „*Culpa ub contrahendo oder Schaderensatz bei der nichtigen oder nicht zu Perfektion gelangten Verträgen*“ поставио темеље до тада неафирмисаној обавези странака на савесно поступање у предуговорној фази и одговорности за штету насталу њиховим несавесним понашањем. Суштина овог схватања је да основ одговорности лежи у касније закљученом уговору. – Према: С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 113

³³⁴ Ј. Осрећак, 2014, 55

³³⁵ Р. Ковачевић, 1973, 294

³³⁶ Ј. Осрећак, 2014, 59

³³⁷ gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0731, приступила 5.6.2019. године

се такав сценарио понови, а с обзиром на значајну улогу коју судови имају у стварању права у Немачкој, успостављена је забрана судовима да развијају право *contra legem*.³³⁸

У теорији преовладава став да је смисао ове одредбе утврђивање поверилачких права и дужничких обавеза изван онога што је предвиђено уговором, било у виду заснивања одређених допунских обавеза насталих из извесних обзира према сауговорачу,³³⁹ било кроз спречавање повериоца да злоупотреби своја права. Трећа функција овог начела јесте да омогући промену садржине уговора и правног положаја странака како би се предметни уговор прилагодио промењеним околностима.³⁴⁰

У француском праву је начело савесности и поштења такође имало своју улогу. Тако је у члану 1104. француског Грађанског законика децидно предвиђено да се о уговорима мора преговарати у доброј вери, као и да се они морају закључити и извршавати у доброј вери.³⁴¹ Другим речима, успостављена је обавеза да се води рачуна о циљу уговора.³⁴²

Генерално, обавеза успостављена француским Грађанским закоником да се извршавају „*bona fide*“ је првобитно ретко примењивана у пракси.³⁴³ Међутим, обавеза да се приликом тумачења уговора води рачуна о циљу због кога је закључен имала је велики утицај приликом примене клаузуле *rebus sic stantibus* у француској судској пракси, јер је основни аргумент био да је услед наступања неочекиваних околности које странке нису могле предвидети или предупредити дошло до такве промене, такве несразмере у вредности престајања уговорних страна да је то обесмислило извршење уговора. Другим речима, последица таквих догађаја јесте да је уговор изгубио сврху, односно циљ због којег је првобитно закључен, што оправдава његов раскид или правичну измену.

Поред ове, у француској правној теорији 20. века развијене су и две нове доктрине управо ослањањем на начело савесности и поштења: обавеза откривања информација другој уговорној страни, као и обавезе у случају наглог прекида преговора. Према томе, могло би се тврдити да постоји тенденција извесног јачања улоге овог начела у француском правном систему, премда у француској правној теорији а ни судској пракси још увек не постоји консензус по том питању.³⁴⁴

Поступање у складу са начелима савесности и поштења било је прописано и у италијанском, али и правима социјалистичких земаља. Занимљиво је да за разлику од немачког Грађанског законика који предвиђа обавезу савесног понашања искључиво за дужника, швајцарска кодификација грађанског права прописује ту обавезу за обе уговорне стране.³⁴⁵

³³⁸ J. Osrečak, 2014, 59

³³⁹ На пример, обавеза заштите и старања, полагања рачуна и слично. – С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 112

³⁴⁰ *Ibidem*, 111

³⁴¹ trans-lex.org/601101/_french-civil-code-2016/, приступила 5.6.2019. године

³⁴² Пример који се наводи у литератури јесте случај из судске праксе када је један хирург платио оглас да почиње са праксом, а издавач га објавио заједно са огласом погребног предузећа. – С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 114

³⁴³ Према: Р. Ковачевић, 1973, 294

³⁴⁴ J. Osrečak, 2014, 60

³⁴⁵ Видети члан 2. швајцарског Грађанског законика: admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html, приступила 4.6.2019. године.

Поступање у складу са савесношћу и поштењем донекле је присутно и у англосаксонским правним системима.³⁴⁶ Када је реч о енглеском праву, његов утицај је дуго био миноран, са покојим изузетком попут обавезе код уговора о осигурању да обе уговорне стране једна другој открију све информације које се односе на ризик. Ситуација се у том погледу унеколико променила. Модерно енглеско уговорно право води рачуна о начелу савесности и поштења кроз поједине одредбе попут оних о заштити права потрошача и закупаца, те радничких права. Међутим, и даље не можемо говорити да ово начело има значај општег начела јер је приступ за који се енглески законодавац определио партикуларни.³⁴⁷

Када је реч о Сједињеним Америчким Државама, први закон који је предвиђао обавезу поступања у складу са начелом савесност и поштења био је Јединствени трговачки закон који је ступио на снагу шездесетих година двадесетог века. Међутим, наведени закон се није примењивао на све уговоре, већ само на одређене врсте уговора. Тек је збирком правних начела под називом *Restatement of Contracts Second* која је објављена 1981. године успостављена обавеза да се ово начело поштује у свим уговорима. Овај акт је имао значајан утисак на судску праксу, која је све чешће прихватала обавезу поштовања начела савесности и поштења, односно поступања у доброј вери.³⁴⁸

Повезаност ова два основна начела уговорног права такође је евидентна у међународним конвенцијама. Тако се у UNIDROIT Начелима уговорног права наводи да је услов раскида уговора због нееквивалентности престација тај да је на основу конкретног уговора уговарач неоправдано стекао прекомерну корист. Тим актом је предвиђено да је суд овлашћен да на захтев оштећене уговорне стране модификује уговор у складу са „разумним привредним стандардима поштенословања“.³⁴⁹ Слично је решење из Принципа европског уговорног права којим је дозвољена ревизија уговора како би се он ускладио са „начелима добре вере и поштенословања“.³⁵⁰

На овом месту је интересантно поменути да су приликом примене UNIDROIT Начела судови тумачили начело ”добре вере”, односно савесности и поштења на један објективан начин. Тако се у пресуди Међународног арбитражног суда број 9029 из 1998. године наводи да ”начело поступања у доброј вери се више пута помиње у Начелима али се његово значење не цени према међународним стандардима из различитих националних правних система, већ према стандардима међународне пословне праксе”. Даље се прецизира да је реч о објективном тесту, те да уколико странка поступа

³⁴⁶ Генерално можемо говорити о подели система државне регулативе на европски (континентални), англоамерички (англосаксонски) и мешовити. За континентални систем државне регулативе карактеристично је да грађанско право стварају органи законодавне и извршне власти, док код англосаксонских правних система правна правила углавном настају кроз судску праксу. Мешовити правни системи имају, како им само име каже, обележја како праних система континенталног, тако и система англосаксонског типа. У њима постоје закони и други општи акти које доносе органи законодавне и извршне власти, али и највиши судови у земљи имају улогу ствараоца права. – Д. Николић, 2017, 29-32

³⁴⁷ J. Osrečak, 2014, 61

³⁴⁸ Док је пре 1980. године суд у око 350 случајева нашао да странке имају обавезу да поступају у доброј вери, у периоду између 1981. и 1995. године суд је ову обавезу установио у преко 600 случајева. – Према: J. Osrečak, 2014, 62

³⁴⁹ UNIDROIT International Institute for the Unification of private law, 2010, 108

³⁵⁰ jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/1.201.html, приступила 2.9.2016. године.

неразумно и неправично неће бити од утицаја њена тврдња да је искрено веровала да поступа разумно и правично.³⁵¹

У Директиви Европске Уније о неправедним условима уговора закљученим са потрошачима је као један од конститутивних елемената дефиниције неправичне клаузуле то да је реч о уговорној одредби којом се крши начело савесности и поштења. У Директиви се такође наводи да је тај захтев испуњен ако из предметне одредбе произлази значајна несразмера права и обавеза уговорних страна, а на штету потрошача.³⁵² У CESL – у су уговарачи одредбама члана 2. обавезани да приликом склапања уговора воде рачуна о начелима савесности, поштења и поштеног промета, док је чланом 83. као неправична одредба дефинисана она којом се нарушава баланс еквилибријум између престација уговорних страна, а супротно начелима правичности и поштеног промета.³⁵³

Принцип по коме се мора водити рачуна о савесности и поштењу приликом закључивања, али и извршења уговора уско је повезан са принципом једнакости међусобних давања странака и у нашем позитивном праву. Имајући у виду да је један од услова примене института промењених околности који наш закон предвиђа чланом 133. ЗОО тај да би било неправично да се конкретни уговор остави на снази у првобитном облику, према мишљењу Б. Визнера поремећај еквивалентности узајамних давања који је настао услед промењених околности треба кориговати управо применом начела савесности и поштења.³⁵⁴

Тако је начело савесности и поштења уткано у одредбе члана 135. ЗОО којим се предвиђа да је приликом примене правила о промењеним околностима суд дужан да се руководи начелима поштеног промета, водећи рачуна како о циљу уговора, тако и уобичајеном ризику уговора те врсте, те општем и интересу уговорних страна.

У домаћој теорији се истиче да је у овом случају функција начела савесности и поштења да „уговору чија је економија потресена промењеним околностима врати остатак материјалне правичности“.³⁵⁵ Уколико би се остало при првобитном уговору упркос наступању извесних економских или социјалних недаћа, које чине нужним да се приступи преиспитивању уговорног ризика, сам уговор би постао „бесмислен и несношљив“.³⁵⁶

Ово начело се осликава и у одредби члана 136. истог закона којом је уговорним странама пружена могућност да се уговором унапред одрекну позивања на одређене промењене околности, осим ако је то супротно начелу савесности и поштења.

Како то објашњава С. Перовић: „У нормалним приликама у правном промету савесност и поштење у узајамним односима странака учесника се не угрожава, али у периоду криза тај принцип потресају многа нелојална, неморална и некоректна понашања, па је интервенција неопходна да се уговор учини поново разумним инструментом поравнања противречних интереса странака који има своју економију у размени еквивалентних престација.“³⁵⁷

³⁵¹ unilex.info/principles/case/660, приступила 10.6.2019. године

³⁵² Према: Д. Глушац, 2015, 105

³⁵³ eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0635, приступила 3.9.2016. године.

³⁵⁴ Б. Визнер, 1978, 539

³⁵⁵ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 130

³⁵⁶ *Ibidem.*

³⁵⁷ *Ibidem.*

Одредбе о зеленашком уговору и о прекомерном оштећењу не садрже тако експлицитно позивање на примену начела савесности и поштења. Међутим, ако имамо у виду да принцип савесности и поштења подразумева поступање у доброј вери, као и лојално опхођење према другој уговорној страни и информисање сауговорача о свим релевантним чињеницама и догађајима, јасно је да искоришћавање нечијег тешког положаја, лакомислености или неискуства као што је то случај код зеленашког уговора представља грубо кршење такве обавезе. Поред тога, само постојање несразмере узајамних престација у висини која потпада под правни стандард „очигледне несразмере“, код лезионарних и лихварских уговора, сасвим извесно представља кршење обавезе да се при закључивању уговора поступа савесно и поштено.

3.1.2.3. Начело еквивалентности и начело равноправности странака

У правној теорији се истиче и повезаност начела еквивалентности и начела равноправности странака, које је у нашем праву прописано чланом 11.ЗОО. Суштина овог начела јесте у томе да сваки правни субјект може да заснива уговорне односе са другим правним субјектима.³⁵⁸

Као илустрација повезаности наведених начела могу се узети одредбе члана 265. става 2. ЗОО којима је предвиђено да ако оштећена уговорна страна то захтева, суд може да поништи и уговорну одредбу о искључењу одговорности за обичну непажњу, под условом да је такав споразум произашао из монополског положаја дужника или уопште из неравноправног положаја уговорних страна.³⁵⁹ Постојање тзв. доминантног односно монополског положаја утврђује се на основу постојања релевантног тржишта и учешћа на њему. Значајно је да ли постоје одређене препреке да друге компаније уђу на тржиште где једна компанија има високо тржишно учешће.³⁶⁰

Забрана монополског положаја је уско повезана са начелом равноправности странака. Есенција повреде овог начела се огледа управо у коришћењу таквог, повлашћеног положаја за наметање другој уговорној страни неповољних услова приликом закључења уговора. На тај начин се практично користи чињеница да сауговорач нема избора, односно да је приморан да пристане и на неповољне услове ако му је у интересу да уговор буде закључен.

У складу са тим, јасно је да се монополским одредбама уговора вређа и еквиваленција узајамних давања. Како то напомиње С. Шогоров: „У сталној тежњи ка максимизацији профита капиталистичка предузећа непрестано предузимају све ефикасне мере (често и недопуштене) за уништење својих конкурената *ради остваривања несразмерних цена на тржишту* (подвукао аутор Д.М.) на штету потрошача, не базирајући се много на чињеницу да тиме најчешће подривају и саме основе система у оквиру кога делују.“³⁶¹

³⁵⁸ Љ. Милошевић, 1982, 17

³⁵⁹ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 32

³⁶⁰ Јелена Матијашевић Обрадовић, Предраг Мирковић, *Злоупотреба доминантног положаја уз осврт на основне принципе политике конкуренције у ЕУ и Србији*, Право – теорија и пракса, 2018, 19

³⁶¹ Стеван Шогоров, *Начело забране стварања и искоришћавања монополског положаја на јединственом југословенском тржишту и облигациони односи*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1979, број 2, 91

Српски законодавац је тога био итекако свестан, те је у члану 485. став 2. ЗОО предвидео да је одредба о ограничењу или искључењу одговорности за недостатке ствари ништава у случају да је продавац наметнуо ту одредбу користећи свој специјалан монополски положај. Одредбом члана 576. став 2. ЗОО прописано је да је одредба о ограничењу или искључењу уговорне одговорности код уговора о закупу ништава из идентичног разлога. Овде ћемо напоменути да треба имати у виду да су значајне разлике између периода самоуправљања у коме је донесен ЗОО и данашње ситуације, када је Србија једна од капиталистичких држава и има развијену тржишну привреду. Српски законодавац је тога био свестан, те је ову материју регулисао бројним прописима, међу којима је и Закон о заштити конкуренције.³⁶² У складу са овим законом се, између осталог, злоупотребом доминантног положаја сматра непосредно или посредно наметање неправичне куповне или продајне цене или других неправичних услова пословања.³⁶³ Како је већ било речи о уској повезаности између неправичне и несразмерне цене, јасно је да и новије српско законодавство води рачуна о начелу еквивалентности узајамних давања.

3.1.2.4. Начело еквивалентности и начело забране злоупотребе права

Поједини аутори, пак, повезују правила о измени или раскиду уговора, односно о његовом поништају услед постојања очигледне несразмере давања уговорних страна, са правилима о забрани злоупотребе права. Ово начело се обично везује за праксу француских судова, која је донета средином 19. века.³⁶⁴ Сама реч ”злоупотреба” се везује за недопуштено употребе, односно вршења права.³⁶⁵

Начело забране злоупотребе права прописано је чланом 13. ЗОО. Овај члан предвиђа да је забрањено вршење права из облигационих односа супротно циљу због кога је оно законом установљено или признато. Другим речима, да би се установило да ли је дошло до кршења овог начела, кључно је дати одговор на питање да ли се право врши у складу са његовом наменом.³⁶⁶ Свако субјективно право је успостављено са намером да титулар његовим вршењем оствари одређени циљ, а задатак је оног који закон тумачи да утврди да ли је то учињено у конкретном случају. Ако је одговор на то питање одричан, такво поступање не ужива правну заштиту.³⁶⁷

Отуда је у ранијој домаћој теорији заузет став да, услед начина на који је формулисано, начело забране злоупотребе права у нашем праву поред регулаторне добија и нову улогу, која се огледа у каналисању вршења субјективних права према

³⁶² Закон о заштити конкуренције, „Службени гласник РС”, бр. 51/2009 и 95/2013.

³⁶³ Ј. Матијашевић Обрадовић, П. Мирковић, 2018, 22

³⁶⁴ Прва одлука у којој се помиње забрана злоупотребе права је случај Дор против Келера (*Doerr v. Keller*) из 1855. године. Наиме, у овом случају је тужени на свом крову подигао димњак који је био неисправан и није имао никакву другу функцију сем да заклони део тужиоцевог објекта. Иако је поновио да је право својине апсолутно право, суд у колмару је нагласио да оно треба да буде ограничено на то да се њима задовољавају озбиљни и легитимни интереси. Суд је сматрао да у складу са моралом и правичношћу не може да пружи правну заштиту поступцима који су злонамерни и не доносе никакву корист оном ко их предузима али зато наносе знатну штету другој страни. Слично је само годину касније пресудио лионски суд у случају Бадуа против Ондреа (*Badoit v. Andre*). – Према: Д. Николић, 2017, 377

³⁶⁵ Владимир Водинелић, *Такозвана злоупотреба права*, Београд, 1997, 3

³⁶⁶ Љубиша Милошевић, *Социјалистички морал и уговор*, Зборник радова, 1977, 202

³⁶⁷ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 131

друштвеним циљевима који су изражени кроз одговарајуће одредбе устава и закона.³⁶⁸ У новијој литератури се пак истиче да се заправо доктрином о злоупотреби права судовима даје једна корективна улога онда када се субјективно право врши са намером да се другом напакости, при чему не постоји корист власника ствари од наведеног поступања.³⁶⁹

У уговорима у којима постоји прекомерно оштећење, као и у уговорима код којих су се околности услед наступања непредвиђених догађаја толико промениле да је једној страни претерано отежано испуњење њене уговорне обавезе, те у зеленашким уговорима, један уговарач је стекао извесно право – право да захтева испуњење обавезе друге уговорне стране - у складу са законом. Међутим, законодавац вршење тог права не дозвољава, из истих разлога из којих је предвидео и забрану злоупотребе права – напосто, јер је такво понашање супротно начелу савесности и поштења, те начелу правичности.

Управо у томе лежи повезаност са забраном злоупотребе права. Како се то у теорији објашњава: „И начело забране злоупотребе права намеће правним субјектима обавезу лојалног понашања. Онај правни субјект који врши своја права, не сме да вређа права других субјеката.“³⁷⁰ Када је реч о институтима којим се штити начело једнаке вредности међусобних давања, могао би се бранити став по којима се њима истовремено штити и право уговарача да за своју престацију добију контрапрестацију приближно једнаке вредности. Коришћење одређених субјективних елемената на страни оштећеног како би се уговором остварила несразмерно велика корист, или пак инсистирање на испуњењу чинидбе иако би оно услед дејства промењених околности било очигледно неправично или обесмишљено, представља нелојално понашање и вршење права повериоца супротно циљу због кога је оно успостављено. Закључењем уговора којим се вређа начело једнакости међусобних давања и инсистирањем на његовом одржавању на снази у неизмењеном облику, уговарач који је стекао прекомерну корист таквим уговором сасвим извесно не врши своја права у складу са њиховом наменом.

Такође, могло би се тврдити да и код злоупотребе права постоји очигледна несразмера између оног што онај који право врши добија (чак код шиканозног вршења права ни нема никакву корист од истог) и оног што је друга страна дужна да испуни. Другим речима, интерес једног уговарача који се остварује је несразмерно мање вредан од интереса његовог сауговарача, коме се притом шкоди.³⁷¹ У овом контексту је стога интересантно поменути да су од средине 19. века француски судови развијали теорију о прекомерном узнемиравању суседства, којом се ограничава право својине у циљу одржавања правичног баланса између са једне стране потребе да се грађанима пружи одговарајући вид заштите а са друге да се индустрији омогући одговарајући развој и унапређење.

На сличан начин, један од видова злоупотребе права који има додирних тачака са нарушавањем начела еквивалентности јесте и остваривање права при очигледној несразмери супротстављених интереса. Пример би био ситуација када власник земљишта тражи да се сруши кућа јер је малим, тачније незнатним делом, прешла међну линију.³⁷²

³⁶⁸ Љ. Милошевић, 1978, 35

³⁶⁹ Д. Николић, 2017, 378

³⁷⁰ Љ. Милошевић, 1977, 202

³⁷¹ В. Водинелић, 1997, 4

³⁷² Д. Николић, 2017, 378

Несразмерно вршење права би постојало и ако закуподавац захтева да закупац плати високу уговорну казну иако је закупац благовремено испразнио стан, оставивши само неколико ситница. Други примери би били када поверилац одбије да прихвати испуњење дужникове чинидбе иако се ради о незнатном закашњењу или када закупац захтева да закуподавац у складу са уговором постави нову славину на месту које је тачно уговорено, премда ју је потоњи поставио свега неколико центиметара даље.³⁷³

Закључујемо да несразмерно вршење права представља његову злоупотребу. То су ситуације у којима, колоквијално речено, интерес титулара права није толико важан колико је велика штета коју другоме вршењем истог налази. Како то објашњава В. Водинелић: ”Док се у случају бескорисног вршења права право врши без икаквог оправданог интереса, или без иоле значајног, овде се право врши без довољног интереса када се тај интерес упореди са интересом другог лица који трпи од вршења права. Вршење права је претерано због несразмерности између оствариваног интереса и последице по другога – прецизно, због грубе, очигледне, флагрантне диспропорције између вредности оствариваног интереса и тежине последице по другога.³⁷⁴ Димензије шкођења другоме превелике су у поређењу са величином шкођења другоме”. Управо је овај аутор на савршен начин описао испреплетаност забране злоупотребе права и начела еквивалентности, акцентујући очигледну, грубу несразмеру као битан фактор приликом примене оба начела.

3.1.2.5. Начело еквивалентности и заштита моралних вредности друштва

У теорији се често истиче да се начелом једнакости узајамних давања штите и моралне вредности једног друштва, јер се њиме онемогућује међусобна експлоатација уговорних страна у облигационим односима.³⁷⁵ У нашем ранијем законодавству је било и изричито забрањено вршење права које је противно моралу социјалистичког самоуправног друштва.³⁷⁶ Касније су те одредбе брисане, што је у правној теорији критиковано – како то објашњава В. Водинелић, на тај начин је са прљавом водом (социјалистички самоуправни морал) из корита избачено и дете (морал) а правна заштита осиромашена.³⁷⁷

На схватање о заштити морала као основном мотиву прописивања начела једнакости међусобних давања донекле се ослања и гледиште Љ.Милошевића. Он наине сматра да је начело једнакости давања инспирисано моралним начелом награђивања према раду. Истичући да је уложени рад мера свих вредности у друштву, Милошевић сматра очекиваним и природним да рад и његови резултати имају значајну регулаторну функцију и у облигационим односима. У складу са тим, овај аутор види основ начела еквиваленције у начелу забране експлоатације³⁷⁸, јер „не могу се заснивати облигациони односи на експлоатацији туђег рада, на стицању некакве награде без рада и на стицању материјалних вредности без одговарајућег противдавања.“³⁷⁹ Напоменућемо да је

³⁷³ В. Водинелић, 1997, 16

³⁷⁴ Подвукао аутор (Д.М.)

³⁷⁵ Б. Визнер, 1978, 88

³⁷⁶ Видети, примера ради, члан 4. Закона о основама својинскоправних односа („Службени лист СФРЈ”, бр. 6/1980, 36/1990), дакле пре измена из 1996. године.

³⁷⁷ В. Водинелић, 1997, 69-70

³⁷⁸ Љ. Милошевић, 1978, 36

³⁷⁹ Љ. Милошевић, 1977, 203

схватање овог аутора обојено временом у коме је живео, односно социјалистичким идејама о моралу, раду и награди које данас нису толико актуелне ни прихваћене.

Други аутори пак повезују захтев за приближно једнаком вредности престација уговорних страна са покушајем да се стане на пут шпекулативним уговорима.³⁸⁰ Реч је о пословима које карактерише одређено финансијско поступање које подразумева неуобичајено висок степен ризика, али и велику и брзу зараду. Ови послови се најчешће одвијају на слободном тржишту и неретко су на граници морала и етике, па и законитости. Инсистирањем на поштовању начела еквивалентности се спречава извршење таквих уговора. Наведена схватања такође истичу моралну основу начела еквивалентности.

У нашој судској пракси је било случајева да је Врховни суд Југославије сматрао да захтев да се сруши зграда како би се могло приступити зиду који тужиоци не би могли користити за било коју другу сврху при чему предметна грађевина не представља оптерећење које прелази границе дозвољеног није ”поштено вршење права”.³⁸¹ Ту поново видимо везу између сразмерности и моралности поступања. Закон санкционише такво понашање које није сразмерно, а самим тим ни морално.

3.1.2.6. Начело еквивалентности и сигурност правног промета

Додатни разлог због којег се води рачуна о начелу једнакости узајамних давања јесте одржавање мира и социјалне сигурности. Поред тога, у теорији се истиче да би могло имати врло негативне последице на тржиште ако би се уговори у којима је евидентно да вредности престација уговорних страна знатно одступају једна од друге сматрали валидним, јер би се на тај начин на дуже стазе потпуно пореметили природни закони тржишта.³⁸²

Тако Ј.Салма подсећа да би константно угрожавање и вређање начела еквивалентности за последицу имало обезвређивање вредности новца као платежног средства.³⁸³ Циљ разних правних средстава којим се уводи санкција за грубо нарушавање начела еквиваленције јесте управо да се на тај начин изврши стабилизација привредних односа.

3.1.2.7. Начело еквивалентности и начело аутономије воље

Пошто је већ претходно било доста говора о начелу аутономије воље и начелу једнакости узајамних давања, на овом месту ћемо само напоменути да иако на први поглед начело еквивалентности узајамних престација делује као потпуни антипод слободе уговорања и начела аутономије воље, такав закључак је погрешан. Наиме, начело једнакости узајамних давања поставља границе слободе уговарања, али оно

³⁸⁰ А. Менухард, 2003, 305

³⁸¹ Пресуда Врховног суда Југославије, Гж. 114/66 од 24.2.1967. године.

³⁸² А. Менухард, 2003, 311

³⁸³ Ј. Салма, 1976, 2

такође оставља простор слободи уговарања, у границама у којим је дозвољено одступање вредности узајамних престација уговорних страна.³⁸⁴

Другим речима, ова два начела једно друго ограничавају, али не искључују. Без икакве сумње могућност измене, поништаја или раскида уговора због несразмере у вредностима престација уговорних страна представља кршење начела *pacta sunt servanda*. Међутим, не треба занемарити ни чињеницу да се применом начела еквивалентности истовремено границе домашаја начела аутономије воље чине јаснијим и прецизнијим.

Поред тога, евентуални недостаци апсолутног важења правила по ком је једном закључен уговор недодирљив и непроменљив се коригују на такав начин којим се чува сврха и циљ уговора. Приликом примене института заштите начела еквивалентности се води рачуна о вољи уговорних страна приликом закључења конкретног уговора, нарочито када је реч о примени клаузуле *rebus sic stantibus*.

3.2. ОЧИГЛЕДНА НЕСРАЗМЕРА КАО СРЖ НАЧЕЛА ЕКВИВАЛЕНТНОСТИ

По нашем мишљењу, може се аргументовано тврдити да је очигледна несразмера узајамних давања заједнички чинилац готово свих правних средстава којим се начело еквиваленције штити. Сама срж, суштина начела приближне једнакости међусобних давања уговорних страна огледа се у правном стандарду „очигледна несразмера“. То је услов који мора бити испуњен како би се применио како институт прекомерног оштећења, тако и правила о промењеним околностима и зеленашким уговорима. Иако постоје и други услови примене наведених правних инструмената, базична нит која их спаја је управо несразмера између престација уговорних страна која прелази границу дозвољеног, која је евидентна и „боде очи“.

Већ смо поменули да начело једнакости престација не треба схватити у апсолутном смислу,³⁸⁵ о чему сведочи и законодавчева формулација по којој уговорне стране „*полазе* од начела једнаке вредности давања“. ³⁸⁶ Самим тим, постоји одређена, дозвољена доза одступања између вредности престација коју закон толерише јер је то у складу са начелом аутономије воље.

Упркос томе, кад несразмера пређе ту границу на такав начин и у толикој мери да је економска равнотежа престација уговорних страна озбиљно нарушена, законодавац мора да реагује, као и они који право тумаче и примењују. Разлог је, како смо навели, тај што се повредом начела еквиваленције вређа пре свега начело правичности, те начело савесности и поштења, као и бројна друга начела уговорног права, што последично има негативне последице и на правну сигурност и сигурност правног промета.

Управо је успостављање границе дозвољене несразмере вредности престација врло комплексан задатак који је препуштен судовима, са тим што су извесне смернице дате у правној теорији. Сам термин „очигледна несразмера“ представља смерницу јер је

³⁸⁴ *Ibidem*, 81

³⁸⁵ О овоме ће касније бити још речи, у одељку који је цео посвећен управо детаљној анализи односа између апсолутне еквивалентности узајамних престација и правног стандарда очигледне несразмере узајамних давања.

³⁸⁶ J. Салма, 1979, 69

законодавац његовом употребом истакао да диспропорција између вредности престација уговорних страна мора бити упадљива и преко друштвено прихватљиве мере.

Шта ће се сматрати да је ”друштвено прихватљива мера” се мења у зависности од друштва, али и времена. Овај стандард није нужно стопостотно усклађен са правичношћу и праведношћу како саме размене, тако и сразмере између размењених добара.³⁸⁷

Слично правило постоји и у другим правним системима, па и у упоредном праву. Занимљиво је да се у мађарском праву за примену правила о прекомерном оштећењу захтева да постоји очигледна несразмера између престација уговорних страна, али је за постојање зеленашких уговора потребно да је зеленаш уговором стекао „очигледно несразмерну погодност“. Законодавац је на овај начин намеравао да прошири примену института лихварских уговора и на оне случајеве кад се строго посматрано кршење начела еквивалентности не огледа у великој разлици у висини престација уговарача, већ је зеленаш овлашћен на добијање неке погодности друге природе од оштећеног, која је несразмерна његовом давању по уговору. Међутим, чини се нејасним шта би се под тим другим, евидентно несразмерним погодностима могло сматрати. Иако се очекивало да ће судови својим тумачењем допринети развоју правног стандарда „очигледно несразмерна погодност“, у судској пракси није вршено разликовање ова два појма и за утврђивање њиховог постојања коришћени су идентични критеријуми.³⁸⁸

Иста ситуација се десила и приликом примене стандарда „неоправдана и прекомерна корист“ који је уведен UNIDROIT Начелима. Иако је намера твораца Начела била да се оваквом формулацијом прошири домен примене овог правног стандарда у односу на стандард очигледне несразмере, у пракси до тога није дошло.³⁸⁹

Ландова комисија се такође определила за термин „погодност или претерана корист“. У теорији се истиче да је циљ био да се опредељењем за овај правни стандард постави нижа граница за примену правних института заштите начела еквивалентности, јер се алтернативно одређује да је довољно да је испуњен било који од ова два критеријума како би се уговор напао због неједнакости узајамних давања.³⁹⁰ Слична терминологија, из истих разлога, коришћена је и у CESL- у, који правно санкционише такав уговор којим једна уговорна страна коришћењем одређених субјективних елемената на страни свог сауговарача стиче очигледно несразмерну корист или неправичне погодности.³⁹¹

Директивом о заштити потрошача предвиђена је могућност раскида односно измене уговора онда када постоји „значајна несразмера између права и обавеза уговорних страна, на штету потрошача.“³⁹² Суштински, реч је о санкционисању очигледне несразмере узајамних давања. Оно што је интересантно напоменути јесте да се ова правила односе само на случајеве кад су оштећени потрошачи. Иако циљ Директиве и јесте превасходно њихова заштита, поставља се питање због чега се сличном одредбом нису заштитили и интереси друге уговорне стране. Одговор лежи у томе што продавци такве уговоре закључују у великом обиму, у склопу свог редовног пословања. Самим тим, сматра се да су они уговорна страна која је у предности приликом

³⁸⁷ Ж. Ђорђевић, 1958, 37

³⁸⁸ Према: А. Menyhard, 2003, 304

³⁸⁹ *Ibidem*.

³⁹⁰ М. Сич, 2006, 221

³⁹¹ Према: С. Cauffman, 2013, 8

³⁹² Према: Д. Глушац, 2015, 103

утврђивања садржаја и начина извршења уговора. Такође, трговац има низ обавеза које је нужно прецизно регулисати. Практично, заштитом потрошача повећава се општа правна сигурност.

Постоје различити приступи којим се детерминише колики се обим оштећења сматра прекомерним. У правној историји најпре је био заступљен математички метод, који је углавном подразумевао да се недозвољеним сматра оштећење преко половине. Пример за то можемо наћи и у радовима Ван дер Линдена, који анализирајући аргументацију у корист примене института лезије у холандском праву истиче да „премда уговори своју валидност заснивају на узајамној и слободно датој сагласности воља, они су често ништави. Један од разлога за ништавост уговора је прекомерни добитак једне стране у односу на своју престацију у висини од преко једне половине њене вредности.“³⁹³

Иако се математички метод примењује у појединим правним системима, у нашем, и великом броју других права, прихваћен је еластични метод, који пружа већу слободу судовима да примену правила о прекомерном оштећењу прилагоде конкретном случају.

Већ смо навели да су измена или раскид уговора због промењених околности, правила о прекомерном оштећењу и зеленашким уговорима правна средства којима се штити начело еквиваленције у уговорном праву. Значајна разлика између ових института јесте, *inter alia*, време када настаје очигледна несразмера узајамних престација. Наиме, док код прекомерног оштећења и зеленашких уговора суд утврђује да ли је у моменту закључивања спорног уговора постојала очигледна несразмера међусобних давања, код института промењених околности питање је да ли је у току извршења конкретног уговора дошло до појаве очигледног несклада у вредностима узајамних престација.³⁹⁴ Другим речима, уколико су испуњени остали услови предвиђени законом, очигледна несразмера узајамних давања може да буде узрок ревизије, поништаја или раскида уговора уколико постоји у моменту закључења уговора, или уколико услед околности које уговорне стране нису могле ни биле дужне да предвиде, отклоне ни савладају диспропорција вредности престација уговорних страна у моменту извршења уговора буде таква да потпада под правни стандард „очигледна несразмера“.

У складу са наведеним, уколико изузмемо правила о материјалним и правним недостацима предмета уговора, могло би се рећи да је постојање очигледне несразмере *condition sine qua non* захтеву оштећене стране у случају повреде начела еквивалентности узајамних престација. Наиме, несразмера у међусобним давањима може постојати у разним случајевима, али се правна заштита може тражити само онда када она прелази одређен ниво који се може толерисати.

³⁹³ R. Van den Bergh, 2012, 45

³⁹⁴ Мирјана Драгичевић, *Раскид или измјена уговора због промијењених околности*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2012, 301

**ДЕО ДРУГИ: ПРЕКОМЕРНО ОШТЕЋЕЊЕ КАО
ПРАВНИ ИНСТРУМЕНТ ЗАШТИТЕ НАЧЕЛА
ЕКВИВАЛЕНТНОСТИ И ОЧИГЛЕДНА
НЕСРАЗМЕРА**

4. ПРЕКОМЕРНО ОШТЕЋЕЊЕ КАО ИНСТИТУТ УГОВОРНОГ ПРАВА

4.1. ПОЈАМ И РАЗВОЈ ПРЕКОМЕРНОГ ОШТЕЋЕЊА КАО ПРАВНОГ ИНСТРУМЕНТА ЗАШТИТЕ ЕКВИВАЛЕНТНЕ ВРЕДНОСТИ ПРЕСТАЦИЈА

4.1.1. Појам и дефиниције прекомерног оштећења

Заштита еквивалентне вредности престаџија остварује се посебним правним инструментима. Један од њих је и прекомерно оштећење (*laesio enormis*). Реч је о институту који се може применити онда када се престаџије странака нађу у таквој диспропорџији да прелазе законом установљене границе одступања.³⁹⁵

Назив „*прекомерно оштећење*“ приписује се средњовековним коментаторима Јустинијановог кодекса, глосаторима.³⁹⁶ Тај назив је прихваћен, по угледу на савремено упоредно грађанско право, и у Закону о облигационим односима.³⁹⁷ Међутим, под утицајем решења из аустријског Грађанског законика овај правни инструмент се, углавном у литератури старијег датума, називао и „*оштећење преко половине*“ (*laesio ultra dimidium pars*).³⁹⁸ У питању није само терминолошка, већ и методолошка разлика, која са собом носи и одређене правне и практичне последице.³⁹⁹

Постоје различите дефиниције прекомерног оштећења у правној теорији. Док један део аутора сматра да је *laesio enormis* „вредносна разлика између узајамних престаџија у двострано обавезним уговорима, услед чега је једна страна претрпела штету због тога што је настала несразмера прешла границе слободе уговарања у погледу утврђивања вредности престаџија“⁴⁰⁰, други овај институт просто дефинишу као „поремећај у каузи“⁴⁰¹. Кауза се, при томе, схвата као непосредни правни циљ закључења уговора,⁴⁰² односно разлог због кога се дужник обавезује.⁴⁰³ Поред правног, под каузом се може сматрати и економски циљ закључења уговора.⁴⁰⁴ Премда кауза може да се посматра као субјективна (у виду побуда, односно мотива за закључење уговора) и

³⁹⁵ С. Перовић, 1995, 277

³⁹⁶ J.V. Thayer, 1937, 321

³⁹⁷ ЗОО овај правни инструмент насловљава као „прекомерно оштећење“, а његову правну суштину означава насловом „очигледна несразмера узајамних давања“. – Ј. Салма, 2007, 367

³⁹⁸ *Ibidem*, 366

³⁹⁹ Душан Николић, *Прекомерно оштећење (laesio enormis) у правној пракси*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, Нови Сад, 1989, број 9, 31

⁴⁰⁰ Ј. Салма, 2007, 369

⁴⁰¹ О. Антић, 2008, 405

⁴⁰² Атила Дудаш, *Схватања о каузи уговора у домаћој цивилистици по усвајању Закона о облигационим односима*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2012, број 1, 478

⁴⁰³ Д. Николић, 2017, 337

⁴⁰⁴ Ж. Ђорђевић, 1958, 25

објективна (у виду основа за закључење уговора),⁴⁰⁵ потоњој се даје већи правни значај у нашем праву.⁴⁰⁶

У англоамеричком праву су коришћени различити изрази којим се оправдавала измена уговора или његов евентуални раскид услед постојања несразмере узајамних давања - овакви уговори су називани "несавесним", "опресивним", закључени под дејством "недозвољеног утицаја" или уговори који садрже толико очигледну несразмеру узајамних престација да се може сматрати да је реч о "конструктивној превари."⁴⁰⁷

Ј. Салма сматра да је важно начинити разлику између прекомерног оштећења као реалности и прекомерног оштећења као правног средства.

Laesio enormis као реалност представља прекомерни губитак имовине у уговорним трансакцијама вредности, које настаје као последица уговарања уговорних обавеза чија је вредност неједнака. Његов карактер је универзалан и независан од (не)постојања правне заштите. Међутим, није свако оштећење у реалном смислу истовремено и оштећење у правном смислу. Потребно је да оно превазилази одређене, прихватљиве границе које су установљене законом или обичајима.⁴⁰⁸

Насупрот томе, *laesio enormis* као правно средство има два основна вида: као правна норма којом се регулише колика мера реалног оштећења ће бити санкционисана, у којој врсти уговора и којом врстом правне санкције и као субјективно право овлашћених лица да захтевају правну заштиту позивањем на примену института прекомерног оштећења, те да исту уколико је њихов захтев основан и добију.⁴⁰⁹

4.1.2. Развој института прекомерног оштећења од античког доба до средњег века

Прекомерно оштећење је један од најстаријих инструмената облигационог права. Иако се зачетак правног института *laesio enormis* традиционално везује за римско право, у страној правној теорији се помињу поједина решења из периода који је претходио настанку римског права,⁴¹⁰ а која су могла бити својеврсна инспирација за касније формулисање правила о лезији. Тако Бенделтини у својој збирци помиње како су и у законима и у обичајном праву Хиндуса, Египћана и античких Грка постојале поједине одредбе које су могле представљати претечу института прекомерног оштећења.⁴¹¹ Према

⁴⁰⁵ А. Дудаш, 2010, 148–150

⁴⁰⁶ Видети члан 51. став 1. ЗОО.

⁴⁰⁷ J.V. Thayer, 1937, 321

⁴⁰⁸ J. Салма, 1975, 12-14

⁴⁰⁹ *Ibidem*, 15-18

⁴¹⁰ У старом кинеском кривичном праву биле су прописане казне за оне који су коришћењем надмоћнијег положаја уговорили зеленашку камату или закључили купопродајни уговор под неправичним условима. У старом кинеском праву су лезионарни уговори били схваћени као подврста зеленашких. Овај злочин је био присаједињен кривичном делу примања мита и починилац је био обавезан да врати другој уговорној страни све оно што је на основу уговора примио, а да се оног што је на име уговора дао одрекне у корист државе. – J.V. Thayer, 1937, 322-327

⁴¹¹ Занимљиво је да се зачеци института лезије могу наћи и јеврејском праву. Наиме, у складу са доктрином о прекомерној или преварној цени која је важила у старом јеврејском праву, уговор је могао бити поништен уколико уговорена цена одступа за више од једне шестине од тржишне цене. Поништај је могао захтевати и купац и продавац. Касније је ова доктрина развијана у различитим правцима, од којих су неки прилично слични доктрини прекомерног оштећења. Стари јеврејски закон је такође био врло оштар јер је предвиђао да се уговор може поништити или изменити уколико несразмера давања уговорних страна прелази свега једну шестину. Ипак, чини се да је примена ових правила била ограничена на уговоре чији су предмет

другим изворима, у праву древног Вавилона постојала је могућност да сувласник захтева поништај начињене деобе након што открије несразмерност између његовог и дела осталих сувласника.⁴¹²

Сва ова решења, међутим, остала су на нивоу појединачних одредби и не може се говорити о стварању конкретног правног инструмента којим би се штитила једнакост међусобних давања уговорних страна. До тога је дошло тек касније, те се са правом истиче да је римска правна мисао изродила идеју о праву да се захтева измена или раскид уговора јер уговорена цена не представља ни половину стварне вредности ствари.

Ипак, важно је напоменути да институт прекомерног оштећења није био познат у класичном римском праву, јер се сматрало да је уговор о купопродаји склопљен чим се странке споразумеју о предмету и цени, независно од тога да ли цена одговара вредности ствари, односно да ли је у питању тзв. правична цена (*praetium iustum*).⁴¹³

Иако о томе постоје различите теорије,⁴¹⁴ преовладава схватање по ком је настанак овог правног средства резултат кризе римског царства у периоду домината. У својој почетној фази, ово правило примењивано је само у случају продаје фискалних добара и једино у корист фискаса.⁴¹⁵ Временом се његов домен примене проширио, те је институт прекомерног оштећења постао средство заштите сиромашних земљорадника који су услед кризе били приморани да продају своје поседе далеко испод цене.⁴¹⁶

У позном римском праву, *laesio enormis* је могао истицати само продавац код уговора о купопродаји чији је предмет непокретност,⁴¹⁷ под условом да је могао да докаже постојање одређене несразмере између цене продате непокретности и њене стварне вредности.⁴¹⁸ Купац је, међутим, имао могућност да одржи уговор на снази тако што би доплатио разлику до пуне цене.⁴¹⁹

Део аутора увођење правила о оштећењу преко половине везује за Диоклецијанов едикт који датира из 4. века и одредбу „да се сматра мањом ценом, ако није исплаћена

покретне ствари. Оно што је занимљиво јесте одредба по којој се правила о лезији неће применити у случају да је продавац био свестан да је уговор неповољан по њега, али је пристао јер му је био потребан новац. То би се могло тумачити као посредно допуштање закључивања зеленашког уговора, или пак усвајање субјективно схваћеног појам лезије, по коме је управо незнање уговорне стране о правој вредности њене престајације услов за примену тог правног института. Такође, купац је морао да захтева да се уговор измени или поништи због прекомерног оштећења "чим је у могућности". Другим речима, право да се захтева ревизија или поништај уговора је било ограничено и није се могло истицати у свако доба, чиме се вероватно тежило заштити сигурности правног промета, али и омогућавању брже и ефикасније трговине. – Према: R. Westbrook, 2008, 42; J.V. Thayer, 1937, 322-327

⁴¹² Према: J.V. Thayer, 1937, 321

⁴¹³ Према: Љубомир Вагнер, *Прекомерно оштећење (laesio enormis)*, Гласник Адвокатске Коморе за АП Војводину, Нови Сад, 1957, број 4, 4

⁴¹⁴ Примера ради, неки домаћи аутори виде претечу овог института у покушају римског права да се осујети лихварење на тај начин што ће се код уговора о зајму прописати највиша дозвољена каматна стопа у износу од 12% годишње (тзв. *centisimae usure*). – Новица Радоњић, *Несразмера између уговорних обавеза као реалност из клаузуле laesio enormis у Закону о облигационим односима*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, Нови Сад, 1981, број 11, 27

⁴¹⁵ Према: Славко Царић, *Оштећење преко половине*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, Нови Сад, 1962, број 1, 6

⁴¹⁶ Ситни и средњи земљопоседници су своје непокретности за ситне новце продавали латифундистима, односно власницима великих поседа. Број латифундиста при крају периода царства није прешао 1800, али је у њиховим рукама била економска моћ. – О. Антић, 2008, 404

⁴¹⁷ Према: С. Перовић, 1995, 280

⁴¹⁸ Према: С. Царић, 1962, 7

⁴¹⁹ Према: О. Антић, 2008, 405

ни половина цене“.⁴²⁰ Ипак, није ретко схватање да је ово правило инкорпорисано у едикт касније, активношћу коментатора предјустинијанског периода у Источном римском царству.⁴²¹

Један од доказа да одредба о прекомерном оштећењу није изворно била предвиђена наведеним едиктом М. Сич види у томе што је истим актом Диоклецијан одредио и максималну висину дозвољених цена за поједину робу, како би зауставио инфлацију која је немилосрдно расла и реуспоставио стабилност тржишта. Међутим, „могућност раскида уговора због ниже плаћене цене, то јест због оштећења преко половине је већ мера која улази у унутрашњу регулативу уговора и има супротан разлог и циљ од Едикта и Диоклецијановог настојања максимизирања цена. Овај аргумент супротних циљева мера је аргумент који има своју тежину у прилог тезе да правило оштећења преко половине није Диоклецијаново.“⁴²²

У литератури је пак најзаступљенији став да порекло овог облигационоправног института сеже до Јустинијановог времена⁴²³ када је уведено правило по ком при купопродаји земљишта цена не сме бити нижа од половине његове вредности.⁴²⁴

У питању је већ поменута одредба која се нашла у Јустинијановом кодексу. Датира из 285. године и приписује се римским царевима Диоклецијану и Максимилијану, али се сматра да је заправо измењена од стране Јустинијанових кодификатора. Пошто смо наведену одредбу већ детаљно анализирали, нећемо овом приликом наново улазити у њену дубљу инспекцију.

Ипак, напоменућемо да знатан број аутора види чињеницу да се правило о оштећењу преко половине није нашло у варварским законцима, попут Алариковог Бревијара, који је настао почетком 6. века као ултимативни доказ о томе да је правило о прекомерном оштећењу дело Јустинијанових компилатора. Теоретичари који заступају став да су правила о лезији настала век раније, пак, објашњавају недостатак одредби о лезији тиме што су састављачи Алариковог законика у њега инкорпорисали само она правила која су важила и у Западном римском царству и која су при томе одговарала интересима владајуће класе. У складу са тим, подсећају, у визиготском законнику нису се нашле ни друге Диоклецијанове норме које су се односиле на регулисање цена.⁴²⁵

Међутим, уколико се прихвати у литератури доминантан став по ком лезија датира од Јустинијановог времена, најаргументованијим се чини мишљење по којем је Јустинијан увођењем правила о прекомерном оштећењу желео да заштити ситне поседнике од моћних велепоседника.⁴²⁶

О томе који су разлози инспирисали настанак правила о „оштећењу преко половине“ у теорији постоје различита мишљења. Један део аутора сматра да су одребе којим се санкционише оштећење преко половине унели правници из предјустинијанског

⁴²⁰ Према: М. Сич, 2006, 207

⁴²¹ R. Westbrook, 2008, 40

⁴²² М. Сич, 2006, 208

⁴²³ Ј. Салма, 1976, 1; Богдан Лоза, *Прекомерно оштећење – оштећење преко половине вредности код теретних уговора (laesio enormis)*, Годишњак Правног факултета Универзитета у Сарајеву, 1970, 41

⁴²⁴ О. Антић, 2008, 405; R. Westbrook, 2008, 41

⁴²⁵ Према: М. Сич, 2006, 208

⁴²⁶ У Источном римском царству постојали су посебни, патроцинијарни односи који су подразумевали да се читава села стављају под заштиту велепоседника, тзв. *potentiores*. - *Ibidem*, 213

периода како би поставили јасну границу између правичне и неправичне цене. Међутим, постоје и схватања да је институт лезије настао под утицајем хришћанске етике.⁴²⁷

Занимљиво је да су и непосредни наследници Јустинијана ограничили примену правила о лезији на продавца земље, с тим што је и он губио ово право уколико се на њега није позвао у року од четири године.⁴²⁸

4.1.3. Развој института *laesio enormis* у средњем веку

4.1.3.1. Институт прекомерног оштећења у правној теорији, законодавству и судској пракси у световном праву

У средњем веку овај институт је прошао кроз две различите фазе. У првој фази, варварски зборници изричито су прописивали да „нико не може раскинути утврђену продају ... стога што је за малу цену продао“.⁴²⁹ Разлог је био једноставан: на снази је био феудални систем, у ком је доминирала натурална привреда са спорадичном разменом. У таквим условима институт прекомерног оштећења тешко да је могао наћи своје место.⁴³⁰

Нова фаза почела је у позном средњем веку, када глосатори не само да су прихватили правила о прекомерном оштећењу,⁴³¹ већ су проширили домен њихове примене најпре и на уговоре о продаји покретности, потом на све уговоре сличне купопродаји, а од XIII века и на све уговоре који су комутативне природе и извршавају се у складу са начелом добре воље.⁴³² У теорији преовлађује став да су управо глосатори сковали назив „прекомерно оштећење“ (*laesio enormis*) за институт који се изворно, у римском праву, називао „оштећење преко половине“ (*ultra dimidium iusti pretii*).⁴³³

Поред тога, допустили су да се на њих позива не само продавац, као што је то био случај у римском праву, већ и купац.⁴³⁴ Како Јустинијанова кодификација није регулисала питање колико плаћена цена треба да одступа од правичне да би купац могао да примени правно средство лезије, о томе су међу глосаторима постојала различита мишљења. Напоследку је постигнута сагласност да то право има купац који је платио најмање педесет посто вишу цену од правичне.⁴³⁵

За овај период карактеристично је и да је тад уведен и субјективни елемент постојања *laesio enormis-a*, те да су глосатори одступили од оног што је предвиђало

⁴²⁷ Према: М. Сич, 2006, 213.

⁴²⁸ Према: J.V. Thayer, 1937, 327

⁴²⁹ Према: С. Царић, 1962, 7

⁴³⁰ Изузетак је била спорадична примена римског права на грађане који нису припадали придошлим варварима, као и поновна примена правила римског права на територији Ломбардије у XI веку, као и на југу Француске. – Према: R. Van den Bergh, 2012, 36

⁴³¹ Врло је интересантан цитат Јеринга који је говорећи о рецепцији римског права која се одиграла у средњем веку рекао: „Три су пута Римљани освојили свет: путем оружја, путем цркве и путем закона. Најважније освајање путем закона било је духовне природе, дуго након што је Римско царство издахнуло а његове легије претворене у прах.“ – *Ibidem*.

⁴³² J. Hallebeek, 2015, 21

⁴³³ E. Stanković, 2010, 423

⁴³⁴ J.V. Thayer, 1937, 327

⁴³⁵ J. Hallebeek, 2015, 21

римско право и дозволили да се странке унапред одрекну примене правила о прекомерном оштећењу. Другим речима, болоњски правни стручњаци су успоставили доктрину прекомерног оштећења као самосталан правни институт.⁴³⁶

Немали број аутора у томе виде утицај хришћанских правила о разликовању доброг и лошег, оног што је правично од оног што је неправично.⁴³⁷ Ова правила су имала утицај и на схватања правне теорије тог времена. Тако је чувени и цењени холандски филозоф и правни теоретичар Хуго Гроцијус био један од заговорника примене института прекомерног оштећења. Он је сматрао да би уговор о купопродаји могао бити поништен ако је било продавац било купац платио цену која је била за половину виша или нижа од правичне, односно уколико је цена била „прекомерно неправична“, осим ако друга уговорна страна не покаже спремност да снизи односно повећа цену до њене правичне висине.⁴³⁸

Претпоставка од које се при томе полазило јесте да, како би дошло до оштећења преко половине (математички гледано), уговорна страна која је таквим уговором на добитку је морала обманути другу. У томе лежи, по ауторима попут Ван Ливена и Ван дер Линдена, и образложење правне последице ништавости, која представља правну последицу уговора закључених преваром.⁴³⁹

Један део савремених аутора не дели њихово мишљење. Сматрајући да су глосатори свесно погрешно тумачили одредбе *Corpus iuris civilis* – а, Халебек сматра да је то чињено како би се „сачувао образ римског права“ које се желело представити као извор решења за све проблеме до којих може доћи у облигационим односима.⁴⁴⁰ Он даље наводи да је „екстензивно тумачење римског правила о правичној цени у средњовековној правној науци било заправо трансформација правила о прекомерном оштећењу у начело о еквивалентности узајамних престација.“⁴⁴¹

Занимљиво је да су права појединих немачких градова, пре велике грађанске кодификације која је уследила почетком XX века, познавала институт прекомерног оштећења. Пример за то је право града Минхена, које је садржавало одредбе о лезији. Анализом пресуде која је донета 1332. године у Бремену, као и пресуде из 1483. године донете у Либеку долазимо до закључка да је институт прекомерног оштећења примењиван и у судској пракси. Важно је поменути да је кодификација Пруског земаљског права из 1794. године садржала и одредбе о оснажењу лезионарних уговора.⁴⁴²

Као и у немачким земљама, и законодавства холандских провинција су готово без изузетка познавала институт лезионарних уговора. Хуго Гроцијус у свом делу „Увод у холандску судску праксу“ из 1631. године говори о широко распрострањеној примени овог института у холандским провинцијама, објашњавајући да је било нужно ограничити слободу уговарања кроз заштиту продавца путем правила о правичној цени, „онда када је похлепа трговаца прешла сваку меру и разумност“.⁴⁴³ У холандској јуриспруденцији су се правила о лезији примењивала и на купца, као и на друге врсте уговора поред оног о купопродаји. Помен о томе се може наћи у делима Јакоба Ворде и Јохана Ван ден

⁴³⁶ J.V. Thayer, 1937, 327

⁴³⁷ Према: S. Petrić, 2006, 90

⁴³⁸ Према: R. Van den Bergh, 2012, 43

⁴³⁹ *Ibidem*, 44

⁴⁴⁰ J. Hallebeek, 2015, 21

⁴⁴¹ *Ibidem*.

⁴⁴² Према: J. Салма, 1975, 17

⁴⁴³ Према: J. Hallebeek, 2015, 23

Сандеа. То наравно не значи да је овај институт у свим провинцијама био регулисан на идентичан начин. Рок у коме се могао употребити правни инструмент лезије био је различито одређен, а у појединим провинцијама је било предвиђено да се институт прекомерног оштећења неће примењивати на одређене врсте уговора, попут уговора о продаји на аукцији и уговора о продаји на основу судске одлуке. Институт прекомерног оштећења је био врло жив и у XVIII веку, о чему такође сведоче бројни правни извори, те уџбеници грађанског права и зборници судске праксе.⁴⁴⁴

Занимљиво је да су и кодекси швајцарског кантоналног права из прве половине XIX века регулисали лезионарне уговоре и за њих предвиђали одговарајуће последице. Изузетак је био циришки кантонални кодекс.⁴⁴⁵

4.1.3.2. *Институт прекомерног оштећења у канонском праву*

Даљи развој правила о прекомерном оштећењу уследио је у канонском праву. Наиме, домен примене лезије је проширен на све комутативне уговоре најпре у црквеном праву,⁴⁴⁶ а тек касније је то учињено и у световном облигационом праву.

Управо је у канонском праву онемогућено уговорно одрицање од примене правног института лезије. Највеће заслуге се у том смислу приписују Бартолу. У литератури чак постоји и мишљење по ком је он надградњом римског института и проширењем домена његове примене *de facto* створио ново правило.⁴⁴⁷

Такође, направљена је разлика између оштећења преко половине и оштећења преко две трећине (*laesio enormissima*)⁴⁴⁸ за чију примену су предвиђени лакши услови.⁴⁴⁹ Поред тога канонско право је познавало посебна правила за случајеве када разлика између вредности престација далеко премашује половину правичне цене. Такво оштећење, које прелази правом предвиђене границе и то у великој мери, називало се *laesio enormissima*⁴⁵⁰. Наведена схватања су у црквеном праву преовладавала током читавог средњег века.

Образложење даљег развитка и надоградње института лезије у канонском праву је веома једноставно. Богаћење на рачун другог је противно црквеном учењу и хришћанска етика је захтевала да сви односи међу људима, укључујући ту и оне уговорне природе, буду што је могуће правичнији.⁴⁵¹ У канонском праву је последично,

⁴⁴⁴ J. Hallebeek, 2015, 23-24; Cristoph Becker, *Die Lehre von der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik : Ausgewogenheit als Vertragsinhalt und § 138 BGB*, Köln, 1993, 3

⁴⁴⁵ J. Салма, 1975, 17

⁴⁴⁶ Б. Визнер, 1978, 551

⁴⁴⁷ Karoly Visky, *Spüren der Wirtschaftskrise der Kaiserzeit in den römischen Rechtsquellen*, Bonn-Budapest, 1983, 62

⁴⁴⁸ Родољуб Тричковић, *Нешто о правним средствима којима се постиже еквивалентност у робном промету*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, 1964, број 4, 17

⁴⁴⁹ Оштећење од преко две трећине се примењивало, на пример, у области Виртемберга у XVI и XVII веку. – Према: М. Сич, 2006, 217

⁴⁵⁰ М. Сич, 2006, 217

⁴⁵¹ J.V. Thayer, 1937, 327

инспирирано хришћанским учењем, доминирало уверење да свако нарушавање равнотеже давања треба да буде надомешћено и то реституцијом.⁴⁵²

О примени *laesio enormis* у црквеном праву сведоче и два папска декрета из овог периода. Први декрет, *Cum dilecti* из 1170. године, донео је папа Александар Трећи док је други *Cum causa* из 1208. године заоставштина папе Иноћентија Трећег. Оба декрета показују извесне сличности. У првом случају су свештеници у једном малом месту продали шумско земљиште локалном манастиру за мање од половине правичне цене. У другом случају, управник манастира Сан Мартино дел Монте је продао извесна феудална имања становницима оближњег града за суму која није одговарала ни половини њихове правичне вредности. Купцима је у оба случаја дозвољено да задрже уговорима прибављену земљу, али су били обавезани да новчано надоместе разлику до правичне цене.⁴⁵³

До почетка XIII века примена правила о прекомерном оштећењу је била ограничена на оне спорове у којим је бар једна уговорна страна припадник цркве. Ту праксу је прекинуо папа Иноћентије Трећи Декретом из 1204. године. Тим декретом је црквеним властима допуштено да по правилима посебне процедуре суде сваком ко је починио грешно дело, био он припадник цркве или не.⁴⁵⁴ Тиме је *inter alia* омогућено да се утицај доктрине прекомерног оштећења прошири на све комутативне уговоре грађанског права.

Халебек сматра да је развој лезије као самосталног правног интитута у световном средњовековном праву директна последица снажног утицаја канонског права. Исти аутор истиче да је између стандарда цивилног и канонског права постојала разлика када је реч о несразмери узајамних престација – док се пред цивилним судовима дозвољавало умерено одступање од једнакости узајамних давања, црквено право је захтевало потпуну реституцију.⁴⁵⁵

4.1.4. Институт прекомерног оштећења у буржоаским законодавствима

4.1.4.1. Буржоаска законодавства која не регулишу институт прекомерног оштећења

Док је централно начело у средњовековном световном, али и црквеном праву било начело правичности, буржоаска законодавства инсистирала су на примени аутономије воље. Наиме, од XVII века креће формирање просветитељског покрета, рационализма и индивидуалистичке филозофије. Они су поставили темеље модерној западној цивилизацији чије средиште представља човек, као слободна и независна јединка. Његова новоуспостављена слобода се, између осталог, огледа у његовом праву на самоодређење. Према Русоовој теорији друштвеног уговора, човекова слобода и његова слободна воља представљају темељ целокупног друштвеног уређења. Уколико се овом културном миљеу дода рапидан развој економије утемељен на слободном тржишту,

⁴⁵² О томе је било више речи у одељку у ком се анализира начело једнакости узајамних давања у целини. - J. Hallebeek, 2015, 18

⁴⁵³ *Ibidem*, 20

⁴⁵⁴ *Ibidem*, 21

⁴⁵⁵ *Ibidem*.

јасно је како је дошло до формулисања начела аутономије воље и инсистирања на слободи уговарања као појавном облику аутономије воље у уговорном праву.⁴⁵⁶

Суштински се аутономија воље своди на схватање да је индивидуална воља изнад закона, да се њоме ствара право и да уговори важе јер то странке тако хоће, а не јер то закон признаје. Иако у чистом облику никад није постојала ни у једном важећем законодавству, након Француске револуције аутономија воље и њени појавни облици добијају централно место у западноевропским законодавствима. Када је реч о закључењу уговора, то место је заузимала слобода уговарања.⁴⁵⁷ У складу са тим, институт прекомерног оштећења је био "протеран" из већине буржоаских правних система.

4.1.4.1.1. Немачки Грађански законик и институт лезије

Пошто је, како смо већ истакли, институт прекомерног оштећења нашао своје место у законодавству и судској пракси појединих немачких градова, као и у кодификацији Пруског земаљског права, могло се очекивати да ће и приликом јединственог регулисања грађанскоправне материје кодификатори поступити на исти начин. Међутим, немачки законодавац је приликом израде Грађанског законика заузео став да у систему тржишне привреде каква је немачка нема места правилима о лезији, којим се ограничава слобода уговарања. Тако је параграфом 138 II предвиђено да постојање очигледне несразмере између цене и вредности ствари није довољан основ да се захтева раскид уговора, већ морају постојати и други, таксативно набројани субјективни елементи на страни оштећеног. Детаљнијом анализом овог параграфа, долазимо до закључка да је заправо прекомерно оштећење у немачком Грађанском законнику прихваћено само као посебан облик зеленашког уговора.⁴⁵⁸ Стога је јасно да је приликом доношења немачког цивилног кодекса доносилац закона донео свесну одлуку да занемари раније донешене прописе и постојећу судску праксу у циљу олакшавања промета роба и услуга и додатног гарантовања неприкосновености принципа аутономије воље у уговорном праву.

Немачки аутори попут Едемана су сматрали да је оваква одлука законодавца оправдана из више разлога. Пре свега, он је сматрао да је вредност ствари релативна. Затим, истицао је да би одређивање цене требало бити препуштено слободној вољи странака. Поред тога, наглашавао је да је „дужност одрасле особе да обазриво приступа закључењу уговора“ и да закон у супротном није дужан да ту особу штити.⁴⁵⁹

Упркос томе, судови у Немачкој су онда када је постојала очигледна несразмера, а уговор је био неправичан и непоштен, широко тумачили појам „слабости оштећене стране“, чиме су „на мала врата“ примењивали правила о лезији.

⁴⁵⁶ Према: М. Живковић, 2006, 23

⁴⁵⁷ *Ibidem*, 23 – 24

⁴⁵⁸ М. Сич, 2006, 218

⁴⁵⁹ Wilhelm Endemann., *Handbuch des deutschen Handels-, See-, und Wechselrechts*, Leipzig, 1882, 556

4.1.4.1.2. Холандска, италијанска и швајцарска кодификација грађанског права и институт прекомерног оштећења

Упркос дугој традицији рецепције римског права и примене правила о прекомерном оштећењу, холандски Грађански законик из 1838. године није предвиђао правила о лезији.⁴⁶⁰

Иако су готово све швајцарске кантоналне кодификације из прве половине 19. века садржале одредбе о прекомерном оштећењу као правном институту, приликом доношења савезног Законика о облигацијама 1881. године швајцарски законодавац се определио да њиме не регулише институт лезије. Тог принципа се држао и приликом ревидирања наведеног кодекса 1911. године.⁴⁶¹

Италијански законодавац је у члану 1448. предвиђао да је доња граница висине несразмере између престација уговорних страна у двострано обавезним уговорима једна половина вредности престација.⁴⁶² Међутим, у теорији се истиче да, иако се номинално наведени члан односи на лезију, из његове формулације, која подразумева и услов да је до наведене несразмере дошло коришћењем стања нужде, изводи се закључак да је заправо реч о једној подврсти зеленашког уговора.⁴⁶³

4.1.4.2. Буржоаска законодавства која садрже правила о институту прекомерног оштећења

Изузеци од правила да буржоаски законици нису регулисали лезију су били малобројни; у ту групу спадају француски, аустријски, бразилски и српски Грађански законик.

4.1.4.2.1. Правила о лезији у француском *Code civil* – у

У француском праву након буржоаске револуције владало је начело аутономије воље, као и теорија природног права. Идеја да је закон само надоградња воље странака, осим у изузетним случајевима када је неопходно заштитити јавни интерес, огледала се и у тада донетом цивилном кодексу.⁴⁶⁴ Француски Грађански законик је посебно третирао институт прекомерног оштећења,⁴⁶⁵ али је његову примену ограничио по више основа. Тако су се правила о лезији примењивала на уговоре о купопродаји непокретности, када је оштећена страна продавац⁴⁶⁶ и уколико је оштећење више од седам дванаестина

⁴⁶⁰ Према: J. Hallebeek, 2005, 15

⁴⁶¹ Према: J. Салма, 1975, 17

⁴⁶² Према: Јоџф Салма, *О сразмери прекомерног оштећења*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду посвећен двадесетогодишњици Правног факултета, Нови Сад, 1979, 377

⁴⁶³ J. Салма, 1979, 377

⁴⁶⁴ Р. Тричковић, 1964, 18

⁴⁶⁵ Видети члан 1674, те 1683. Вредно је пажње то што се израз “прекомерно оштећење” такође помиње у члановима 1305. и 1853. француског Грађанског законика, али се у теорији истиче да се овим термином висина квантума прекомерног оштећења не одређује на еластичан начин, већ се наведени израз користи за означавање самог института лезије. – J. Салма, 1979, 376

⁴⁶⁶ У теорији се ово ограничење приписује Наполеоновом инсистирању. – J.V. Thayer, 1937, 328

цене⁴⁶⁷, те на уговоре о деоби када је оштећење веће од једне четвртине.⁴⁶⁸ При томе, продавац се могао користити овим правом чак и ако га се изричито одрекао.⁴⁶⁹ Касније је домен примене прекомерног оштећења проширен и на уговоре у корист малолетника.

Иако су у француској правној теорији и пре а и након доношења Грађанског законика постојали заговорници примене правила о лезији на све теретне уговоре,⁴⁷⁰ законодавац није прихватио њихове сугестије. Оно што је такође критиковано јесте опредељење да се примена овог института ограничи на ситуације када је оштећена страна продавац, чиме се занемаривало да су обавезе купца такође често несразмерно велике.⁴⁷¹

У *Code civil*-у је прихваћена субјективна концепција прекомерног оштећења, што је значило да се за примену института лезије захтевало да је очигледна несразмера узајамних престација последица мане воље оштећене уговорне стране.⁴⁷² Како је лезија у овој кодификацији регулисана у одељку који се односи на мане воље, један део правне теорије ју је чак окарактерисао као „четврту ману воље“.⁴⁷³ Овакво схватање је у новијој литератури са правом критиковано, јер је према субјективном схватању прекомерно оштећење изазвано маном воље у виду преваре, заблуде или принуде, што га чини посебним обликом неке од тих мана воља, а никако засебном маном воље.⁴⁷⁴

Занимљиво је да је француска судска пракса донекле ублажила услове за примену института прекомерног оштећења када је у питању купопродаја непокретности, заузевши став да ће такав уговор бити неважећи ако постоји очигледна несразмера узајамних чинидби и уговорена цена је, по оцени суда, „неозбиљна“.⁴⁷⁵ До те промене става је дошло постепено.⁴⁷⁶

Такође, у иностраној литератури се истиче да су поједини закони донети непосредно пре и након Првог светског рата у Француској по својој суштини служили да се „на мала врата“ уведу правила о лезији.⁴⁷⁷

4.1.4.2.2. Регулисање института прекомерног оштећења у аустријском Грађанском законнику

На овом месту ћемо нашу анализу ограничити на аустријски Грађански законик из 1811. године. Наиме, параграф 934. АГЗ-а прописује да у случају да при двострано обавезном правном послу једна страна није примила ни половину редовне вредности оног што је другој страни дала, та уговорна страна има право да захтева раскид уговора и повраћај у пређашње стање. Њен сауговорач има право да „одржи посао у важности“

⁴⁶⁷ Љ. Вагнер. 1957, 6

⁴⁶⁸ Абедин Бикић, *Промијењене околности и прекомјерно оштећење код двостраних уговора*, 2011, 86

⁴⁶⁹ Видети члан 1647. *Code civil*-а.

⁴⁷⁰ Међу њима се истицао Поттијер, који је пре израде француског Грађанског законика проучавао и надградио правила о лезији и сматрао да је у питању институт који мора имати што ширу примену. – Према: М. Сич, 2006, 218

⁴⁷¹ Р. Тричковић, 1964, 18

⁴⁷² Ж. Ђорђевић, 1958, 63

⁴⁷³ Р. Тричковић, 1964, 19

⁴⁷⁴ Ј. Салма, 1975, 21

⁴⁷⁵ Према: М. Сич, 2006, 218

⁴⁷⁶ Ж. Ђорђевић, 1958, 63

⁴⁷⁷ На пример, у време рата су разним легислативним мерама успостављане максималне цене за основне животне намирнице. – J.V. Thayer, 1937, 329

уколико пристане да надокнади разлику до редовне вредности престације оштећене стране, а несразмера вредности се одређује према моменту закључења уговора.⁴⁷⁸

Уколико начинимо анализу наведеног члана, долазимо до закључка да не само што се аустријски законодавац определио да висину оштећења постави на мало нижи ниво у односу на своје француске колеге, већ је истовремено проширио и домен примене института прекомерног оштећења, и то двојако. Пре свега, наведеном законском одредбом је децидно дозвољено да се на правила о лезији позива и купац, једнако као и продавац. Штавише, примена правног средства прекомерног оштећења дозвољена је не само у појединим, егзактно наведеним уговорима, као што је то случај у француском приватном праву, већ је омогућена када је реч о било ком двострано обавезном правном послу.⁴⁷⁹

Јасно је да је законодавац ставио акценат на објективно утврдиву и знатну диспропорцију вредности узајамних давања уговорних страна. Сматра се да она постоји ако вредност престације једног уговарача не досеже ни половину вредности престације њеног сауговарача. Оно што се истиче као предуслов јесте да је вредност сваке појединачне престације утврдива, макар оквирно или у виду трошкова производње. У супротном се правила о прекомерног оштећењу не могу применити. Према пракси аустријских судова, мали је број таквих случајева - на пример, сматрало се да је неутврдива вредност одрицања супружника од права на издржавање након развода, као и вредност коју неко уметничко дело има за свог творца. Приликом утврђивања вредности давања, узима се тржишна вредност престације у моменту закључења уговора. Терет доказивања постојања несразмере узајамних давања у виду оштећења преко половине лежи на страни која се позива на примену овог института.⁴⁸⁰

Кад је реч о могућности да се уговор одржи на снази допуном до праве вредности, она постоји до закључења последњег рочишта пред судом прве инстанце. Ако се то право изврши, друга страна добија право да судским путем захтева исплату.⁴⁸¹

Међутим, како би се могла применити правила о прекомерног оштећењу аустријски Грађански законик захтева и постојање субјективног елемента код оштећеног,⁴⁸² те у параграфу 935. прописује да овом правном средством нема места, између осталог, „ако је на несразмерну вредност пристао и поред тога што му је права вредност позната била“.⁴⁸³ Другим речима, како би се правила о лезији могла применити, захтева се да оштећени није знао за несразмеру у моменту закључења уговора.⁴⁸⁴ Терет доказивања да је оштећени знао за оштећење преко половине, односно праве вредности престације, лежи на његовом сауговарачу. Иначе постоји претпоставка да оштећени то сазнање није имао, односно да је био у неком виду заблуде око реалне вредности чинидби у предметном уговору.⁴⁸⁵

У правној теорији се, међутим, истиче да није све математички једноставно и да треба узети у обзир све околности случаја. Тако Бидлински узима за пример ситуацију када је предмет који вреди 80 новчаних јединица купљен за 100, да би се доцније

⁴⁷⁸ Према: Peter Bydliniski, Peter Apathy, *Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil*, Wien, 2010, 1946

⁴⁷⁹ P. Bydliniski, P. Apathy, 2010, 1045-1046

⁴⁸⁰ *Ibidem*, 1046

⁴⁸¹ *Ibidem*, 1048

⁴⁸² Према: Р. Тричкових, 1964, 18

⁴⁸³ Према: С. Царић, 1962, 8

⁴⁸⁴ А. Бикић, 2011, 89

⁴⁸⁵ Према: P. Bydliniski, P. Apathy, 2010, 1046

испоставило да има недостатак који му вредност смањује на 45 новчаних јединица. Док аутори попут Ридлера сматрају да се у тој ситуацији купац може позвати на институт прекомерног оштећења, Бидлински истиче да у овом случају купац није оштећен преко половине, те да може искључиво захтевати да се предметни недостатак отклони. Основни аргумент оваквог схватања јесте да је он у моменту закључења знао за несразмеру узајамних давања и да је на исту пристао, те да једино може захтевати да се несразмера врати у првобитне, њему прихватљиве оквире а не и да се уговор поништи.⁴⁸⁶ Овај аутор одлази и корак даље, те тврди да уколико је недостатак такав да се не може поправити, купац има право да захтева разумно смањење цене, али не испод 56,25 новчаних јединица јер та цена одражава несразмеру вредности узајамних давања на коју је пристао.⁴⁸⁷ Бидлински инсистира на томе да нема потребе да се купац додатно штити од последица својих лоших пословних одлука, нарочито ако се узме у обзир да не постоји субјективни елемент неморалности који се захтева код зеленашких уговора. Нама се ипак овај став не чини исправним, и ближи смо схватању да се у оваквом случају, а у складу са наведеним нормама аустријског Грађанског законика, недвосмислено могу применити правила о *laesio enormis*. Пристајање на једну, знатно мању несразмеру ни у ком случају се не може изједначити са пристајањем на оштећење преко половине, нити се примена тог института може искључити са тим образложењем.

Параграфом 935. АГЗ-а је било прописано да нема места примени овог института ако се страна која се на њега позива претходно одрекла његове примене. Дакле, аустријски законодавац је овом институту дао диспозитивни карактер, омогућивши да се сагласном вољом странака дерогира његова примена.⁴⁸⁸ Овакво решење наишло је на критике, са образложењем да би та могућност могла довести до честог избегавања *laesio enormis* у пракси, чак и у случајевима кад је нужно применити тај правни инструмент. То се управо и десило у Аустрији, где је због слабљења института прекомерног оштећења и сужавања домена његове примене тзв. „клаузула о одрицању“ укинута 1979. године.⁴⁸⁹ Према одредбама члана 935. које су сада на снази странке се не могу унапред одрећи права на позивање на оштећење преко половине. То не важи за предузетнике, за које се сматра да имају довољно пословног искуства да се могу унапред одрећи примене члана 934. на њихове уговоре, сем ако је реч о уговорима којим се започиње њихов предузетнички посао. Такође, у Коментару аустријског Грађанског законика из 2010. године јасно је исказан став по коме се одредба о недозвољености клаузуле о одрицању од примене прекомерног оштећења не односи на случајеве у којима се странке одрекну права да лезионарни уговор одрже на снази допуном до пуне вредности престације оштећене уговорне стране у складу са чланом 934. став 2. аустријског Грађанског кодекса.⁴⁹⁰

Истим параграфом је прописано да се одредбе члана 934. аустријског Грађанског законика неће применити уколико је оштећена страна изјавила да узима ствар по ванредној цени јер та ствар за њу има афекциону вредност, или уколико се по односу лица може претпоставити да су хтела закључити мешовити уговор са елементима уговора о поклону, те уколико се не може утврдити права вредност ствари или је иста

⁴⁸⁶ Peter Bydliniski, *Ein letztes Mal (?) : zum Anwendungsbereich der Laesio-Enormis-Vorschriften*, Juristische Blätter, 2008, issue 11, 744-745

⁴⁸⁷ Математика је јасна: осамдесет према сто је иста сразмера као 45 према 56,25. – P. Bydliniski, 2008, 745

⁴⁸⁸ Према: P. Тричковић, 1964, 18

⁴⁸⁹ M. Сич, 2006, 218

⁴⁹⁰ Према: P. Bydliniski, P. Apathy, 2010, 1050

била предмет продаје судским путем.⁴⁹¹ Доказ пристанка странке да плати афекциону цену лежи на њеном сауговарачу. Када је реч о мешовитом уговору, битно је да се докаже постојање елемената уговора или околности који га не чине искључиво добротиним правним послом.⁴⁹²

Поред наведених изузетака из параграфа 935. АГЗ примена института прекомерног оштећења је овим закоником искључена и код алеаторних и уговора о доживотном издржавању, те код уговора о поравнању и у трговачко – правном промету.⁴⁹³

4.1.5. Институт прекомерног оштећења у енглеском и америчком праву

Иако нису предвиђена законом, правила о лезији се примењују у енглеском и америчком праву кроз судску праксу.⁴⁹⁴ У судској пракси важи правило по којем ће „уговори⁴⁹⁵ који шокирају савест“ бити или поништени или ревидирани.⁴⁹⁶

Током деветнаестог и двадесетог века, чини се да су судови имали нешто другачији приступ, приморавајући уговараче да изврше своју обавезу и из оних уговора где је постојала очигледна несразмера узајамних давања – тако можемо наћи податке о случају из Масечусетса где је једна уговорна страна пристала да одустане од оснивања компаније која би била конкуренција другој уговорној страни за накнаду од једног долара, о случају из Џорџије где је странци наложено да у складу са уговором раскрчи земљишни посед, иако уговорени износ за ту чинидбу није покривао ни трошкове крчења и напослетку случају из Тексаса у коме је суд одредио да се уговор мора испунити упркос његовој зеленашкој природи.⁴⁹⁷

Правни теоретичари XIX века су заступали исти став, истицавши да не постоји једна универзална вредност одређене престације, односно да не постоје објективна мерила према којим се може одредити да ли је противчинидба „адекватна“ чинидби. Постојала су и схватања да би се у том случају од суда захтевало да улази у психолошке мотиве странака, што је оцењивано као неприхватљиво.⁴⁹⁸

Такође, чини се да ни савремена теорија није нарочито наклоњена овом правном институту. Наводећи пример купца који је земљу продао по јефтинијој цени, Тајер цинично примећује да „није једноставно *a priori* увидети зашто би се дозволило неком

⁴⁹¹ *Ibidem*.

⁴⁹² *Ibidem*, 1051

⁴⁹³ Према: С. Царић, 1962, 10

⁴⁹⁴ Примера ради, у *Rogers v. Rogers case* из 1942. године (49. Cal. App. (2d) 366, p.(2d) 819) калифорнијски апелациони суд није прихватио усмени договор о неплаћању алиментације, сматрајући да је на тај начин настала несразмера узајамних давања. – Нерман Маркусе, *Comparative decisions: unbalanced transactions under common and civil law*, Columbia Law Review, 1943, no.43, 1066-1067

⁴⁹⁵ На овом месту ћемо напоменути да је у англосаксонским правним системима доминантно схватање по ком је суштина уговора у размени обећања за радњу, односно обећања за обећање. Иако се и у овим правним системима наглашава значај постојања сагласности воља за настанак уговора, евидентна је разлика у односу на правне системе европскоконтиненталног круга, који сагласности воља дају централно место у наведеном контексту. – М. Живковић, 2006, 68-69

⁴⁹⁶ Према: J.V. Thayer, 1937, 330

⁴⁹⁷ Према: J. Gordley, 1981, 1595

⁴⁹⁸ *Ibidem*, 1598

ко је одрасла особа⁴⁹⁹ да поништи за њега неповољну погодбу када је друга уговорна страна само прихватила понуду, која је исто тако могла бити учињена било коме другом.⁵⁰⁰

4.1.6. Институт прекомерног оштећења у домаћем праву

4.1.6.1. Регулисање института прекомерног оштећења у периоду од доношења Српског грађанског законика до завршетка Другог светског рата

Ни Општи имовински законик за Црну Гору као ни тадашње мађарско право које је важило на територији данашње Војводине нису регулисали институт прекомерног оштећења.⁵⁰¹

Српски грађански законик је по угледу на свој аустријски узор садржао одредбе о лезији. Међутим, иако је настао по моделу аустријског Грађанског законика, наш цивилни кодекс није пресликао и сва његова правна решења.

Решење члана 559. став 1. СГЗ је готово идентично ономе што о лезији предвиђа параграф 934. АГЗ-а, са тим што је прецизирано да се приликом рачунања да ли постоји оштећење (прикраћење) преко половине у обзир узима „обична вредност престација“.⁵⁰² Тако наведени члан гласи: „Ако при теретним уговорима једна страна није примила ни пола обичне вредности онога, што је другој страни дала, онда оштећена страна има права захтевати да се уговор раскине и у пређашње стање поврати.“⁵⁰³ Као и у аустријском Грађанском законнику, у наредном ставу је предвиђена могућност да се уговор одржи на снази уколико се оштећеном доплати онолико колико недостаје до реалне, тржишне односно како је законодавац назива „обичне цене“.⁵⁰⁴ Такође, одредбама става 3. овог члана је прецизирано да се вредност престације цени према тренутку склапања уговора.⁵⁰⁵

Међутим, евидентно је да, када је реч о правном регулисању института лезије, између аустријског и српског грађанског законика постоји једна значајна разлика, која се огледа у томе што се у СГЗ – у говори о примени тог правног инструмента на теретне уговоре. Иако није јасно да ли је у питању погрешан превод термина ”двострано обавезан уговор” из АГЗ – а или просто погрешна интерпретација истог, оваква законска формулација доводи до закључка да се институт прекомерног оштећења могао примењивати на све теретне уговоре.

⁴⁹⁹ Чини се евидентним да је наведени аутор употребом термина „одрасла особа“ у овом контексту желео да нагласи да је у питању особа која има правну и пословну способност, односно способност уговарања.

⁵⁰⁰ J.V. Thayer, 1937, 335

⁵⁰¹ Према: С. Царић, 1962, 8

⁵⁰² J. Salma, 1979, 376

⁵⁰³ Члан 559. став 1. СГЗ-а. - Грађански Законик за Краљевину Србију (текст Закона од 11. марта 1844. године, са изменама и допунама).

⁵⁰⁴ Члан 559. став 2. СГЗ-а. - Грађански Законик за Краљевину Србију (текст Закона од 11. марта 1844. године, са изменама и допунама).

⁵⁰⁵ Члан 559. став 3. СГЗ-а. - Грађански Законик за Краљевину Србију (текст Закона од 11. марта 1844. године, са изменама и допунама).

Док аутори попут Јожефа Салме не виде ништа нарочито спорно у томе,⁵⁰⁶ други истичу да је нејасно на који начин би се лезија применила код једностраних теретних уговора, попут уговора о зајму са каматом или накнадом, или реалног уговора о остави.⁵⁰⁷

С. Царић је критиковао опредељење твораца аустријског и Српског грађанског законика да ограниче примену правила о прекомерном оштећењу на теретне уговоре. Као аргумент је наведен пример да је у *Code civil* - у прихваћено решење из римског права, у ком овакво ограничење није постојало.⁵⁰⁸

Другачије је виђење Ј. Салме који наводи да је ограничење примене института лезије на теретне уговоре нужно, јер се код бестеретних уговора основ не налази у еквивалентности, већ за престацију постоји други, афекциони основ (мотив) који са собом повлачи моралну обавезу.⁵⁰⁹ Ми смо ближи овом другом становишту, које је у савременој теорији и распрострањеније.

Већ смо навели да је аустријски Грађански законик прихватао субјективну концепцију лезије, по којој се за примену овог института захтева и постојање субјективног елемента код оштећеног у виду незнања праве вредности његове престације. То није случај са СГЗ – ом, који се у највећем броју случајева ограничава на постојање објективног елемента лезије у виду постојања оштећења у одређеној сразмери вредности престације.⁵¹⁰ При томе није од важности да ли је оштећена страна знала праве вредности узајамних престација, односно колика је њихова несразмерност.⁵¹¹

У члану 560. СГЗ –а су предвиђена слична решења као и у параграфу 935. његовог аустријског узора.⁵¹² Тако овај члан прописује да „ово средство нема места онда, кад се ко нарочито тога одрекао, или му се ствар особито омилела, па је прекообичну цену за њу дао; али ако се по уговарајућим лицима судији даје, да је ствар у пола поклоњена; или ако се права цена ствари пронаћи не може; или ако је ствар путем судским продана.“⁵¹³

У одељку којим су регулисани уговори на срећу или како их Хаџић још назива „одважни уговори“, чланом 790. СГЗ-а је децидно предвиђено да није дозвољено подизање тужбе за оштећење преко половине.

Српски законодавац је такође искључио могућност примене института лезије код доживотних уговора, те оних у трговачко – правном промету.⁵¹⁴ На прекомерно оштећење се није могло позивати ни након закључења поравнања, о чему недвосмислено говори члан 859. СГЗ – а који гласи: „Који би после поравнања доказивао, да је преко половине оштећен, или би нове доказе доносио, који му пре поравнања нису познати били, неће му ништа помоћи; осим ако не би очевидну превару и непоштено поступање показати могао.“⁵¹⁵

⁵⁰⁶ Ј. Салма, 1979, 377

⁵⁰⁷ Према: Јожеф Салма, *Прикраћење преко половине и уговор*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, Нови Сад, 1970, број 8, 27

⁵⁰⁸ С. Царић, 1962, 9

⁵⁰⁹ Ј. Салма, 1970, 26

⁵¹⁰ Б. Визнер, 1978, 551

⁵¹¹ Р. Тричковић, 1964, 17-18

⁵¹² Према: С. Царић, 1962, 8

⁵¹³ Видети: члан 560. Грађанског Законика за Краљевину Србију (текст Закона од 11. марта 1844. године, са изменама и допунама).

⁵¹⁴ С. Царић, 1962, 10

⁵¹⁵ Видети: члан 859. Грађанског Законика за Краљевину Србију (текст Закона од 11. марта 1844. године, са изменама и допунама).

Домаћа правна теорија је углавном сматрала да су изузеци од примене правила о прекомерном оштећењу предвиђени СГЗ – ом прилично прецизно и јасно одређени и добро утемељени.

Решења Српског грађанског законика, са извесним изменама и допунама била су искључиви извор грађанског права на територији краљевине Србије све до завршетка Првог светског рата 1918. године. Поред тога СГЗ је био на снази у Краљевини Срба, Хрвата и Словенаца а касније Краљевини Југославији (премда не као једини извор грађанског права) до завршетка Другог светског рата 1945. године.⁵¹⁶ Када је 1946. године донет Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1946. године и за време непријатељске окупације,⁵¹⁷ Српски грађански законик је изгубио правну снагу. Овим законом је укинут готово целокупан постојећи правни систем и замењен новим.⁵¹⁸

4.1.6.2. Институт прекомерног оштећења у домаћем праву од половине XX века до доношења Закона о облигационим односима

У време ФНРЈ су на одређене врсте уговора примењивана правила о прекомерном оштећењу. Пример за то је Закон о промету земљишта и зграда из 1954. године⁵¹⁹ којим је прописано да је могуће поништити уговор којим је привредна организација продала земљиште или зграду приватном лицу уколико продајна цена не достиже две трећине прометне вредности непокретности у време закључења уговора,⁵²⁰ односно да се може поништити уговор којим је привредна организација купила земљиште или зграду од приватног лица ако куповна цена прелази за више од једне трећине прометну вредност купљене непокретности у време њене куповине.⁵²¹ При томе се вредност престација процењивала према моменту закључења уговора.⁵²²

Рок у коме се могао захтевати поништај предметног уговора износио је годину дана од његовог закључења.⁵²³ Сматра се да је разлог законодавчевог одређења за овако кратак рок, који се уз то рачуна од дана склапања уговора а не од дана када је оштећени сазнао за оштећење или од дана доношења пресуде којом је утврђена његова пуноважност, лежао у томе што су се често и брзо мењале цене материјалних добара и услуга.⁵²⁴ Истим законом је искључена могућност да се уговором дерогира примена наведених правила.⁵²⁵

⁵¹⁶ М. Stankovic, J.M.G. Celdran, 2013, 268

⁵¹⁷ Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1946. године и за време непријатељске окупације, „Службени лист ФНРЈ”, бр. 86/46 и 105/47), у даљем тексту: Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1946. године.

⁵¹⁸ Ратомир Слијепчевић, *Израда грађанског законика Републике Србије – концепција, садржина и најважније новине преднацрта*, Ревивија за европско право, 2013, број 2, 110

⁵¹⁹ Закон о промету земљишта и зграда, „Службени лист ФНРЈ”, бр. 26/54, у даљем тексту: Закон о промету земљишта и зграда.

⁵²⁰ Члан 26. Закона о промету земљишта и зграда.

⁵²¹ Члан 27. Закона о промету земљишта и зграда.

⁵²² Према: Б. Визнер, 1978, 556

⁵²³ Члан 26. став 4. Закона о промету земљишта и зграда.

⁵²⁴ Б. Визнер, 1978, 559

⁵²⁵ Члан 40. Закона о промету земљишта и зграда.

Јасно је да је циљ доношења наведених законских правила била потпунија и ефикаснија заштита јавног интереса.⁵²⁶ Ипак, важно је напоменути да правна теорија није била јединствена у погледу тога да ли је у наведеним случајевима реч о лезији. Тако др А.Гамс сматра да се у овом случају не ради о прекомерном оштећењу, већ о услову постојања наведених уговора,⁵²⁷ док је Р. Тричковић заступао супротно становиште.⁵²⁸

Наш је став да је наведеним законским одредбама регулисан институт прекомерног оштећења. При томе је овај закон прихватио објективну концепцију лезионарних уговора, по којој је довољно утврдити несразмеру узајамних престајања у законом прописаној висини како би се применио институт прекомерног оштећења.

У члану 103. "Скице за законик о облигацијама и уговорима"⁵²⁹ проф. Михаило Константиновић је лезију поставио на објективан начин: „Ако између обавеза страна уговорница у двостраном уговору постоји у време закључења уговора толика несразмера, да оно што је једна страна примила или треба да прими од друге стране не представља ни половину вредности онога што је она дала другој страни, или се обавезала дати или учинити, онда она може захтевати поништење уговора у року од једне године од његовог закључења.“⁵³⁰

Објективно схватање о правној природи прекомерног оштећења било је доминантно у домаћој правној теорији. Став М. Константиновића подржали су и бројни други аутори попут С. Перовића,⁵³¹ Ј. Радишића, Б. Лозе⁵³² и А. Гамса.⁵³³

Упркос томе, велики део судске праксе је пре доношења Закона о облигационим односима посматрао лезију на субјективан начин, сматрајући да је за њено постојање нужно постојање мане воље која се односи на вредност уговорних обавеза.

Тако је у одлуци Врховног суда Босне и Херцеговине посл.број Гж.1013/71 од 16.3.1972. године децидно наведено да „приговор оштећења преко половине код теретних уговора може истицати само онај контрахент који је био преварен од другог

⁵²⁶ Ј. Салма, 1979, 377

⁵²⁷ Андрија Гамс, *Основи стварног права*, Београд, 1961, 210

⁵²⁸ Р. Тричковић, 1964, 19

⁵²⁹ Значај овог дела али и велико поштовање и углед који је међу својим савременицима уживао његов аутор илуструје на маестралан начин др С. Михајловић, који топло препоручује „Скицу“ својим колегама из следећих разлога: „Недавно штампана књига професора Михаила Константиновића наишла је у редовима правника на ванредно интересовање, што је и разумљиво јер аутор спада међу наше најеминентније научне раднике у области права и законодавства. Професор Константиновић је за својих 45 година рада на Универзитету уживао, а и сада ужива највећи углед међу студентима и правницима. Бројни магистри и доктори правних наука су само један од резултата његовог педагошког рада. Ако се томе дода да је он у највећој мери заслужан што имамо тако савремене законе као што су Основни закон о браку и Закон о наслеђивању, онда су разумљиве констатације професора Борислава Т. Благојевића да иза професора Константиновића "стоји један огроман интелектуални капитал" и да ово дело представља "један изванредно потпун и савремен предлог како би било могуће и потребно кодификовати облигационо право у нашој земљи." И заиста, у 1066 чланова аутор даје решења за многобројна питања из области уговорних и других облигационих односа "која би истовремено била правична и најбоље одговарала потребама практичног живота.“ – Стојан Михајловић, *Михајло Константиновић: Облигације и уговори (прикази)*, Гласник Адвокатске Коморе у АП Војводини, Нови Сад, 1969, број 6, 31-32

⁵³⁰ Михајло Константиновић, *Облигације и уговори - Скица за законик о облигацијама и уговорима*, Београд, 1996, 70

⁵³¹ Слободан Перовић, *Забрањени уговори у имовинскоправним односима*, Београд, 1975, 52

⁵³² Б. Лоза, 1970, 45

⁵³³ Према: Ј. Салма, 1975, 42

контрахента или који је био у битној и нескривљеној заблуди у погледу праве вредности чинидбе и противчинидбе“.⁵³⁴

Није, међутим, занемарљив ни број судских одлука из тог времена из којих произлази да став судске праксе по овом питању није био јединствен, те да је један број представника судске власти прихватао објективну теорију о концепцији прекомерног оштећења.

Тако је у пресуди Врховног суда Косова посл. број Гж. 19/70 од 6.3.1970. године наглашено да „раскиду уговора или доплати разлике због оштећења преко половине има места када уговорена цена не достиже ни половину вредности предмета уговора која се могла постићи у време закључења уговора.“⁵³⁵ Сличан став можемо наћи и у пресуди Врховног суда Србије, посл. број Гж. 366/71 од 21.12.1971. године.⁵³⁶

4.1.6.3. Начин на који је институт прекомерног оштећења регулисан у Закону о облигационим односима

Из приложеног је јасно да се решење за које се цењени професор Константиновић определио у многоме поклапа са оним што је било прописано у Српском грађанском законнику. Међутим, законодавац се приликом доношења ЗОО одлучио за нешто другачији приступ.

Институт прекомерног оштећења регулисан је чланом 139. Закона о облигационим односима, који прописује да „уколико је између обавеза уговорних страна у двостраном уговору постојала у време закључења уговора очигледна несразмера, оштећена страна може захтевати поништење уговора, ако за праву вредност тада није знала нити је морала знати.“⁵³⁷

Јасно је да се институт прекомерног оштећења може применити само на двострано обавезне уговоре.⁵³⁸ Примена овог института ограничена је на теретне уговоре.⁵³⁹ То произлази из саме природе добротних уговора.⁵⁴⁰ Наиме, за разлику од теретних уговора на која се примењују правила о тзв. комутативној (корективној) правди, код добротних уговора примењују се правила о дистрибутивној правди, која не подразумевају обавезу узвраћања противпрестацијом, али подразумевају обавезу поклонопримца да се уздржи од чињења која вређају поклонодавца. Такође, у складу са правилима о дистрибутивној правди, ако поклонодавац толико осиромаша да нема средстава за живот а поклонопримац жели да одржи уговор о поклону на снази, поклонопримац има обавезу издржавања поклонодавца.⁵⁴¹

⁵³⁴ Одлука Врховног суда Босне и Херцеговине, Гж.1013/71 од 16.3.1972. године.

⁵³⁵ Ј. Салма, 1975, 43

⁵³⁶ Пресуда Врховног суда Србије, Гж. 366/71 од 21.12.1971. године

⁵³⁷ Члан 139. став 1. ЗОО.

⁵³⁸ М. Цветковић, 2008, 195

⁵³⁹ А. Радованов, 2009, 156

⁵⁴⁰ О томе видети детаљније у: Ж. Ђорђевић, *Проблем еквивалентности у облигационом праву*, Београд, 1958, 53

⁵⁴¹ О. Антић, 2008, 406

Поред тога, нужно је да постоји очигледна несразмера која представља објективан елемент појма прекомерног оштећења. Термин ”очигледна несразмера” јесте еластичан термин и када је овај услов испуњен одредиће суд у сваком конкретном случају.

Такође, потребно је да се докаже да страна која се позива на лезију у моменту закључења уговора није знала нити је морала знати за постојање наведене несразмере, што представља субјективни елемент института прекомерног оштећења.⁵⁴²

Закон о облигационим односима такође изричито прописује да се због очигледне несразмере узајамних давања не може тражити поништење уговора на срећу, јавне продаје, као ни онда кад је за ствар дата виша цена из особите наклоности (тзв. *pretium affectionis*).

Када је реч о алеаторним уговорима, овакво поступање законодавца је разумљиво ако се има у виду да у моменту њиховог склапања није познато за коју од уговорних страна ће настати право а за коју обавеза и у којој висини,⁵⁴³ нити какав ће бити однос тих обавеза. Све то зависи од наступања неког неизвесног догађаја. Стога се у теорији истиче да је у алеаторним уговорима „апсолутно немогуће“ одредити вредност престације, односно да ли ће постојати несразмера између узајамних давања. Поред тога, сама природа уговора на срећу подразумева свестан пристанак уговорних страна да уговор за резултат има управо такву несразмеру, при чему исход не зависи од воље уговорних страна већ од неког будућег непредвидивог догађаја. Другим речима, ризик је равномерно распоређен међу уговорним странама.⁵⁴⁴ На неизвесност се пристаје самим закључивањем уговора. Не очекује се да накнада за чинидбу буде еквивалентна, већ се унапред пристаје на несразмеру узајамних давања.⁵⁴⁵ Због свега наведеног важи правило да „алеа искључује лезију“, односно да се код ове врсте уговора не може позивати на прекомерно оштећење.⁵⁴⁶

И одредба ЗОО којом је примена лезије изузета код јавне продаје одражава став који је традиционално прихваћен у уговорном праву. Наиме, када се ствар продаје путем јавне продаје, тежи се постизању највише цене. Стога су приликом склапања уговора обе уговорне стране свесне да постоји несразмера између цене по којој је ствар продата и њене праве вредности,⁵⁴⁷ али на исту пристају.⁵⁴⁸ Уз то, неке видове јавне продаје, попут судске продаје у извршном поступку или јавне дражбе, спроводи суд или други надлежни орган који је дужан да води рачуна о еквивалентности узајамних престација колико је то у конкретном случају могуће.⁵⁴⁹

⁵⁴² А. Бикић, 2011, 89

⁵⁴³ М. Мијачић, 1990, 174

⁵⁴⁴ А. Менухард, 2003, 308

⁵⁴⁵ М. Мијачић, 1990, 174

⁵⁴⁶ С. Перовић, 1995, 280

⁵⁴⁷ Тако је Виши трговински суд у својој пресуди Пж. 795/06 од 6.9.2006. године нашао да нема правног основа за поништај уговора о продаји друштвеног капитала због означене цене ако је купац без мана воље у смислу члана 60. Закона о облигационим односима у поступку аукцијске продаје понудио цену за коју је у том моменту знао да је знатно већа од реалне, без обзира на мотиве који су купца определили да ту цену понуди, ако је та цена унета у уговор и ако је такав уговор потписао. Суд је образложио да тужиоци тврде да су и у моменту закључења уговора знали да цена означена у уговору не представља праву вредност, односно да је по њиховом уверењу права вредност знатно испод уговорене. Због тога члан 139. Закона о облигационим односима није основ за поништај спорног уговора. - Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 795/06 од 6.9.2006. године

⁵⁴⁸ Б. Лоза, 1970, 52

⁵⁴⁹ Б. Визнер, 1978, 561

Када је реч о афекционој цени и институту лезије, изузеће случајева кад је за ствар плаћена виша цена из нарочите наклоности од примене овог правног инструмента се у теорији објашњава тиме што је купац из неког субјективног разлога свесно пристао на вишу цену и стога нема право да накнадно тражи поништај такве трансакције.⁵⁵⁰

Занимљиво је да један део домаће правне теорије сматра да је засебно нормирање института прекомерног оштећења у нашем праву сувишно и непотребно, јер се тај институт може регулисати као један од случајева одговорности због недостатка испуњења. Према ауторима који заступају наведени став, ако се лезија посматра као постојећа несразмера између вредности чинидбе и противчинидбе, тај институт суштински представља један правни недостатак сауговарачеве чинидбе. Стога се на њега могу сходно применити правила из члана 121. ЗОО којим је предвиђено да код уговора са накнадом свака уговорна страна одговара за недостатке свог испуњења.⁵⁵¹

Чињеница јесте да се оба института примењују на теретне, и то двострано обавезне уговоре. Такође, њиховом применом се штити начело еквивалентности узајамних давања. Ипак, домен примене правила о прекомерном оштећењу је знатно шири него домен примене правила о одговорности за правне недостатке ствари. Поред тога, суштина правила о евикцији јесте у узнемиравању прибавиоца ствари на основу права које је постојало пре него што је он стекао ту ствар, а за чије постојање он није знао. Преносилац је дакле приликом преносења ствари располагао правом трећег лица које је у моменту преноса исте већ било установљено.⁵⁵² Суштина је у заштити прибавиоца ствари, док је правилима о лезији заштићен уговарач који је предметним уговором оштећен. Поново је шири домен примене, а акценат је на вредности престација а не на обиму и овлашћењима које прибавилац ствари преносом исте добија. Стога је по нашем мишљењу нужно одвојено правно регулисање наведених института.

4.2. ПРАВНА ПРИРОДА ПРЕКОМЕРНОГ ОШТЕЋЕЊА КАО ИНСТИТУТА УГОВОРНОГ ПРАВА

4.2.1. Субјективне и објективне теорије о концепцији прекомерног оштећења

Приликом анализе овог института, битно је имати у виду његову економску компоненту (која се огледа у проблему једнакости), моралну (која се фокусира на проблем правичности), као и филозофску компоненту (која се бави проблематиком вредности). Ове различите компоненте прекомерног оштећења су анализирали представници различитих струка – филозофи, економисти, етичари и напоследку правници. Сви они су имали различита гледишта, схватања и теорије о правној природи и последицама овог института, о његовим узроцима и начину регулације.

⁵⁵⁰ С. Перовић, 1995, 280

⁵⁵¹ Према: Б. Визнер, 1978, 552

⁵⁵² С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 397

У правној литератури се по значају издваја подела на субјективну и објективну теорију о концепцији лезије. Критеријум за ту поделу јесте утицај воље уговарача на формирање наведеног правног инструмента.⁵⁵³

Субјективне теорије поред постојања очигледне несразмере уговорних давања захтевају и постојање одговарајућег субјективног елемента на страни оштећеног уговарача, који се огледа у постојању законом предвиђене мане воље⁵⁵⁴ у погледу вредности његове, а по неким ауторима чак и обе, престације.⁵⁵⁵ До прекомерног оштећења долази услед тога што једна уговорна страна није имала јасну и реалну представу о вредности своје, или вредности престације друге уговорне стране,⁵⁵⁶ те је услед тога пристала на закључење уговора у којем је равнотежа међусобних давања уговорних страна знатно и евидентно нарушена. Субјективне теорије су последица индивидуалистичког схватања грађанског права у време доношења првих великих грађанских кодификација, као и тада доминантног схватања о апсолутности начела аутономије воље.⁵⁵⁷ Оно што се овим теоријама суштински штити јесте недостатак у вољи једног уговарача, а не сама чињеница нееквивалентности узајамних давања.⁵⁵⁸ У складу са наведеним, за субјективне теорије је карактеристично да је моменат према коме се цени оштећење моменат када је наступила мана воље.⁵⁵⁹

Становишта представника субјективних теорија највише су се разилазила поводом питања да ли је доказивање постојања мане воље код оштећене уговорне стране услов да би се уговор могао сматрати лезионарним и примениле одговарајуће санкције (како је сматрао један део теоретичара)⁵⁶⁰ или је то имплицирано самим постојањем очигледне несразмере престација и не мора се посебно доказивати (што је истицао други део заступника субјективних теорија о правној природи лезије).⁵⁶¹

Јасно је да се теорије које су заступале потоње становиште практично граниче са објективним теоријама о правној суштини прекомерног оштећења. Међутим, разлика је у томе што заступници наведених теорија сматрају да иако основу лезије чини заправо очигледна несразмера престација као објективно утврдиво стање, имплицирани циљ овог правног средства јесте отклањање последица тога што је један уговарач искористио околност да његов сауговарач није знао праву вредност своје престације (што је субјективни елемент лезије).⁵⁶² Из тих разлога је и уведен услов по ком се прекомерно

⁵⁵³ Према: Ј. Салма, 1975, 20

⁵⁵⁴ Мане воље представљају недостатке изјављене воље услед којих правни посао не производи жељено дејство. - Даница Попов, *Рушљивост правног посла услед заблуде*, Зборник радова, Нови Сад, 2006, број 3, 232

⁵⁵⁵ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 444

⁵⁵⁶ С. Перовић, 1995, 277

⁵⁵⁷ М. Живковић, 2006, 94

⁵⁵⁸ Б. Лоза, 1970, 46

⁵⁵⁹ С. Перовић, 1995, 278

⁵⁶⁰ Б. Лоза је сматрао да уколико прихватимо субјективну концепцију прекомерног оштећења, оштећени мора доказати да је код њега постојала заблуда или да је био жртва преваре кад је реч о правој вредности узајамних престација, те да је та мана воље код њега постојала у моменту када је уговор закључен. – Б. Лоза, 1970, 47

⁵⁶¹ Тако Ј. Салма истиче да је сасвим јасно да, без обзира да ли прихватамо субјективну или објективну теорију о концепцији прекомерног оштећења, до несразмере узајамних престација не долази без одређеног утицаја недостатка воље, тј. она не нестаје сама од себе. Ово је још јасније ако се узме у обзир да уговор закључују уговорне стране које воде рачуна о својим интересима. – Ј. Салма, 1975, 39

⁵⁶² *Ibidem*.

оштећење као правно средство неће применити уколико је оштећена уговорна страна знала праву вредност своје престације, али је упркос томе закључила уговор у питању.

Оно што је за све теорије из ове групе заједничко јесте да захтевом да мана воље буде „квалификована“ одређеним другим околностима било на страни оштећене уговорне стране, било на страни оба уговарача оне ограничавају домен примене института прекомерног оштећења и знатно отежавају примену лезионарних санкција у пракси. Доказати постојање мане воље која је изазвала нералну представу о вредности било једне, било обе престације у пракси се показало као прилично тежак задатак. Још је захтевније и сложеније на суду доказати постојање непосредне везе између одређене чињенице и настанка те мане воље.

Правна последица постојања субјективно схваћеног прекомерног оштећења у уговору јесте његова релативна ништавост.⁵⁶³ То је потпуно у складу са логиком правног система, јер је рушљивост последица правних послова при чијем закључењу је постојала мана воље. Наиме, нееквивалентност узајамних давања представља недостатак који је постојао у моменту закључења уговора. Оваквим уговорима је угрожен интерес појединца, а не друштвени.⁵⁶⁴

Могло би се аргументовати да су лезионарни уговори супротни начелу еквивалентности које представља императивно правило. Међутим, ако имамо у виду правило члана 103. став 1. ЗОО, рушљивост лезионарних уговора оправдана је и чињеницом да циљ успостављања овог правног инструмента заштите начела еквивалентности јесте да се поново успостави економска равнотежа уговора, као и тиме што ЗОО децидно прописује рушљивост као правну санкцију ове врсте уговора.⁵⁶⁵ Сауговарач оштећеног није несавестан, не постоји повреда јавног поретка нити добрих обичаја. Све наведено упућује на оправданост санкције рушљивости за лезионарне уговоре.

Субјективно становиште о правној природи лезије су прихватиле старије грађанске кодификације. Француски Грађански законик, како смо већ поменули, усваја субјективну теорију прекомерног оштећења и регулише овај институт у делу који се односи на мане воље.⁵⁶⁶ Иако је овај институт у аустријској кодификацији која је ступила на снагу непуну деценију касније најпре параграфом 934. конституисан на објективан начин, снажан утицај француског законодавног примера а самим тим и субјективне теорије очигледан је уколико узмемо у обзир одредбе параграфа 935. Наиме, наведеним параграфом је предвиђено да нема места примени лезије као правног инструмента, *inter alia*, ако је оштећена страна била упозната са правом вредношћу своје престације, те је упркос томе пристала да за њу прими престацију несразмерне вредности.⁵⁶⁷ У складу са наведеним, у аустријском Грађанском законнику је прекомерно оштећење схваћено напросто као заблуда о вредности.⁵⁶⁸

⁵⁶³ С. Перовић, 1995, 278

⁵⁶⁴ Б. Лоза, 1970, 49

⁵⁶⁵ У овом контексту видети и одредбу члана 111. ЗОО.

⁵⁶⁶ Према: Љ. Милошевић, 1982, 132

⁵⁶⁷ О овоме детаљније видети: С. Перовић, 1995, 277

⁵⁶⁸ Аустријски законодавац је предвидео да се постојање заблуде о правој вредности престације претпоставља, али је „обогаћеној“ уговорној страни дозвољено да доказује супротно и уколико у томе буде успешна на тај начин онемогући примену правила о лезији. При томе није од значаја да ли је заблуда скривљена или не, као ни да ли је уговорна страна која је примила престацију очигледно несразмерне вредности од оштећеног сауговарача знала да је он у заблуди. Дакле, уколико се докаже одсуство

Поред наведених законика, субјективна концепција лезионарних уговора била је заступљена и у италијанској цивилној кодификацији, али и у мађарском предратном грађанском праву.⁵⁶⁹ Данас је заступљена у румунском праву.⁵⁷⁰

Наиме, објективне теорије су оне по којима је за примену правила о прекомерном оштећењу довољно да је испуњен само један услов: да сауговарач не добија ни половину тржишне вредности од онога што је по уговору другој уговорној страни дао или је дужан дати.⁵⁷¹ Утврђивање постојања објективног чиниоца у виду подразумева примену било одређеног математичког поступка, било одговарајућег правног стандарда. Другим речима, акценат се ставља на чињеницу постојања очигледне несразмере, док стање свести и воље оштећеног нису од важности.⁵⁷²

Мана воље према објективним теоријама не представља правни услов примене лезионарних санкција. Прекомерно оштећење може постојати независно од мане воље.⁵⁷³ Прихватањем објективне концепције се заправо проширује поље примене института лезије. Истовремено се сама примена овог правног инструмента у пракси поједностављује – довољно је доказати да у конкретном случају постоји законом установљена несразмера узајамних престаџија.⁵⁷⁴

Полазећи од идеје да престаџије код двостраних теретних уговора треба да буду приближно једнаке, заговорници објективних теорија сматрају да је утврђена повреда једнакости узајамних обавеза уговорних страна чињеница која је од интереса за јавни поредак независно од субјективних представа уговарача о вредности њихових престаџија.⁵⁷⁵ Схватања о томе да ли је постојање мане воље ипак правно релевантно када је реч о институту прекомерног оштећења, и уколико јесте у којој мери, различита су у различитим објективним теоријама. Тако представници апсолутно објективне теорије сматрају да евентуално постојање мане воље код оштећене уговорне стране нема никакав правни значај у овом контексту.⁵⁷⁶ Представници друге групе теорија су заступали став да мана воље може бити услов и узрок искључења правила о лезији, али само у појединим случајевима.⁵⁷⁷

постојања субјективног елемента, нема места примени овог правног средства. У томе лежи разлика у односу на чисто објективне теорије. – Према: Б. Лоза, 2000, 142; Ј. Салма, 1975, 30; С. Перовић, 1995, 277

⁵⁶⁹ Члан 1448. италијанског Грађанског законика и чланови 201. и 202. мађарског Грађанског законика

⁵⁷⁰ Члан 1221. румунског Грађанског законика (legislatie.just.ro/Public/DetailiiDocument/109884, приступила 26.4.2020. године)

⁵⁷¹ Б. Визнер, 1978, 551

⁵⁷² Б. Лоза, 2000, 142

⁵⁷³ С. Перовић, 1995, 277

⁵⁷⁴ Према: С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 39

⁵⁷⁵ С. Перовић, 1995, 277

⁵⁷⁶ Примена апсолутно објективне теорије се углавном везују за раније аустријско право и то само у случају уговора о купопродаји са оброчном отплатом цене. У правној теорији је овакво решење сматрано у најмању руку неуобичајеним јер је успостављено у корист купца који је *a priori* фаворизован самом чињеницом да уговорену цену отплаћује у више рата. Оно што ова правила чини још неуобичајенијим јесте да су своје место нашле у систему који је иначе прихватао субјективну концепцију о природи прекомерног оштећења, од чега је начињен изузетак само у случају једне врсте уговора. – Према: Ј. Салма, 1975, 49

⁵⁷⁷ Основна разлика између субјективних теорија о правној природи прекомерног оштећења и теорија које заступају ово гледиште јесте у следећем: код субјективних теорија се претпоставља постојање субјективног услова и недостатак мане воље сваки пут представља основ искључења примене лезионарних санкција. Насупрот томе, код објективних теорија из друге групе правни услов и узрок непримене института прекомерног оштећења је искључиво афекциони вољни пристанак на очигледно несразмерну престаџију или контрапрестаџију. - *Ibidem*, 50

Другим речима, заступници ове теорије сматрају да уговорна страна која је из разлога особите наклоности пристала на очигледну несразмеру уговорних давања нема право да тражи поништај или измену уговора позивањем на правила о лезији. Она је била свесна ризика прекомерног оштећења и на исти је пристала из унутрашњих, неимовинских разлога. Основни аргумент у корист овог схватања јесте да би се дозвољавањем накнадног поништаја из разлога очигледне несразмере узајамних давања у овом случају угрозила сигурност правног промета. О вољи оштећеног се, према овој теорији, води рачуна у само једном, граничном случају када је оштећени свесно ушао у неповољан правни посао.⁵⁷⁸ Ту се поставља својеврсна граница лезионарне правне заштите, што је једно разумно и животно решење, насупрот апсолутно објективне теорије која вољу оштећеног уопште не узима као правно релевантан фактор, чиме се принцип заштите оштећеног у случају постојања евидентне диспропорције узајамних давања поставља као ничим условљен и апсолутан принцип.⁵⁷⁹

Како смо већ поменули, главно преимућство објективне теорије је било што оштећена страна ужива већу заштиту, јер је уместо да буде принуђена да доказује да је била у заблуди о правој вредности престација - што је у пракси било врло тешко и неизвесно – довољно да докаже само постојање несразмере између престација било у одређеној, законом прописаној висини или такво да одговара законом прописаном стандарду. Доказивање постојања субјективног елемента прекомерног оштећења се у судској пракси показало као компликовано и подложно злоупотребама.⁵⁸⁰ Уколико се определио за метод еластичног стандарда, законодавац је најчешће као услов примене правног средства прекомерног оштећења захтевао да је несразмера између престација странака знатна, евидентна и неправична.

Правне последице дословног и строгог прихватања поделе на субјективну и објективну концепцију огледале би се у различитом тренутку према коме се лезија цени. Према субјективној теорији, то је моменат наступања мане воље, док је према објективној теорији у питању моменат закључивања уговора. Додатна разлика је и у томе што је правна последица прекомерног оштећења схваћеног у објективном смислу апсолутна ништавост уговора, као последица његове противности јавном поретку.⁵⁸¹

Настанак објективних теорија о концепцији прекомерног оштећења се везује за период римског права, одакле су путем рецепције ове теорије нашле своје место у немачком пандектном праву.⁵⁸² Интересантно је да је и Српски грађански законик из 1844. године прихватио објективни концепт лезије.

Објективне теорије су биле инкорпориране и у тзв. социјалистичка права у која је поред совјетског, спадало и мађарско, румунско, те југословенско право пре доношења Закона о облигационим односима 1978. године. Тако је, примера ради, Закон о промету земљишта и зграда из 1954. године прихватио објективну концепцију прекомерног оштећења.⁵⁸³ У Скици за законик о облигацијама и уговорима такође је прихваћена објективна концепција прекомерног оштећења.⁵⁸⁴

⁵⁷⁸ Б. Лоза, 1970, 48

⁵⁷⁹ Ј. Салма, 1975, 51-52

⁵⁸⁰ Према: Б. Лоза, 1970, 47

⁵⁸¹ С. Перовић, 1995, 278

⁵⁸² Према: Ј. Салма, 1975, 43

⁵⁸³ Члан 24. Закона о промету земљишта и зграда ФНРЈ.

⁵⁸⁴ Видети члан 107. Скице за законик о облигацијама и уговорима.

Премда је било недоречених и подељених мишљења у домаћој судској пракси,⁵⁸⁵ у другој половини прошлог века судови су се определили за објективни концепт прекомерног оштећења.⁵⁸⁶ У том смислу је нарочито значајан био утицај већ поменутих решења из Закона о промету земљишта и зграда. Како је у њему била прихваћена објективна концепција лезије, судови су тежили примени објективног појма прекомерног оштећења и на оне уговорне односе који нису били регулисани наведеним легислативним актом.⁵⁸⁷

Објективна теорија је и даље заступљена у појединим правним системима, попут мађарског.⁵⁸⁸

Неспорно је да су наведене правне теорије, као и интердисциплинарна разматрања знатно допринели томе да се дубље проникне у саму суштину и правну природу лезије, те да се оформи један нови, комплексан и свеобухватан научни приступ тој тематици.

4.2.2. Концепција прекомерног оштећења која је прихваћена у Закону о облигационим односима

До измена из 1993. године, Закон о облигационим односима предвиђао је мешовито решење, прихватајући објективну концепцију када је у питању промет друштвених средстава у режиму основних средстава, а у свим осталим случајевима промета субјективну концепцију. Наведеним реформама је за све двострано теретне облигационе уговоре⁵⁸⁹ уведено јединствено правило: за све врсте својине у промету, да би се побијао уговор због прекомерног оштећења, потребно је да је испуњен не само објективни услов (постојање очигледне несразмере престација), већ и субјективни услов (да је постојала заблуда код оштећене стране о правој вредности престације). У складу са тим, нови конститутивни елемент института „прекомерно оштећење“ је субјективне природе: заблуда оштећене стране о правој вредности престација .

У ЗОО је тај услов постављен тако да „оштећена страна може захтевати поништај уговора ако за праву вредност ствари тада није знала нити је морала знати“. При томе је нужно да је она поступала са потребном пажњом⁵⁹⁰ али да је упркос томе дошло до мане воље. Другим речима, како би се применио институт прекомерног оштећења нужно је да је оштећена уговорна страна била у својеврсној заблуди о правој вредности узајамних давања, као и да је до исте дошло иако је при закључењу уговора показала дужну пажњу.⁵⁹¹

Једна од правних последица прихватања субјективне концепције прекомерног оштећења⁵⁹² јесте и правило по ком је страна која се позива на лезију дужна да докаже не само очигледну несразмеру давања уговорних страна, већ и постојање субјективног

⁵⁸⁵ *Ibidem*, 42

⁵⁸⁶ Према: С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 40; видети, примера ради, пресуду Савезног врховног суда, Гж.115/62 од 22.12.1962. године.

⁵⁸⁷ С. Перовић, 1995, 278

⁵⁸⁸ njt.hu/translated/doc/J2013T0005P_20180808_FIN.pdf, приступила 26.4.2020. године (секција 6:98)

⁵⁸⁹ Ж. Ђорђевић, 1958, 65

⁵⁹⁰ Б. Визнер, 1978. 553

⁵⁹¹ М. Цветковић, 2008, 201

⁵⁹² С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 39

елемента.⁵⁹³ С обзиром на високу инфлацију праћену великим растом цена у време када је до наведених реформи дошло,⁵⁹⁴ наш је закључак да су оне биле мотивисане чињеницом да није више било довољно да постоји очигледна несразмера узајамних престација како би се могао применити институт лезије. У супротном би било нарушено начело правне сигурности.

Наведене реформе су наишле на подељена мишљења стручне јавности, али је превладало мишљење да су биле сврсисходне⁵⁹⁵ и доследне.

Овакав став је потврдила и судска пракса. Важно је напоменути да су се домаћи судови врло доследно држали правила по ком нема право на поништење уговора страна која у време закључења уговора није знала праву вредност ствари, али је исту морала знати.

Тако је Врховни суд Хрватске у пресуди посл.број Рев. 1281/91 од 20.06.1991. године одбио захтев за поништај уговора о купопродаји због прекомерног оштећења, сматрајући да је тужилац, који је тек након продаје три уметничке слике путем огласа и након што му је купац исплатио уговорену цену сазнао да једна од слика које су предмет уговора вреди знатно више, морао да зна праву вредност своје престације и да се у складу са изричитом законском одредбом на овај случај не могу применити правила о лезији.⁵⁹⁶

⁵⁹³ А. Бикић, 2011, 90

⁵⁹⁴ О томе детаљније видети: Драгослав Аврамовић, *Реконструкција монетарног система Југославије и победа над инфлацијом 1994.*, Београд, 2007

⁵⁹⁵ Сврсисходност реформи ћемо илустровати на примеру мађарског грађанског законика. Он прихвата објективну концепцију прекомерног оштећења, по којој је довољно постојање очигледне несразмере узајамних давања како би се применила правила о лезији. Међутим, овакав приступ је показао извесне слабости у пракси. Наиме, дешавало се да купци злоупотребе институт лезије, односно прецизније законом дату могућност да се лезиони уговор одржи на снази тако што би суд наложио продавцу да исплати одређену суму купцу на име разлике између исплаћене цене и реалне, тржишне вредности. То се чинило тако што би купци најпре понудили врло високу цену за продавчеву престацију, а затим након што је уговор закључен побијали исти због прекомерног оштећења. Ово је нарочито често био случај када је предмет уговора била роба до које је тешко доћи или за чију куповину је постојала велика конкуренција. Након што је оваква пракса узела маха, било је јасно да мора да се реагује. Врховни суд Мађарске је стога већ 1958. године издао Упутства број Пк. 267, у којим је истакао да приликом одлучивања да ли је несразмера очигледна или не, суд мора да детаљно испита све околности закључења уговора и његов садржај, услове које диктира тржиште у погледу вредности престација, специфичности конкретног уговора и начин утврђивања вредности престације и контрапрестације. У Упутствима се наглашава да начело правне сигурности налаже обазриво поступање приликом закључења уговора (другим речима одговарајући степен пажње), како би се одржало узајамно поверење уговорних страна да ће уговорне обавезе бити испуњене савесно, благовремено и у потпуности. Стога суд има дужност да води рачуна о томе да не дође до злоупотребе института прекомерног оштећења, како би једна уговорна страна избегла своје уговорне обавезе. Врховни суд се држао слова својих Упутстава са великом доследношћу. Стога је у одлукама које је донео након 1985. године дозвољавао правичну измену уговора о купопродаји непокретности, који је закључен у журби и страху да ће неко трећи да понуди повољније услове, само ако је несразмера између вредности непокретности и уговорене цене „екстремно велика“. Овај правни став је једнако примењиван и кад су правичну измену уговора захтевали продавци и када су то чинили купци. – Према: А. Menyhard, 2003, 307

⁵⁹⁶ Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев. 1281/91 од 20.6.1991. године

4.3. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ПРЕКОМЕРНОГ ОШТЕЋЕЊА

4.3.1. Правне последице прекомерног оштећења у упоредном уговорном праву

У појединим правним системима не постоји никаква правна санкција када је реч о прекомерном оштећењу.⁵⁹⁷ У питању је решење које је типично за либерални капитализам. Циљ оваквих правила је олакшавање и убрзавање протока роба и услуга. У системима који не предвиђају правне санкције у случају прекомерног оштећења остају моралне санкције, али је њихова ефикасност упитна јер не омогућују ни реституцију ни евентуалну допуну до правичне вредности престација.⁵⁹⁸ Из тих разлога су правни системи који не предвиђају никакве правне последице код лезионарних уговора у мањини.

Међутим, ни законодавства у којим су прописане одговарајуће санкције нису уједначена у погледу њихове врсте, домена примене и могућности уговарања клаузуле којом се унапред одриче од захтева да се исте примене.⁵⁹⁹

Већина законодавстава као правну последицу прекомерног оштећења предвиђа рушљивост уговора. Другим речима, сматра се да су у питању уговори који производе правно дејство, али могу бити поништени одлуком суда. Како би се одлука о поништају донела, то мора од суда да захтева странка у чијем интересу је рушљивост установљена.⁶⁰⁰ Постоје и правни системи у којима су лезионарни уговори апсолутно ништави. У тим правним системима овакви уговори не важе на основу самог закона, јер су супротни императивним нормама, јавном поретку и добрим обичајима.⁶⁰¹ И једно и друго решење имају своја оправдања, у зависности од тога у којој мери сматрамо да се лезионарним уговорима угрожава јавни интерес и правни поредак, односно у којој мери сматрамо да треба дати предност аутономији воље и очувању сигурности правног промета.

У појединим законодавствима, предвиђена санкција је искључиво раскид уговора. Сматра се да његова правична измена није могућност. У другима се говори о поништају. Нису искључене ситуације по којим је такав уговор могуће одржати на снази, уколико страна која је њиме стекла очигледно несразмерну корист надокнади оштећеној страни разлику у вредности престација.⁶⁰² Нама се чини да је потоњи став флексибилнији и уколико узмемо у обзир повезаност начела правичности и начела еквивалентности, далеко целисходнији. Наиме, потребно је имати у виду да је интерес уговорних страна у одређеном броју случајева управо тај да уговор који су закључили остане на снази и настави да производи правно дејство. У складу је са начелом аутономије воље да се

⁵⁹⁷ То је средином прошлог века био случај у чехословачком, као и у совјетском, немачком, чешком и румунском праву. – Према: Ј. Салма, 1975, 16

⁵⁹⁸ *Ibidem*, 12-13

⁵⁹⁹ Како смо већ навели, правне последице зависе од концепта појма прекомерног оштећења који је прихваћен у конкретном законодавству. Стога се рушљивост уговора веже за правне системе који прихватају субјективну концепцију *laesio enormis*, док је апсолутна ништавост лезионарних уговора правна последица која је предвиђена у оној групи законодавстава која прихватају објективну концепцију прекомерног оштећења. - С. Перовић, 1995, 278

⁶⁰⁰ Параграф 934. аустријског Грађанског законика, параграф 138. немачког Грађанског законика, члан 21. швајцарског Грађанског законика.

⁶⁰¹ Секција 6:98 мађарског Грађанског законика

⁶⁰² Б. Лоза, 1970, 49

уговорним странама та могућност допусти, уколико се накнадним поступањем уговорне стране у чију корист је прекршено начело еквивалентности неједнакост у вредности престација уговорних страна отклони. То је сасвим у складу са начелом правичности, нарочито јер се када је отклоњена несразмера вредности престација одржавањем предметног уговора на снази не угрожава ни јавни интерес, ни појединачни интереси уговорних страна.⁶⁰³

Још једна рестрикција правне заштите када је реч о овом правном институту исказује се у томе што се у појединим правним системима толеришу већи разломци оштећења.⁶⁰⁴ Последишно, сужава се поље примене института лезије. Што је већи разломак оштећења који се захтева, то је мањи број случајева у којим се на примену овог института може позивати, и обратно. Сматрамо да је еластични метод далеко флексибилнији од математичког. У пракси, конкретан проценат преко кога се оштећење сматра прекомерним треба да зависи од врсте и предмета уговора и укупне вредности престација странака. Као начелно правило бисмо могли рећи да се мањи разломак оштећења треба толерисати када је предмет уговора ствар велике вредности, попут некретнине. Такође, у складу са пореклом овог института можемо навести да се генерално може рећи да прекомерно оштећење постоји ако неко за своју престацију не добије ни половину њене вредности.

Различита решења постоје и када је реч о клаузули о одрицању од права на нападање уговора због прекомерног оштећења. Док је у једној групи права таква клаузула ништава, код других је могуће применити лезионе санкције само у случају њеног непостојања. Наиме, они правни системи који допуштају уговарање наведене клаузуле виде институт лезије као диспозитивни вид заштите начела еквивалентности узајамних давања. У складу са тим, странке га се могу одрећи ако то желе. У правним системима који не дозвољавају уговарање наведене клаузуле сматра се да је код теретних уговора основна идеја приликом њиховог закључивања управо да узајамна давања буду еквивалентна. Странка која се одриче заштите од повреде начела еквивалентности је најчешће управо економски слабија уговорна страна, која то чини под притиском економски јачег сауговорача. Такву праксу не би требало допустити, због чега се клаузуле о одрицању од примене правила о прекомерном оштећењу, и када су уговорене, сматрају непостојећим.⁶⁰⁵ Наш правни систем спада у ову другу групу.⁶⁰⁶ Сматрамо да је то решење оправдано. Премда би се могло аргументовати да странке у складу са начелом аутономије воље имају слободу да уговоре клаузулу о одрицању од права на лезионарну заштиту, наш је став да би се суштина постојања овог института обесмислила уколико би се предвидела могућност уговарања наведене клаузуле. Наш ЗОО предвиђа да ће се

⁶⁰³ Домен примене правила о прекомерном оштећењу је у упоредном праву такође различит. Постоје права у којима је врло рестриктиван јер се ова правила могу применити само на једну врсту уговора (најчешће је у питању уговор о купопродаји) а неретко и само на једну уговорну страну (продавца). На сасвим супротној страни спектра су она права која пружају право на лезионарну заштиту код свих двострано теретних уговора и за обе уговорне стране. Шири домен примене води до веће ефикасности правног института у пракси и потпуније правне заштите. Разлог због кога је прекомерно оштећење установљено јесте да се поврати уговорни и економски баланс између уговорних страна. Пружање могућности да се обе уговорне стране позову на примену наведеног института, и то у свим теретним уговорима, омогућава да се начела еквивалентности и правичности поново успоставе у знатно већем броју појединачних случајева. То доприноси већој правној сигурности на генералном плану. Стога је то решење за које се треба одредити.

- J. Salma, 1975, 6

⁶⁰⁴ *Ibidem*, 16

⁶⁰⁵ Према: Б. Лоза, 1970, 52

⁶⁰⁶ Видети члан 139. став 3. ЗОО.

институт прекомерног оштећења применити уколико оштећена уговорна страна праву вредност своје престације није знала, нити је морала знати. Уколико би се клаузули о одрицању признало правно дејство, допустило би се да се странка унапред одриче права да захтева правну заштиту иако није ни свесна да због несразмере давања уговорних страна она испуњава услове да ту заштиту у конкретном случају и захтева.

У упоредном праву се наилази и на различите рокове у којима може да се захтева примена овог правног института. Разумљиво је да што је прописани рок краћи, то је домен примене правних санкција ограниченији. Краћим роком се са једне стране обезбеђује већа правна сигурност и поступа у складу са начелом одржавања уговора на снази, али са друге стране се угрожавају начело правичности и еквиваленције узајамних давања. Према томе за колики се рок држава у питању определила, јасно можемо видети који су њени законодавни приоритети. Сматрамо да су, генерално говорећи, рокови краћи од годину дана од дана закључења уговора недовољно дугачки да би пружили лезионарну заштиту оштећеној страни.

Из свега наведеног је јасно да санкције прекомерног оштећења, било да омогућују реституцију или пак изједначавање престација уговорних страна, пружају потпуну одштету оштећеној уговорној страни и на тај начин обезбеђују остваривање не само начела еквивалентности, већ и начела правичности у уговорном праву. Уколико се томе дода снажна морална основа самог института прекомерног оштећења, јасно је због чега је овај правни инструмент један од најстаријих и најдуговечнијих када је реч о облигационом праву.

4.3.2. Правне последице прекомерног оштећења у српском уговорном праву

Премда има и мишљења по којим су лезиони уговори заправо апсолутно ништави, већина домаћих правних аутора их сврстава у категорију рушљивих.

Део правних теоретичара који заступа став да би правна последица уговора у којим постоји прекомерно оштећење требало да буде њихова апсолутна ништавост, нуди следеће образложење: пре свега, у питању је једна подврста противзаконитих уговора, а у складу са чланом 103. ЗОО последица таквих уговора се огледа у њиховој ништавости.⁶⁰⁷ Поред тога, забраном лезионих уговора се штити начело еквиваленције те „строго теоријски посматрано и сходно тој заштитној функцији, лезиони уговори би били обележени као уговори противни не само начелу еквиваленције, већ и јавном поретку и моралу. Због тога би они у принципу требало да буду апсолутно ништави уговори.“⁶⁰⁸

Међутим, аргументи против наведеног схватања су врло јаки. Пре свега, сам ЗОО прописује да је последица противзаконитих уговора њихова апсолутна ништавост „ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује шта друго“. Према томе, апсолутна ништавост као правна последица јесте правило, али не без изузетака. С обзиром на велики значај слободе уговарања и аутономије воље у уговорном праву, врло би се аргументовано могао

⁶⁰⁷ Члан 103. став 1. ЗОО гласи: “Уговор који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима је ништав ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује шта друго.“

⁶⁰⁸ Ј. Салма, 1977, 275

бранити став по ком би лезиони уговори спадали у ту групу случајева. Прописивањем санкције релативне ништавости, оставља се могућност да се уговор измени и остане на снази уколико то странке желе. На тај начин се поштује њихова слобода уговарања, али и начело еквивалентности јер је економска равнотежа изменом уговора реституисана.

На то да је српски законодавац такође сврстао лезионе уговоре у рушљиве, преваходно упућује глобална санкција - док повреда начела еквиваленције повлачи санкцију у виду апсолутне ништавости таквог правног посла, из законске одредбе члана 139. става 1. ЗОО произлази да је последица постојања прекомерног оштећења релативна ништавост уговора. Наиме, наведеном одредбом је прописано да оштећена страна „може тражити поништај уговора“.⁶⁰⁹ Познато је да се судском одлуком која има конститутивно дејство може поништити само рушљив уговор, док судска одлука којом се утврђује апсолутна ништавост уговора има декларативно дејство.⁶¹⁰

Наведено законско решење је сасвим у складу са схватањима традиционалне теорије, која је суштину института прекомерног оштећења видела у заблуди о тржишној вредности престација уговорних страна. Наиме, како то напомиње О. Антић, у зависности од тога да ли строго прихватамо субјективно или објективно схватање прекомерног оштећења, разликују се и његове правне последице. Уколико лезију схватамо субјективно, онда су такви уговори рушљиви, а уколико је схватимо објективно, онда су апсолутно ништави. Како је у нашем праву прихваћена субјективна концепција лезије, логично је да ће правна последица која следује бити релативна ништавост таквих уговора.

На то да су лезионарни уговори рушљиви, упућује и чињеница да право на подношење захтева за поништај уговора има само оштећена страна, а не и неко треће лице, и то у законом одређеном року. Захтев за поништај уговора због прекомерног оштећења се може остварити искључиво подношењем тужбе или противтужбе.⁶¹¹ У ЗОО-у је рок за подношење захтева за поништај уговора фиксиран на једну годину од дана закључења (тзв. објективни рок). Након истека тог рока престаје право оштећене стране да захтева поништење уговора. Према томе, ради се о преклузивном року.⁶¹² Реч је, дакле, о прећутној конвалидацији, која је својствена рушљивим уговорима и наступа уколико странка у чијем је интересу рушљивост установљена не тражи да се правни посао у питању поништи пре истека законом прописаних преклузивних рокова.⁶¹³ Разлог за могућност губитка права да захтевају поништај овог уговора након истека годину дана се може наћи у начелу правне сигурности. Наиме, странка се не може унапред одрећи тог права, али с обзиром на то да се лезионарним уговорима у мањем обиму вређа јавни

⁶⁰⁹ Ј. Салма се похвално изражава о законодавчевом опредељењу да у законској формулацији наведе да „ако је између обавеза уговорних страна у двострано обавезном уговору постојала у време закључења уговора очигледна несразмера, *оштећена страна може захтевати поништење уговора* ако за праву вредност тада није знала нити је морала знати“. Наиме, овај аутор сматра да је практично и теоријски исправно што законски текст говори о поништају уговора, те да како је реч о уговору противном јавном поретку и моралу оваква формулација има више основа него употреба термина „раскид уговора због прекомерног оштећења“. Он наглашава да је то јасно када је реч о објективној концепцији прекомерног оштећења, али да исто важи и уколико прихватимо субјективну теорију о лезији као о мани воље. Напросто, последица постојања такве мане воље се огледа у њеној релативној ништавости. – Ј. Салма, 1977, 275

⁶¹⁰ Б. Визнер, 1978, 554

⁶¹¹ Као пример из судске праксе видети пресуду Привредног суда у Пожаревцу, П.68/16 од 15.12.2016. године.

⁶¹² Право на поништај уговора прелази и на наследнике оштећеног уговарача. - С. Перовић, 1995, 280

⁶¹³ Д. Николић, 2017, 369

интерес и да не постоји зла намера друге стране⁶¹⁴ јасно је да је законодавац одлучио да ограничи рок у којем се то право може користити како би се уговор одржао на снази и како би се одржала сигурност правног промета.

Такође, у парници поводом испуњења уговора може се истицати приговор рушљивости уговора због прекомерног оштећења.⁶¹⁵ Приговорима странка штити своја права у судском поступку. Приговор рушљивости спада у материјалноправне приговоре, којим се суд упозорава на постојање одређених правних чињеница због којих суд мора ускратити судску заштиту. У овом конкретном случају, оштећена уговорна страна може истицати да је предметни уговор рушљив услед постојања прекомерног оштећења и захтевати да се по том основу ускрати судска заштита њеном сауговорачу.

ЗОО такође у члану 139. став 3. децидно одређује да евентуално одрицање унапред од права да се захтева поништење уговора због лезије нема правног дејства. На тај начин штити се начело једнакости уговорних страна.⁶¹⁶ *Mutatis mutandis*, таква одредба у уговору била би ништава. Већ смо поменули да у томе неки аутори, попут Јожефа Салме, виде „рецидив ништавости“.

Такво становиште је сасвим у складу са судском праксом у том погледу. Аргументи којима је такво поступање суда поткрепљивано у судским одлукама чине се прилично убедљивим: прекорачење законом прописаних граница дозвољеног одступања од једнакости узајамних давања чини уговор неправичним. Уговорна страна која се унапред одриче од права на поништај уговора из наведеног разлога то често чини јер се налази у стању нужде које је приморава да уговор закључи и под неповољним условима. Апсолутно је неприхватљиво да се уговор којим се грубо нарушава начело еквивалентности узајамних престација одржи на снази само из разлога што се оштећена уговорна страна претходно одрекла права да захтева поништај уговора по том основу. Стога се одрицање од права на поништај уговора због лезије сматра противним јавном поретку и апсолутно ништавим.⁶¹⁷

Чланом 139. став 4. ЗОО прописано је да ће уговор остати на снази ако друга страна понуди допуну до праве вредности. На основу ове одредбе можемо закључити да уговорна страна коју ћемо условно назвати „обогашеном“ нема право да захтева од суда измену или раскид уговора због прекомерног оштећења. То субјективно право је резервисано само за оштећену уговорну страну, док страна која је примила престацију чија је вредност очигледно несразмерна вредности оног што је дала има правну моћ да понудом да допуни вредност своје престације одржи уговор на снази.⁶¹⁸

Другим речима, оштећена уговорна страна може да захтева само поништај уговора, док друга уговорна страна има могућност избора да ли ће да пристане да уговор буде поништен или ће га одржати на снази тако што ће допунити своју чинидбу до стварне вредности (тзв. *facultas alternativa*). Понудом допуне до праве вредности се поново успоставља еквиваленција престација у двостраном теретном уговору.

Ово правило је сасвим у складу са правилом по коме странке закључују уговор слободном вољом, а не под присилом. Наиме, уколико би се прихватило другачије решење и дозволило оштећеном уговорачу да захтева од свог сауговорача да доплати

⁶¹⁴ *Ibidem*, 365

⁶¹⁵ М. Цветковић, 2008, 201

⁶¹⁶ А. Радованов, 2009, 157

⁶¹⁷ С. Перовић, 1995, 280

⁶¹⁸ Ј. Салма, 1975, 18

износ како би се достигла правична вредност престације, тиме би се друга уговорна страна практично приморала да остане у уговору иако то можда уопште не жели.⁶¹⁹ Примера ради, сасвим је могуће да купац који је закључио уговор о купопродаји уметничке слике велике вредности понукан њеном ниском ценом такав уговор не би закључио да је знао да ће морати да доплати разлику до пуне вредности уметничког дела у питању.

Управо из наведеног разлога је тој уговорној страни остављена могућност избора између одстрањења оштећења и повраћаја оног што је на основу лезионарног уговора примила.⁶²⁰

Уколико оштећени уговарач прихвати понуду за допуну престације до правичне вредности, лезионарни уговор постаје пуноважан као да прекомерног оштећења није ни било. Међутим, шта се дешава у случају да понудилац не испуни обавезу да допуну вредност своје престације? Одговор је једноставан: у том случају наступиће услови да се захтева раскид уговора због неиспуњења.⁶²¹ Поред тога, јасно је да се може захтевати и принудно извршење ове обавезе.

Одлука суда о поништају уговора услед постојања *laesio enormis* има конститутивно дејство. Она делује *ex tunc*, односно сматраће се да до закључења уговора није ни дошло.⁶²² Уколико уговорне стране нису извршиле своје престације, поништењем уговора нестаће и правни основ да се изврши чинидба и захтева чинидба друге стране.

Уколико је уговор извршен, врши се реституција, по могућству натурална. Другим речима, свака уговорна страна ће да врати оно што је примила на име испуњења обавезе из претходног правног посла.⁶²³ У случају да се враћање примљеног не може извршити, извршиће се цивилна реституција, односно страна која не може да испуни натуралну реституцију ће бити дужна да исплати новчану накнаду ствари.⁶²⁴ Наиме, натурална реституција је прилично једноставна онда када су уговорне стране једна другој предале одређено материјално добро. Проблем, међутим, настаје онда када је једна од странака извршила одређену радњу, или је ствар која је предмет уговора потрошена или отуђена. Јасно је да је натурална реституција у том случају немогућа.⁶²⁵ Решење се пронашло у исплати вредности у новцу, односно успостављању новчане еквиваленције између уговорних страна.

Чланом 1094. ЗОО је изричито прописано да се не може тражити поништење поравнања због прекомерног оштећења. Под тим се сматра како судско, тако и вансудско поравнање. У склапању судског поравнања учествује суд као државни орган, у кога уговорне стране треба да имају поверење и који по службеној дужности води рачуна о поштовању начела еквивалентности узајамних давања.⁶²⁶ Оно је закључено оног

⁶¹⁹ С. Перовић, 1995, 279

⁶²⁰ *Ibidem*, 280

⁶²¹ А. Бикић, 2011, 91

⁶²² А. Радованов, 2009, 157

⁶²³ Д. Николић, 2017, 354

⁶²⁴ А. Радованов, 2009, 157

⁶²⁵ Пример за такав случај јесте престација уговорне стране код уговора о делу или о раду. – С. Перовић, 1995, 280

⁶²⁶ Б. Визнер, 1978, 561

момента када странке прочитају и потпишу записник у кога је унет споразум странака о поравнању.⁶²⁷

Уговор о поравнању (вансудско поравнање) је именовани, двострано обавезни уговор материјалног права којим уговорне стране решавају постојећи спорни материјалноправни однос. На ову врсту уговора се примењује већина основних начела ЗОО. Међутим, изузетак јесте начело једнакости узајамних давања, у складу са правилом да се на уговор о поравнању примењују опште одредбе о двостраним уговорима. Наиме, међусобна попуштања учињена у поступку закључења вансудског поравнања не морају подразумевати и еквивалентност тих поступака.⁶²⁸ Истовремено, она представљају битан елемент уговора о поравнању.⁶²⁹ Циљ узајамних попуштања странака је уклањање неизвесности у погледу садржаја постојећег облигационоправног односа између њих и свака уговорна страна слободно и самостално одлучује о обиму тог попуштања.⁶³⁰

Законодавац је приликом конституисања овог правила имао у виду доминантне ставове о овом питању у домаћој правној науци пре доношења ЗОО. У том контексту, истаћи ћемо мишљење по коме такво поравнање у ком свака странка не добије еквивалент за оно што другој страни даје види као „симулацију“ и злоупотребу форме поравнања. Суштина самог института поравнања је у узајамном попуштању и постизању компромиса, што представља уједно и одлику која поравнање чини засебном правном установом.⁶³¹ Међутим, чињеница да приликом његовог склапања није постигнута једнакост узајамних давања странака не би требало да има утицаја на пуноважност истог. Образложење за овакав став Н. Воргић види у томе да „могућност злоупотребе форме једне установе не може да негира саму ту установу.“⁶³² Ми смо са наведеним схватањем сагласни. Уколико странке постигну споразум у вези са правима којима слободно располажу, у оквиру је њихове слободе уговарања да одлуче о евентуалној еквивалентности узајамних давања. Институту прекомерног оштећења се не може применити јер су уговорне стране знале, односно морале знати вредност своје обавезе и свесно су закључиле одговарајући споразум. Дакле, није испуњен субјективни услов постојања прекомерног оштећења које наш закон захтева.

Наведени став налазимо и у судској пракси. Тако је Врховни суд Србије у одлуци посл.број Рев. 4842/02 од 29.5.2003. године најпре навео да је сврха поравнања да се у погледу неког спорног односа на неспоран начин одреде међусобна права и обавезе

⁶²⁷ Члан 337. Закона о парничном поступку (Закон о парничном поступку, „Службени гласник РС”, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020; у даљем тексту: ЗПП)

⁶²⁸ Врховни касациони суд је заузео такав став у својој пресуди пословни број Рев. 65/10 од 24.2.2010. године. У предметној пресуди Врховни касациони суд је навео да су парничне странке закључењем судског поравнања у предмету Општинског суда у Ваљеву од 21.1.1998. године, узајамним попуштањем, на нов начин уредиле свој материјалноправни однос, услед неизвршења уговора о продаји предметне непокретности, при чему су знале и морале знати за праву вредност и однос узајамних престација. Закључак Врховног касационог суда је био да су судским поравнањем, односно узајамним пропуштањем, парничне странке решиле спорни однос и одредиле своја узајамна права и обавезе, те да су нижестепени судови правилно нашли да је неоснован противтужбени захтев за накнаду штете која представља разлику између уговорене и накнадно остварене цене. - Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 65/10 од 24.2.2010. године

⁶²⁹ Велисав Марковић, *Уговор о поравнању*, Збирка радова са Synthesis међународне конференције о истраживањима у вези са информатичким технологијама и бизнисом, 2015, 728-730

⁶³⁰ Б. Лоза, 1970, 51

⁶³¹ Такво решење постојало је како у аустријском цивилном кодексу, тако и у Српском грађанском законнику. – Према: В. Марковић, 2015, 728

⁶³² Н. Воргић, *Побијање судског поравнања*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1967-1968, број 2, 71-86

странака, услед чега се након што је поравнање склопљено права и обавезе странака просуђују у складу са уговором о поравнању. Надаље, овај суд је нагласио да „одредбе члана 139. и члана 130. Закона о облигационим односима у којима је нормирано прекомерно оштећење, у принципу имају општи карактер који се примењује на све теретне уговоре, уколико другим прописима за поједине посебне уговоре није друкчије прописано. Један од посебних уговора који је именован је и поравнање (члан 1089. до 1098. Закона о облигационим односима), а у члану 1094. истог Закона је изричито прописано да се због прекомерног оштећења не може тражити поништење поравнања.“

Као илустрацију чињенице да су судови у нашој земљи доследно примењивали ово правило и када је реч о вансудском поравнању навешћемо пример пресуде Врховног суда Србије посл. број Рев. 2659/05 од 14.6.2006. године. У овој одлуци највише судске инстанце се децидно наводи да „када је оштећени у потпуности вансудским поравнањем прихватио понуђене износе као накнаду целокупне штете и одрекао се даљег потраживања из штетног догађаја, без значаја је да ли им је исплатом по поравнању исплаћена потпуно, или делимично стварна и правична накнада штете.“⁶³³

Другим речима, сматра се да су странке узајамним попуштањем дошле до узајамно прихватљивог решења. Оно не мора нужно да буде у складу са начелом еквивалености, што законодавац изричито предвиђа.

4.4. ПРИМЕНА ПРАВИЛА О ПРЕКОМЕРНОМ ОШТЕЋЕЊУ НА УГОВОРЕ У ПРИВРЕДИ

4.4.1. Специфичности уговора у привреди у односу на грађанскоправне уговоре и различити приступи њиховом законодавном регулисању

Данас је неспорно да је привредно право посебна грана права. Ипак, облигационим правом је регулисан и део материје привредног права који се односи на уговоре који настају између привредних субјеката, односно у обављању привредних делатности. Како је у питању материја која суштински спада у област уговорног права, али неспорно има одређене специфичности, у теорији су се развила два основна приступа када је реч о о начину њеног законодавног регулисања.

Један део аутора је заузео став да између уговора у привреди и грађанскоправних уговора не постоји суштинска разлика, осим појединости попут правних субјеката који уговор закључују. Заступници ове, тзв. *теорије јединства* наглашавају да су се привредни уговори развили из основног типа неког грађанскоправног уговора са којим деле општа заједничка обележја и да стога нема потребе за њиховим засебним регулисањем, јер би се на тај начин само беспотребно дуплирале одредбе ионако прилично обимног закона.⁶³⁴ Пример законика у коме је прихваћена теорија јединства је

⁶³³ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2659/05 од 14.6.2006. године

⁶³⁴ Поред тога, сматра се да сам карактер промета робе и услуга омогућава да ова област у највећем делу буде регулисана јединственим облигационоправним правилима. Додатни аргумент за јединствено регулисање класичних грађанских и привредних уговора јесте да се на тај начин постиже равноправност странака у облигационим односима без разлике да ли су у питању физичка или правна лица, односно привредни субјекти - Ј. Салма, 2010, 39-40; С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 16

швајцарски Законик о облигацијама. Поред овог модерног кодификаторског дела, за јединствено регулисање ове материје определили су се и доносиоци закона у бројним социјалистичким земљама.⁶³⁵

По тзв. *теорији двојства*, привредни уговори су потпуно одвојени од класичних уговора грађанског права, што се види већ на нивоу основних начела, али и самог циља закључивања уговора.⁶³⁶ Такође, у теорији се истиче да грађанскоправни уговори могу бити и теретни и бестеретни, док се код уговора у привреди полази од претпоставке теретности.⁶³⁷

Аутори који заступају теорију двојства сматрају да је управо због ових разлика између грађанскоправних уговора и уговора који се закључују у привреди неопходно да се они одвојено регулишу. Другим речима, залажу се да законодавац уреди уговоре у привреди у засебном трговачком законнику, док би цивилни кодекс и даље регулисао класичне уговоре грађанског права. Теорија двојства била је прихваћена како у ранијем француском праву, што је резултирало доношењем Трговачког законика 1807. године, тако и у немачком праву у ком је донет засебан Немачки трговачки законик 1861. године.⁶³⁸

4.4.2. Законодавно регулисање привредних уговора у српском праву

Занимљиво је да је у српском праву XIX века била прихваћена доктрина о двојству, али када је реч о статусном делу привредног права. По узору на француски Трговачки законик из 1807. године, а 16 година након доношења Српског грађанског законика, 1860. године је светлост дана угледао српски Трговачки законик.⁶³⁹

Међутим, након завршетка Другог светског рата постало је јасно да прелазно решење по ком је предвиђена примена правила из предратног грађанског и трговачког права у пракси ствара бројне потешкоће. Не само што су ова правила била изузетно неуједначена, већ су у великој мери била и превазиђена, што је неретко резултирало врло противречним одлукама у судској пракси.⁶⁴⁰

Иако је било евидентно да је неопходно целовито законодавно регулисање ове области, рад на кодификацији је трајао више од три деценије. У теорији се истиче да је

⁶³⁵ Према: С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 17

⁶³⁶ Тако се грађанскоправни уговори закључују како би се задовољиле потребе грађана. Насупрот томе, привредни уговори закључују се са лукративним циљем. Код потоњих су присутни, поред приватних, и државни интереси – примера ради, промет роба и услуга, те приходи које држава остварује од пореза. Поред тога, привредне уговоре закључују само одређени субјекти и то у оквиру своје редовне делатности. С обзиром на то да се закључују често и у великом броју, приметно је да је већина ових уговора адхезионог типа. Услед брзине њиховог закључења, нужно је предвидети и рокове застарелости који се разликују од оних прописаних за класичне уговоре грађанског права. - С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 19

⁶³⁷ На пример, класичан грађанскоправни уговор о остави је добротин уговор, уколико се не уговори супротно, док уговор о складиштењу, који представља његову варијацију када је реч о уговорима у привреди, подразумева накнаду. - Ј. Салма, 2010, 49

⁶³⁸ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 17

⁶³⁹ Такође је вредно помена да су Аустријанци принцип самосталног уређивања статуса привредних друштава прихватили тек 2 године након што је донет Српски трговачки законик, док су Немци засебно уредили статусни део привредног права тек 1897. године. – Ј. Салма, 2010, 44

⁶⁴⁰ Славко Царић, *Закон о облигационим односима и кодификација правила о уговорима у привреди*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1979, број 2, 48

један од разлога био тај што су у социјалистичким системима са административним начином планирања уговори имали секундарни значај у односу на планске акте и задатке.⁶⁴¹ Стога је тек увођењем тржишних законитости у наш привредни систем акценат стављен на неопходност доношења новог Закона о облигационим односима, што је и учињено 1978. године.⁶⁴²

Српски законодавац је у ЗОО материју уговорног права регулисао једним законским актом и на јединствен начин.⁶⁴³ При томе, у случају да за привредни уговор није нешто посебно прописано,⁶⁴⁴ важе општа правила уговорног права.⁶⁴⁵

У већини савремених европских националних кодекса грађанског права законодавац се определио за исти приступ, уредивши облигационе уговоре на јединствен начин било да су у питању грађанскоправни или уговори у привреди.⁶⁴⁶ Обухваћени истим правним актом, ови потоњи су предвиђени или као засебни, именовани уговори или су уређени као посебни случајеви одступања од кодексом регулисаних класичних грађанскоправних уговора.⁶⁴⁷ Одвојени кодекси привредног права који поред статусних одредби садрже и материју засебно регулисаних трговачких уговора у модерном праву су изузетно ретки.⁶⁴⁸

4.4.3. Различита схватања о оправданости примене института *laesio enormis* на уговоре у привреди

Када је реч о прекомерном оштећењу, као специфичном институту заштите начела еквивалентности узајамних престација, у литератури не постоји јединствен став о оправданости његове примене на уговоре у привреди.

⁶⁴¹ М. Живковић, 2006, 28

⁶⁴² С. Царић, 1979, 49

⁶⁴³ Јединственим правилима за облигационе односе независно од карактера и својстава њихових субјеката створен је, према мишљењу цењеног аутора С. Царића, „јединствен концепт облигационих односа уз висок степен комерцијализације грађанског права“, али се тиме није негирала суштинска разлика између облигационих односа грађана и облигационих односа у привреди. - С. Царић, 1979, 51

⁶⁴⁴ Тако је, примера ради, предвиђено посебно правило за уговоре у привреди када је реч о полагању и предаји дуговане ствари (члан 329. став 2. ЗОО), као и у одредбама о претпоставци солидарности код деливих обавеза које су настале код ових уговора (члан 413. ЗОО) и већ поменутих правилима о одређивању цене кад она није одређена самим уговором (члан 462. став 2. и став 3. ЗОО).

⁶⁴⁵ Члан 25. ЗОО.

⁶⁴⁶ Као пример принципа јединства и потпуности у литератури се наводи холандски Грађански законик, који је настајао готово 4 деценије, у периоду од 1970. године када је кодификовано лично и породично право, до 2003. године када је кодификација финално уобличена усвајањем књига о наследном праву и о облигационим односима. Холандски Грађански законик се сматра једним од најпотпунијих у Европи, јер садржи не само општи део, лично и породично право, облигационо, стварно и наследно право, већ и књигу о привредним друштвима (статусни део) и књигу о међународном приватном праву. Поред тога, у књизи о облигационом праву су садржани уговори грађанског права, као и привредни уговори. Занимљиво је да су општа правила облигационог права регулисана у шестој, а посебни уговори у седмој књизи кодификације. - Ј. Салма, 2010, 46

⁶⁴⁷ *Ibidem*, 41

⁶⁴⁸ Као пример оваквог приступа у савременим европским законодавствима се у литератури наводи швајцарски Грађански законик и Законик о облигацијама. Међутим, у швајцарском праву не постоји посебан трговачки законик, већ Законик о облигацијама садржи како норме којим се уређује статус привредних друштава, тако и одредбе о привредним и грађанскоправним уговорима. - *Ibidem*, 43

4.4.3.1. Аргументи против примене института прекомерног оштећења када је реч о привредним уговорима

У већини грађанских законика европских земаља институт прекомерног оштећења примењује на грађанскоправне, али не и на уговоре у привреди.⁶⁴⁹ Стога међу домаћим ауторима постоје мишљења по којим би домаћи законодавац требало да се угледа на бројна решења из стране легислатуре, по којим се овај институт не примењује на привредне уговоре.⁶⁵⁰ Образложење оваквог става јесте да се од привредника очекује посебан ниво пажње и стручности приликом закључивања уговора и процене вредности престација.⁶⁵¹ У члану 18. став 1. ЗОО је начињена разлика између стране у класичном грађанском уговору од које се захтева да у извршавању своје уговорне обавезе поступа са пажњом „доброг домаћина“ и уговарача у привредном уговору који је у извршавању своје обавезе дужан да поступа са пажњом „доброг привредника“. Ставом 2. истог члана је прописано да је страна у облигационом односу дужна да „у извршавању обавезе из своје професионалне делатности“ поступа са пажњом доброг стручњака. Из наведених одредби, јасно је да се од уговорне стране у привредном уговору захтева да поступа са већом обазривошћу, стручношћу и уопште са вишим стандардом пажње.

Другим речима, очекује се да привредноправне уговоре закључују лица којима је позната како вредност чинидбе, тако и вредност противчинидбе, те се сматра да су дужни да воде рачуна о еквивалентности истих.⁶⁵²

Поред тога, наводи се да с обзиром на масовност привредно – правног промета велика одступања у вредности између престација не могу проћи незапажено и могу бити само резултат воље уговорних страна. Тако, није ретка појава да пословне организације продају одређену количину робе испод тржишне цене са циљем да привуку купце,⁶⁵³ повећају своју конкурентност на тржишту или просто да се ослободе робе од које могу имати штету.⁶⁵⁴

Такође, истиче се да понекад између привредних субјеката постоји споразум о дугорочној међусобној сарадњи. У складу са тим, иако у појединачним уговорима у

⁶⁴⁹ *Ibidem*, 40

⁶⁵⁰ Ј. Салма, 1977, 282

⁶⁵¹ А. Бикић, 2011, 89

⁶⁵² Б. Лоза, 1970, 52

⁶⁵³ Прилично је честа пракса у пословном свету да се на одређене дане нуде значајни попусти на неке производе. На пример на дан отварања великих тржних центара сасвим је уобичајено да се роба нуди по знатно нижим ценама како би се „прославило“ што је објекат почео са радом и да би се на тај начин, што је још важније, привукле муштерије. Можда најупечатљивији пример продаје робе знатно испод цене на одређене датуме долази нам са другог континента. Реч је о догађају познатом под називом „Црни петак“ (у оригиналу „*Black Friday*“), који се дешава дан након Дана захвалности. Како продавнице нуде значајне попусте, није редак приказ да потенцијални купци проведу читав Дан захвалности кампујући испред тржних центара, како би имали добра места кад се радње отворе. У штампеу који уследи након отварања тржних центара на тај дан, готово неизоставно велики број људи бива повређен, а било је и смртних случајева. – Linda Simpson, Lisa Taylor, Kathleen O'Rourke, Katherine Shaw, *An alanysis of the consumer behavior on Black Friday*, American Journal of Contemporary Research, 2011, no.1, 1-5

⁶⁵⁴ На пример, то је случај када се продаје по знатно повољнијим ценама роба којој је истек рока трајања врло близу, јер та привредна организација има велике количине и по редовној цени не би успела да је прода у неопходном року, или када је реч о продаји технологије која постаје застарела и уколико се не прода у кратком року испод цене велике су шансе да уопште неће моћи да се уновчи.

промету вредност престација није усклађена, еквивалентност престација је евидентна у укупном збиру остварених размена и када се „подвуче црта“ свих закључених уговора.⁶⁵⁵

У литератури се став да институт лезије не треба примењивати на уговоре у привреди правда и чињеницом да је у привредно – правном промету снажно изражена алеаторност, као и принципи правне сигурности, те савесности и поштења. Истиче се да би примена правила о прекомерном оштећењу у привредној сфери успорила и отежала промет, који по природи ствари мора бити брз, ефикасан, динамичан и разноврстан. Наглашава се да је начело *pacta sunt servanda* једно од најважнијих начела облигационог права,⁶⁵⁶ којим је прожет читав ЗОО, а да је у складу са тим начелом да се уговори одрже на снази онда кад је то могуће, што нарочит значај може да има за уговоре у привреди.⁶⁵⁷

4.4.3.2. Аргументи у корист примене института прекомерног оштећења када је реч о привредним уговорима

Насупрот напред наведеном, у делу правне теорије наилази се на децидан став да изузеће привредних уговора од примене правила о прекомерном оштећењу не би требало прихватити. Образложење оваквог става јесте у томе да суштина института *laesio enormis* лежи управо у заштити оштећене стране. Стога, не би требало бити од значаја у којој сфери је уговор закључен, већ треба поступати у складу са начелом правичности које је једно од основних и свепрожимајућих начела уговорног права.

Заступници наведеног схватања наводе као аргумент и чињеницу да се како у домаћој, тако и у упоредној легислатури, сви остали инструменти заштите начела еквиваленције у уговорном праву једнако примењују и на грађанскоправне и на привредне уговоре, те да ни правила о лезији не би требала да буду изузетак.⁶⁵⁸

Овакво мишљење је у складу и са постојећом судском праксом. Наиме, суд је и у време кад је на снази било чисто објективно схватање института *laesio enormis* сматрао да код уговора у привреди мора бити доказано и постојање субјективног елемента овог института. Тако је Врховни привредни суд у својој одлуци Сл.491/58 од 6. новембра 1959. године образложио: “Догађа се да нека привредна организација из посебних својих разлога плати за неку ствар двоструко више него што она вреди, односно да је прода испод половине своје вредности. У таквом случају не може она тај посао побијати због оштећења преко половине, позивајући се једино на објективну чињеницу да је оштећена за толико. То није довољно. Да би успела са захтевом за побијање, странка мора доказати поврх те чињенице још и субјективни моменат на страни сауговорача, и то чињенице које се противе добрим обичајима у привреди.”⁶⁵⁹

Такав став суда је, очекивано, жустро критикован од стране тадашње теорије. Тако С. Царић истиче да је правно становиште по ком је објективна околност оштећења преко половине уз друге правно релевантна чињеница за привредно – правни промет

⁶⁵⁵ Ј. Салма, 1977, 280

⁶⁵⁶ Зоран Радивојевић, *Кодификација начела pacta sunt servanda и Бечка конвенција о уговорном праву*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1983, 349

⁶⁵⁷ Погледати детаљније: Бодан Лоза, *Прекомерно оштећење – оштећење преко половине вредности код теретних уговора (laesio enormis)*, Годишњак Правног факултета Универзитета у Сарајеву, 1970, 40-56 и Јожеф Салма, *Прекомерно оштећење у облигационим уговорима*, Нови Сад, 1976.

⁶⁵⁸ Према: Ј. Салма, 2010, 41

⁶⁵⁹ Одлука Врховног привредног суда, Сл.491/58 од 6. новембра 1959. године

супротно основним принципима привредног промета. Исти аутор сматра да је став Врховног суда о субјективном елементу лезије у привредно – правном промету „произвољан“, те закључује да „специфичности привредног пословања дерогирају институт оштећења преко половине у свим њеним облицима“.

Занимљиво је да премда се чини да у иностраном праву преовладава решење по ком су уговори у привреди изузети од примене правила о лезији, има и другачијих примера и то у земљама које су познате по изузетно развијеној трговини и размени.

Тако се у Холандији, која је већ вековима трговинска велесила и чија економија знатним делом почива управо на успешном посредовању и брзом и сигурном промету роба и услуга, институт прекомерног оштећења примењује и на уговоре у привреди, додуше са извесним ограничењима која за циљ имају неутралисање или бар ублажавање евентуалних негативних ефеката у виду успоравања промета или његове дестабилизације.⁶⁶⁰ Ипак, најважнији услов за примену правног института лезије јесте да уговорна страна која се на њу позива у привредним уговорима није знала за диспропорцију између вредности робе и за њу плаћене цене.⁶⁶¹ Према томе, захтева се постојање субјективног елемента на страни оштећеног уговарача.

4.4.4. Примена правила о прекомерном оштећењу на уговоре у привреди у Закону о облигационим односима; посебна правила у вези са потрошачким уговорима

У Закону о облигационим односима прихваћено је становиште по ком се правила о прекомерном оштећењу примењују без разлике на уговоре у привреди. У питању је ново решење,⁶⁶² којим је, како се у теорији истиче, “начело једнаке вредности давања добило нову садржину и шири домашај примене“.⁶⁶³

Судска пракса је тај став доследно примењивала, укључујући ту и правила о немогућности поништења судског поравнања о којима је раније било речи.

Међутим, у новијој литератури се истиче да би привредне уговоре требало изузети од примене института лезије, осим уколико је реч о оним привредним уговорима које физичка или правна лица која обављају привредну делатност закључе ван своје регистроване делатности. Разлози који се наводе се углавном своде на стручност привредних субјеката и њихову обазривост приликом закључивања предметних уговора, што они чине свакодневно и у великом броју у оквиру своје делатности и у вези са прометом роба и услуга.

У нашој правној науци се такође истиче да би у ЗОО-у требало да постоји посебна категорија потрошачких уговора. У Србији је 2010. године донесен Закон о заштити

⁶⁶⁰ *Laesio enormis* се стога у Холандији не примењује на оне уговоре о купопродаји код којих вредност ствари није извесна, а сама куповина је спекулативне природе (тзв. „куповина наде“ - *emptio spei*). Пример би било закључивање уговора о купопродаји будућег приноса са неке њиве или пак куповина неког земљишта јер се верује да је оно богато минералима. – R. Van den Bergh, 2012, 47

⁶⁶¹ *Ibidem*.

⁶⁶² Владимир Капор, *Питања у вези са ступањем на снагу Закона о облигационим односима*, Зборник радова, 1979, 17

⁶⁶³ Љ. Милошевић, 1978, 36

потрошача,⁶⁶⁴ који представља *lex specialis* у односу на општа решења ЗОО када је о овој материји реч.⁶⁶⁵ Њиме су регулисана разна питања од значаја за положај и заштиту потрошача, који су по правилу оштећена уговорна страна код уговора тог типа.⁶⁶⁶ Поред Закона о заштити потрошача, за ову материју је Закон о заштити корисника

У складу са изричитом одредбом члана 5. став 1. Закона о заштити потрошача, дефиниција „потрошача“ јесте да је у питању физичко лице које на тржишту прибавља робу или услуге које нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности. Ставом 2. истог законског члана је као „трговац“ окарактерисано правно или физичко лице које наступа на тржишту у оквиру своје пословне делатности или у друге комерцијалне сврхе, укључујући и друга лица која послују у његово име и за његов рачун.

Оно што је на основу наведених одредби евидентно јесте да су у овом закону уважене сугестије представника наше новије теорије, те да је начињено разликовање између оне уговорне стране за коју је предметни уговор један од многобројних уговора који закључује у оквиру свог редовног пословања и обављања своје редовне комерцијалне делатности (односно трговца) и оне уговорне стране која нема специјализовано знање у тој области и сасвим могуће да из тог разлога пристаје на уговор којим се угрожавају њена права, а између осталог и вређа начело еквивалентности узајамних престација (односно потрошача).

Између осталог, чланом 2 овог закона је предвиђено да је једно од основних права потрошача право на правну заштиту, под чиме се подразумева заштита његових права у случају њихове повреде, и то у законом предвиђеном поступку, као накнада материјалне и нематеријалне штете коју му причини трговац. Потрошач не може да се одрекне ових права и ништаве су одредбе уговора којим се ускраћују или ограничавају његова права која произлазе из овог закона.⁶⁶⁷

Поред тога, одредбама члана 43. став 2. Закона о заштити потрошача предвиђено је да је неправична уговорна одредба свака одредба која, противно начелу савесности и поштења, има за последицу *значајну несразмеру у правима и обавезама уговорних страна* на штету потрошача. Правна последица која је за неправичне одредбе предвиђена ставом 1. наведеног члана је ништавост.

Термин „значајна несразмера у правима и обавезама уговорних страна на штету потрошача“ одговара правном стандарду „очигледна несразмера узајамних давања уговорних страна“, чији је циљ такође заштита интереса слабијег уговарача. При томе поступање противно начелу савесности и поштења треба схватити као такво поступање које је противно моралу, обавези лојалности и информисања друге уговорне стране о чињеницама од важности за уговор, те обичајима поштеног промета.

Истим чланом у ставу 3. набројани су и критеријуми на основу којих ће се утврђивати да ли је конкретна одредба неправична или не. У складу са овим законским одредбама, у те критеријуме спадају природа робе или услуге на које се уговор односи, околности под којима је закључен, начин на који је постигнута сагласност у вези са

⁶⁶⁴ Закон о заштити потрошача, „Службени гласник РС“, број 62/2014 и 6/2016.

⁶⁶⁵ То јасно произлази и из одредбе члана 3. став 7. овог закона којом је прописано да се на односе између потрошача и трговца који нису уређени одредбама овог закона примењује закон којим се уређују облигациони односи.

⁶⁶⁶ Члан 1. Закона о заштити потрошача.

⁶⁶⁷ Члан 3. став.1 и став 2. Закона о заштити потрошача.

његовом садржином и начин на који је потрошач обавештен о садржини уговора, те остале одредбе истог уговора или пак уговора са којим је он у вези.

Поред ове одредбе општег карактера, у Закону о заштити потрошача постоје и друге, појединачне одредбе у којима се несразмера међусобних давања уговорних страна јавља као чињеница од правног значаја. Тако је, у члану 52. став 3. овог закона предвиђено да у случају да је роба несаобразна уговору, а та се несаобразност не може отклонити заменом или оправком, потрошач има право да захтева одговарајуће умањење цене или раскид уговора, *inter alia*, ако отклањање несаобразности оправком представља несразмерно оптерећење за продавца. На основу ове одредбе постаје јасно да се Законом о заштити потрошача не штите искључиво само интереси потрошача, већ се води рачуна о једнакости узајамних давања и избегава се наметање неправедног и превеликог терета било којој уговорној страни.

У ставу 4. истог члана је прецизирано да „несразмерно оптерећење за продавца“ постоји ако у поређењу са умањењем цене и раскидом уговора ствара претеране трошкове. При томе се узима у обзир вредност робе коју би имала да је саобразна уговору, значај саобразности у конкретном случају, као и евентуална могућност отклањања саобразности без значајнијих непогодности за потрошача.

Такође, чланом 81. став 2. Закона о заштити потрошача предвиђено је да у случају да услуга која је извршена није саобразна уговореној, потрошач може захтевати умањење цене или раскид уговора, између осталог, онда када извршење саобразне услуге представља несразмерно оптерећење за продавца.

У овом контексту је занимљива и одредба члана 22. став 3. истог закона којом је као један од критеријума којим се утврђује постојање насртљиве пословне праксе предвиђена и „тешка или несразмерна вануговорна препрека“ коју трговац поставља потрошачу који жели да оствари своје уговорно право.

Јасно је да је посебан третман потрошача инспирисан њиховом мањом стручношћу и обавештеношћу у односу на трговце који закључују уговоре тог типа свакодневно. Због тога се и у члану 5. став 1. Закона о потрошачима изричито наводи да мора бити реч о лицу које на тржишту прибавља робу и услуге које *нису намењене његовој пословној или другој комерцијалној делатности*.⁶⁶⁸ Тежи се заштити начела еквивалентности на више места експлицитно санкционише постојање значајне несразмере у правима и обавезама уговорне стране. Не треба занемарити чињеницу да се појединим одредбама овог закона, које смо претходно навели, експлицитно штити и продавац, те је примена појединих законских одредби условљена тиме да то не представља ”несразмерно оптерећење за продавца”.

Оно што је нарочито важно јесте да је доношењем овог закона српски законодавац показао спремност да настави своју законодавну активност у правцу правног санкционисања постојања очигледне несразмере уговорних престација и у уговорима који спадају у привредноправне. Међутим, не треба занемарити чињеницу да је у конкретним случајевима реч о уговорима чије закључење спада у пословну делатност само једне од уговорних страна.

⁶⁶⁸ Подвукао аутор (Д.М.)

5. ОЧИГЛЕДНА НЕСРАЗМЕРА УЗАЈАМНИХ ПРЕСТАЦИЈА И ИНСТИТУТ ПРЕКОМЕРНОГ ОШТЕЋЕЊА

5.1. ПОЈАМ ОЧИГЛЕДНЕ НЕСРАЗМЕРЕ ВРЕДНОСТИ ПРЕСТАЦИЈА

Наш законодавац је доношењем Закона о облигационим односима прекинуо традицију стару више од стотину година, по којој је у домаћем праву институт прекомерног оштећења схватан на објективан начин. Увођењем појма „очигледна несразмера узајамних престаџија“ препуштено је суду да у сваком конкретном случају утврди да ли је разлика у вредностима узајамних престаџија толика да је нужно њено правно санкционисање.

У питању је правни стандард који раније није био познат у домаћем праву у овом контексту, те у почетним фазама његове примене било потребно консултовати иностране правне изворе и судску праксу.

Несразмера уговорних давања представља објективан елемент појма прекомерног оштећења, а начин на који се дефинише и утврђује разликује се у зависности од моралног осећаја друштва и средине у којој је уговор у питању склопљен, као и од тржишних и економских односа у наведеној средини у датом тренутку.

Једна од дефиниџија очигледне несразмере дата је у UNDRUIT Начелима међународних трговачких уговора, где се наводи да „чак и знатна неједнакост између вредности и цене предмета уговора, или постојање неког другог елемента који знатно нарушава равнотежу између престаџија уговорних страна није довољна како би се могла захтевати ревизија уговора... захтева се да је с обзиром на околности та неравнотежа толико велика да то шокира савест разумног човека.“⁶⁶⁹

Додаје се да није довољно да постоји несразмера у извесном, превеликом обиму, већ и да је она „неоправдана“, односно неправична, што ће суд ценити према околностима конкретног случаја. У Начелима се наводи да ће се при доношењу оцене посебно водити рачуна о два фактора: најпре, да ли су странке равноправне, односно имају ли једнаку преговарачку позиџију приликом закључивања уговора и потом каква је природа и сврха уговора.

Другим речима, јасно је да постоји извешан критеријум висине неједнакости узајамних престаџија, који прелази неке уобичајене, прихватљиве размере. У супротном, не би постојао ни приватни ни јавни интерес да се пружи заштита уговорној страни чија престаџија вредносно занемарљиво одступа од вредности контрапрестаџије.⁶⁷⁰ Та размера је најчешће прописана законом, мада њене границе могу бити утврђене и кроз обичај или, као у нашем праву, препуштене дискреционој одлуци суда у сваком појединачном случају.

⁶⁶⁹ UNIDROIT International Institute for the Unification of private law, *UNIDROIT principles of international commercial contracts*, Rome, 2010, 109

⁶⁷⁰ J. Салма, 1975, 15

У мађарском праву, Грађански законик предвиђа „упадљиво велику несразмеру“ узајамних давања као услов да би се могло позивати на правила о прекомерном оштећењу.⁶⁷¹

Наведени правни стандард се различито тумачио у мађарској теорији и пракси, те је главна улога приликом оцене да ли је уговорно оштећење довољно да се захтева лезиона заштита припала судовима. Тако се у јуриспруденцији нашег северног суседа може наћи да је у појединим случајевима оштећење од 21% било сматрано за довољно, док је у другим случајевима захтевано да наведено оштећење износи преко 45%. Другим речима, суд није обавезан да пружи лезиону заштиту чак ни уколико утврди да постоји несразмера престација која је већа од 50%, ако истовремено процени да у конкретном случају постоје други разлози, због којих није оправдано применити институт лезије.⁶⁷²

Већ смо навели да је у нашем праву за очигледну несразмеру сматрано оштећење преко половине, а код уговора о непокретности и одступање од правичне цене у износу од њене трећине. Међутим, у правној теорији су преовладала схватања по којим је битно применити такав правни стандард којим ће се омогућити извесна еластичност примене законских норми и њихова прилагодљивост сваком конкретном случају. То је управо учињено увођењем стандарда „очигледна несразмера“ који је уско повезан са бројним другим начелима облигационог права, а пре свих начелима правичности и савесности и поштења.

5.2. АПСОЛУТНА ЕКВИВАЛЕНТНОСТ УЗАЈАМНИХ ПРЕСТАЦИЈА И ЊЕН ОДНОС СА ОЧИГЛЕДНОМ НЕСРАЗМЕРОМ УГОВОРНИХ ДАВАЊА

У овом контексту занимљиво је поменути и принцип који је потпуно супротан очигледној несразмери вредности престација уговорних страна – правило о апсолутној еквивалентности узајамних престација, које подразумева да не постоји ни најмање одступање у висини престација уговорних страна.

Већ смо поменули да је очигледна несразмера у уговорном праву суштинско обележје начела једнакости узајамних давања. Јасно је да између начела еквиваленције узајамних престација и правила о њиховој апсолутној еквивалентности има одређених сличности: циљ ради чијег остварења су успостављена и једна и друга правила јесте очување начела равноправности странака кроз захтев да њихове престације буду једнаке, потом оба правила се примењују на теретне уговоре, а критеријум утврђивања вредности престација уговорних страна јесте тржишна цена.

Међутим, разлике између ова два концепта су значајније и пре свега се огледају, како смо и раније навели, у правном циљу. Како се у теорији истиче, правни разлог постојања начела еквивалентности јесте да се поставе одређене границе слободи уговарања, односно да аутономија воље у уговорном праву не буде апсолутни принцип од кога нису дозвољени изузеци. Насупрот томе, правни циљ правила о апсолутној еквивалентности јесте управо да се вредности престација уговорних страна одреде

⁶⁷¹ Према: Ј. Салма, 1979, 377

⁶⁷² *Ibidem*, 378

споља, на објективан начин, уз потпуно елиминисање значаја воље у домену слободног одређивања вредности престација код теретних уговора.⁶⁷³

Другим речима, како се то наводи у нашој литератури, „док правило о апсолутној еквивалентности у великој мери негира принцип слободе уговарања, начело еквиваленције управо подразумева ту слободу,⁶⁷⁴ наравно у законом дозвољеним границама.“⁶⁷⁵

Разлике ту не престају. Последица и најмање повреде правила о апсолутној еквиваленцији престација у уговору се огледа у његовој ништавости, док уговори код којих је нарушена једнакост узајамних давања могу бити и рушљиви.⁶⁷⁶

Такође, док је код правила о прекомерном оштећењу, клаузули о промењеним околностима и зеленашким уговорима законодавац реаговао тек онда када је несразмера престација досегла одређени ниво, постигла одређену вредност изнад које се не може толерисати јер је у питању „оштећење већег обима“⁶⁷⁷, када је реч о захтеву да узајамна давања буду апсолутно једнака не захтева се никакав лимит, не постоји никаква граница висине несразмере да би дошло до правних последица и то тежих и озбиљнијих него што је то случај када је повређено начело еквиваленције.

Према томе, када законодавац предвиди примену правила о апсолутној еквивалентности престација, он инкриминише и само постојање несразмере и изједначава реалну несразмеру, која постоји у било ком обиму, са правно релевантном.

Управо због тога се у домаћој литератури може наићи на став по коме правило о апсолутној еквивалентности не може да се сматра „сродним“ правилима о начелу једнаких давања.⁶⁷⁸ Уколико се пак деси да истовремено постоје у једном правном систему, њихов међусобни однос се може схватити тако да правила о апсолутној еквивалентности представљају *lex specialis* у односу на начело еквивалентности које се примењује као опште правило, односно *lex generalis*.⁶⁷⁹ То је био случај и у домаћем праву, у ком су се ова правила примењивала само када је била реч о промету непокретности које су у друштвеној својини. Законодавчев мотив је био јасан: спречавање злоупотреба и махинација којим би се оштетила држава и друштво у целини.

Готово ни у једној држави се не захтева апсолутна еквивалентност престација у уговорним односима.⁶⁸⁰ Разлог су управо далекосежне правне последице примене таквог правила, којим се негира слобода уговарања и омета слободно одвијање промета. Став о неприхватљивости захтева да међу тржишним вредностима узајамних престација

⁶⁷³ Ј. Салма, 1976, 81

⁶⁷⁴ Видети о томе: Ж. Ђорђевић, 1958, 48-49

⁶⁷⁵ *Ibidem*.

⁶⁷⁶ Ј. Салма, 1976, 82

⁶⁷⁷ *Ibidem*, 84

⁶⁷⁸ У овом контексту, Ј. Салма појашњава да правила о апсолутној еквивалентности не припадају „породици прекомерног оштећења“ (што је генусни појам којим овај аутор означава инструменте заштите начела једнакости узајамних давања), већ су, заједно са реалним оштећењем које из њих произлази, „изрод“. – *Ibidem*.

⁶⁷⁹ *Ibidem*.

⁶⁸⁰ Иако је извесно да се ни у једном модерном правном систему не захтева апсолутна еквивалентност престација, према неким ауторима правило из румунског Грађанског законика из 1958. године представља још један пример захтева за скоро потпуном равнотежом вредности узајамних престација уговорних страна. Наиме, према одредбама чланова 1327.–1330. наведеног законика, уколико у уговору о купопродаји одступање између вредности ствари која је предмет уговора и уговорене цене прелази износ од 1/20 вредности ствари, може се захтевати раскид или ревизија уговора. – Ј. Салма, 1976, 85-86

уговорних страна не буде ни најмањег одступања су заузели како законодавство, тако и теорија и судска пракса.

И у правној историји врло је тешко пронаћи примере захтева за апсолутном имовинском равнотежом обавеза уговорних страна. У литератури се као један такав пример наводе правила о правичној цени из канонског права, код уговора о купопродаји. Подсећа се да су се за примену ових правила залагали и цењени филозофи и теолози Алберт Велики и Тома Аквински, те да је црква сматрала да цена неке ствари мора бити потпуно подударна њеној вредности. Према наведеном схватању, уговором којим се нарушава склад између цене и вредности ствари ремети се Божије дело, те је такав уговор неважећи, односно ништав.⁶⁸¹

Разлози због којих је правило о апсолутној еквивалентности узајамних престација жустро критиковано у теорији су бројни: пре свега, истицало се да је у питању захтев који је у пракси непримењив.⁶⁸² Тржишна вредност престација уговорних страна није фиксна, већ осцилира и стога је није једноставно утврдити, нити упоредити вредност престација како би се уверило у њихову потпуну усклађеност и чак једнакост. Поред тога, наметањем правила о потпуној једнакости њихових давања, странкама се заправо намеће огроман терет који би у већини случајева подразумевао и ангажовање стручњака ради оцене да ли је то у конкретном уговору случај или не. То би било скопчано са већим трошковима, али и дуготрајнијим и неизвеснијим процесом склапања уговора. Самим тим, довело би и до успоравања правног промета.

Није тешко замислити сценарио у коме би судови били „затрпани“ захтевима за утврђивање ништавости јер престације нису потпуно исте вредности, што би сасвим извесно угрозило начело правне сигурности у промету. Уз то, пошто судска пракса у вези са применом правила о потпуној једнакости престација не постоји, питање је колико би времена требало да се иста изгради и које би биле дугорочне последице такве активности судова. Када је реч о судској примени овог правила, уколико узмемо у обзир бројност наведених захтева заједно са проблематичним утврђивањем тржишне цене, јасно је да би постојала опасност од арбитрерног одлучивања. Сасвим је извесно да би се прихватањем ових правила отворила могућност за разне видове злоупотреба, при чему се не види нека непосредна корист од њиховог увођења по правну и сигурност правног промета.⁶⁸³

5.3. МЕТОДИ УТВРЂИВАЊА НЕСРАЗМЕРЕ ВРЕДНОСТИ ПРЕСТАЦИЈА

У упоредноправном али и домаћем законодавству, присутна су два основна метода утврђивања несразмере вредности престација. Циљеви које је законодавац желео постићи на економском, али и на плану правне сигурности представљају врло значајан фактор приликом законског регулисања начина дефинисања и утврђивања несразмере вредности уговорних обавеза уговорних страна чије је постојање услов за тражење лезионарне заштите.

⁶⁸¹ *Ibidem*, 86

⁶⁸² Према: Ј. Салма, 1975, 15

⁶⁸³ Ј. Салма, 1976, 89-90

5.3.1. Математички метод утврђивања несразмере вредности престација

Први, *математички метод*⁶⁸⁴ подразумева да закон тачно одређује дозвољену меру одступања вредности престација.

Та мера је током правне историје варијала – тако су, на пример, аустријски Грађански законик и Српски грађански законик прихватили као меру оштећења преко половине⁶⁸⁵, док је француски Грађански законик за тражење лезионе заштите захтевао да постоји оштећење преко 7/12 кад је реч о продаји непокретности, односно оштећење преко 1/4 код уговора о деоби.⁶⁸⁶

У југословенском праву, Закон о промету земљишта и зграда ФНРЈ из 1954. године предвиђао је да се може тражити поништење уговора уколико је купац платио макар за једну трећину тржишне вредности ствари мање или више.⁶⁸⁷ Наиме, овим законом је било прописано да уколико је радна организација продавац некретнине, она не сме примити цену која је за више од 1/3 мања од њене прометне вредности, док као купац не сме платити цену која је за више од 1/3 виша од прометне вредности некретнине коју купује.⁶⁸⁸

Најмању математичку сразмеру оштећења захтевао је румунски законик *Codul Civil*: поништај уговора се могао тражити због прекомерног оштећења уколико је оно износило више од 1/20 стварне вредности купљене ствари. Иако овакво решење може деловати нелогично јер се њиме знатно проширује домен примене правила о прекомерном оштећењу, румунски законодавац је ова правила предвидео само и искључиво за уговор о купопродаји, а и за њих је ова одредба диспозитивне природе и може се другачије уговорити.⁶⁸⁹

Од висине прописане несразмере која је услов за захтевање лезионе заштите зависи и учесталост примене института прекомерног оштећења. Наиме, када се у закону пропише мања сразмера оштећења, тиме се повећава домен примене лезије, пошто се у пракси чешће дешава да су разлике у вредности престација уговорних страна мање. Обратно такође важи – прописивањем веће сразмере неједнакости узајамних давања уговорних страна, законодавац сужава домен примене лезије и мањи је број случајева у којим уговорне стране потежу за лезионом заштитом. Разлог је врло једноставан – судска пракса недвосмислено показује да се странке знатно ређе одлучују за склапање уговора у којим постоји изузетно велика несразмера између вредности престација, док су случајеви у којим је та разлика изражена у мањој мери далеко бројнији.

За егзактно утврђену дозвољену сразмеру су се опредељивали они законодавци чији је циљ био да не препусте суду одређивање границе оштећења изнад којег постоји могућност да се пружи лезиона заштита оштећеној уговорној страни. Они су са једне стране били мотивисани начелом правне сигурности, а са друге тежњом да се оствари интерес за ограниченијом разменом (што се постиже тако што се у закону пропише мања

⁶⁸⁴ Овај метод се назива још и метод егзактне сразмере оштећења. – Ј. Салма, 1979, 378

⁶⁸⁵ *Ibidem*, 376

⁶⁸⁶ О. Антић, 2012, 408

⁶⁸⁷ У теорији се истиче да је прописивањем оваквих, релативно малих квантума оштећења као услова за примену лезионих санкција пружана далеко делотворнија и целовитија заштита друштвеног интереса, него што је то учињено законским одредбама које су уследиле. – Ј. Салма, 1979, 377

⁶⁸⁸ Члан 24. Закона о промету земљишта и зграда ФНРЈ.

⁶⁸⁹ Према: Ј. Салма, 1979, 378

сразмера оштећења као услова за примену правила о прекомерном оштећењу) или пак за слободнијом (у циљу чијег постизања се поставља виша граница за дозвољену сразмеру оштећења).

Применом математичког метода несумњиво је олакшан посао суду – да би утврдио постојање оштећења довољно је да утврди тржишну цену и упореди је са уговореном ценом. Према се задатак суда своди на утврђивање математичке сразмере оштећења у конкретном случају и њено упоређивање са правним стандардом одређеним законом, тај задатак није тако једноставан како се на први поглед може учинити. Када се узме у обзир колико потешкоћа може изазвати покушај да се утврди тржишна цена за одређену престацију, јасно је да се од суда захтева извесна креативност чак и онда кад је законодавац прописао математички метод утврђивања вредности престација.⁶⁹⁰

Поред тога, странкама је законском нормом децидно омеђена зона у којој је могућа слобода уговарања, а под претњом ништавости правног посла. Јасно је да што је мања сразмера оштећења, већи је домен примене лезије. Самим тим, повећава се ниво правне сигурности.

Међутим, критичари примене математичког метода утврђивања несразмере вредности престација истичу да је он прилично ригидан, нееластичан, те да не узима довољно у обзир околности конкретног случаја.

Наиме, још је Пуфендорф, чувени немачки правник и филозоф из XVII века, истицао непобитну чињеницу да је мање оштећење имовине једне уговорне стране када се тргује робом мање вредности, него што је то случај када је у питању роба велике вредности, иако је математички гледано сразмера вредности идентична. Последишно, ригидна примена математичког метода могла би довести до тога да се уговори нападају због оштећења чија је вредност минимална.⁶⁹¹ Стога, како то истиче Н. Радоњић, примена метода може довести до апсурдне ситуације *sumum jus, suma injuria* – односно „са највише закона, највише неправде“.⁶⁹²

И обрнута ситуација је могућа. Б. Лоза је још седамдесетих година подсећао да се не сматра да очигледна несразмера постоји само онда када је наступило оштећење преко половине вредности, већ да је увек реч о фактичком питању. У складу са тим, очигледна несразмера може да постоји и ако је добијено више од половине вредности, па чак и преко три петине вредности ако говоримо о јако великим вредностима.⁶⁹³ Међутим, ако применимо суви математички метод одређивања прекомерног оштећења, иако је новчана вредност оштећења висока, уколико она не представља преко половине тржишне цене, суд не може досудити лезиону заштиту. На овај начин се поново јавља проблем неправичности оваквог решења.⁶⁹⁴

У нашој правној литератури може се наићи на став да би се наведена мањкавост примене математичког метода могла исправити на веома једноставан начин – прописивањем мањег математичког разломка код уговора чији су предмет престације велике вредности.⁶⁹⁵

⁶⁹⁰ Ј. Салма, 1979, 379

⁶⁹¹ Ј. Салма, 2007, 371

⁶⁹² Н. Радоњић, 1981, 28

⁶⁹³ Б. Лоза, 1970, 45

⁶⁹⁴ М. Сич, 2006, 217

⁶⁹⁵ Ј. Салма, 1979, 385

Прво питање које се сасвим логично намеће било је колики би тај разломак требао бити, односно који степен несразмере међусобних давања би требао бити прописан као услов примене института *laesio enormis*?

Ј. Салма се седамдесетих година прошлог века залагао за то да се за недозвољен сматра уговор код кога је несразмера престација већа од $1/3$. Основни аргумент за опредељење за наведену висину квантума оштећења било је то што се домаћи законодавац за исту одлучио приликом регулисања института лезије у тада важећем Закону о промету земљишта и зграда, што се у пракси показало као врло добро решење. Ипак, исти аутор је сматрао да би се наведени квантум могао и смањити или повећати, уколико то захтевају околности конкретног случаја.⁶⁹⁶ На тај начин је, по нашем мишљењу, свој предлог о мањем квантуму оштећења у појединим, оправданим случајевима суштински знатно приближио методу еластичног стандарда.

Међутим, овакво решење, иако има својих несумњивих предности, повлачи са собом веома важно питање: који критеријум треба узети као меродаван за процену тога које ће се престације сматрати за „вредније“ како би се на њих могла применити посебна сразмера оштећења?

Чини се да на то питање није могуће дати дефинитиван одговор, из више разлога. Пре свега, вредност престација уговорних страна варира услед различитих околности, пре свега монетарне политике и услова тржишта. Затим, сваки новчани критеријум који би се поставио као висина вредности престације изнад које се сматра да се треба примењивати мањи степен сразмере оштећења био би резултат арбитрерне и субјективне процене било законодавца, било суда. Поједини аутори сматрају да би се приликом одређивања шта ће се сматрати „вреднијом престацијом“ требало узети у обзир и имовно стање уговарача⁶⁹⁷ али нама се чини да би то додатно допринело субјективности и неодређености наведеног критеријума.

С обзиром на наведену проблематику, постојали су предлози да се стандард „вреднија престација“ поближе законски регулише. Ј. Салма је тако заступао став да би у ту категорију требало сврстати оне престације које би према стању на тржишту (монетарним односима) и имовинским приликама странака чиниле знатан део (по правилу барем половину) имовине странака. Он је такође сматрао да би у том случају приликом утврђивања вредности давања једне уговорне стране требало узети у обзир монетарне прилике, као и имовинско стање уговарача, те да ли је реч о уговору код кога вредност предмета престације чини барем једну половину имовине уговорне стране која се позива на примену правила о лезији. Тако би се, према мишљењу овог аутора, на адекватан начин узели у обзир и базични критеријуми пружања лезионарне заштите када је несразмера узајамних давања нижа од половине вредности престације: да је у питању имовина такве вредности да чак и мањи процентуални губитак представља знатну новчану вредност, те да ли су узети у обзир економски услови и прилике које су постојале у тренутку закључивања уговора. Поред тога, ако би законодавац децидно регулисао шта потпада под стандард „вредније престације“, слободна судијска процена о томе постала би омеђена границама тог правног стандарда које је одредио законодавац.⁶⁹⁸

Сасвим је извесно да, с обзиром на крутост математичког метода, додатна регулација би била нужна како би се покрили разноврсни случајеви који се могу појавити

⁶⁹⁶ *Ibidem*, 386

⁶⁹⁷ Према: Ј. Салма, 1979, 385

⁶⁹⁸ *Ibidem*, 386

у судској пракси. Идеја да се узму у обзир не само тржишна цена већ и околности које се односе на само тржиште или уговарача није сама по себи лоша, али је по нашем мишљењу тешко у складу са тежњом да се олакша примена института лезије поједностављењем посла судских органа. Такође, опет је реч о факторима који нису егзактни, промењиви су а у појединим случајевима и врло тешко утврдиви.

Још једна значајна замерка математичком методу, а које смо се већ укратко дотакли, јесте и чињеница да у пракси није једноставно егзактно утврдити тржишну цену предмета уговора.⁶⁹⁹ С обзиром да правна судбина уговора зависи готово искључиво од те чињенице, чини се да је велика мањкавост овог метода управо то што своди врло комплексну ситуацију која подразумева много фактора и околности које се морају узети у обзир при закључивању, али и при извршењу уговора, на свега једну околност, чије утврђивање истовремено представља врло сложен задатак.

5.3.2. Метод еластичног стандарда

Други, тзв. *метод еластичног стандарда*, за циљ је имао управо да се избегну недостаци примене математичког метода. Законодавци који су се определили за еластична мерила несразмерности узајамних престација којим се условљава добијање лезионе заштите, имали су у виду нужност прилагођавања законских правила потребама савременог промета, те специфичним околностима сваког конкретног случаја. При томе је знатно проширена улога суда, коме је додељен задатак утврђивања дозвољене границе оштећења.

Наиме, усвајање метода еластичног стандарда омогућава суду да оцени на основу једног шире конципираног мерила да ли је у датом случају реч о грубој нееквивалентности. При томе суд може имати у виду чињеницу да је реална вредност оштећења велика, иако је математичка сразмера одступања уговорене од стварне вредности мала, и обратно.⁷⁰⁰

Другим речима, предност овог метода је у томе што је флексибилан, чиме омогућује да основни услов примене лезионе заштите не буде увек иста висина оштећења, већ се приликом одлучивања да ли ће се применити правила о прекомерном оштећењу у први план стављају социјални услови и остале околности конкретног случаја.⁷⁰¹

На тај начин се домен квантума оштећења може знатно проширити, али и сузити, што иако има својих несумњивих предности истовремено носи и опасност од арбитрерности.

⁶⁹⁹ Примера ради, она може бити објективна, субјективна, локална, регионална, републичка, светска цена и слично. – Ј. Салма, 2007, 372

⁷⁰⁰ Мађарски законодавац се такође определио за метод еластичног стандарда, што са собом повлачи различита тумачења значења израза „упадљиво велика несразмера“. Како смо већ поменули, а на овом месту је добро подсетити се, постоје примери из судске праксе нашег северног суседа у којима суд није пружио лезиону заштиту иако је оштећење у конкретном случају процентуално било веће од половине, са образложењем да таква мера не би била оправдана. Наупрот томе, мађарски судови су у појединим случајевима досуђивали измену или раскид уговора услед промењених околности премда је оштећење једва прешло двадесет процената. – Према: Ј. Салма, 1979, 378

⁷⁰¹ *Ibidem*.

Самим тим, једна од најважнијих одлика метода еластичног стандарда утврђивања вредности престација јесте што он садржи инхерентну претпоставку да ће судови да свој посао обављају савесно, студиозно и правично.⁷⁰²

Овај метод је нашао своју примену, између осталих, у швајцарском, немачком и руском праву.⁷⁰³ У мађарском праву се, такође, лезиона заштита може захтевати само ако постоји „упадљиво велика несразмера“ узајамних престација.⁷⁰⁴

Немали број аутора се залаже за примену метода еластичног стандарда. Тако, на пример, Цимерман истиче да је нужно да се судовима допусти извесна доза флексибилности, како би могли да узму у обзир специфичне околности сваког конкретног случаја.⁷⁰⁵

Упркос томе, критичари примене еластичног метода подсећају да његова примена није увек једноставна – протеком времена мењају се и околности, те они који примењују закон при тумачењу описно одређених појмова неретко имају велику слободу, што са собом носи опасност од злоупотреба и арбитрерности.

Поред тога, услед непостојања једног фиксног стандарда и као последица неједначене судске праксе јавља се озбиљна претња по правну сигурност⁷⁰⁶ јер странке без обзира на проценат прекомерног оштећења не могу рачунати на изванредан исход поступка пред судом.

У теорији се може наићи и на став да како већ постоје други правни инструменти заштите начела еквивалентности који предвиђају еластичан метод утврђивања узајамних престација, потпунија заштита се може пружити уколико се приликом законског регулисања лезије определи за математички метод.

Конкретно у домаћем праву је еластична несразмера узајамних давања предвиђена не само чланом 15. ЗОО којим је регулисано начело једнакости међусобних престација, већ и правилима о забрани зеленашких уговора из члана 141. истог закона. Стога део правне теорије посматра правила о прекомерном оштећењу као један вид границе несразмере вредности узајамних давања, објективно и прецизно, математички одређене. На оне уговоре којим је та граница прекорачена могу се применити правни инструменти лезионе заштите. Код оних код којих је несразмера мања, уколико су испуњени и субјективни услови, може се пружити правна заштита позивањем на институт забране зеленашких уговора, те се на тај начин остварити репарација.

Уколико се прихвати овакво схватање, поставља се питање шта би се требало чинити у случају да субјективни услови за заштиту од лихварских уговора нису испуњени, али изванредан проценат несразмере постоји у мери која није довољна да се у конкретном случају примени институт прекомерног оштећења. Аутори који преферирају математички метод код лезије, предлажу да се у тим случајевима правна заштита оствари по општем правилу из члана 15. ЗОО.⁷⁰⁷ Како је директна примена овог члана у судској пракси спорна, не можемо се сложити са овим решењем. Аргументи против примене

⁷⁰² *Ibidem.*

⁷⁰³ Према: Љ. Вагнер, 1957, 6

⁷⁰⁴ Према: Ј. Салма, 1979, 377

⁷⁰⁵ Reinhard Zimmermann, *The law of obligations – Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, 1996, 270

⁷⁰⁶ Ј. Салма, 1979, 379

⁷⁰⁷ *Ibidem.*

начела еластичног стандарда с позивањем на то да је правна заштита ефективно пружена институтом забране зеленашког уговора стога нису убедљиви у овом случају.

5.4. УТВРЂИВАЊЕ НЕСРАЗМЕРЕ ВРЕДНОСТИ ПРЕСТАЦИЈА ПРЕМА ЗАКОНУ О ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

5.4.1. Еластични метод утврђивања несразмере вредности престација према Закону о облигационим односима

Српски законодавац се такође одлучио за примену еластичног метода, те у законском опису прекомерног оштећења користи описни појам „очигледна несразмера“, који је раније био резервисан за зеленашке уговоре.⁷⁰⁸ Како би постојало прекомерно оштећење, нужно је да је сразмера очевидна и несумњива, а да ли је то случај је фактично питање о ком одлучује суд.

Суд то чини на тај начин што (најчешће уз помоћ вештака) утврди конкретно постојећи однос вредности између предмета чинидбе и предмета противчинидбе, те тако утврђен вредносни однос упоређује са оним који је за такву врсту робе уобичајен у њеном економском промету (најчешће се за такав објективан критеријум поређења узима тржишна цена). Ако суд утврди да је спорни однос вредности мањи и у тој мери нееквивалентан оном са којим се пореди да то спада у домен „очигледне несразмере“, тада такође утврђује да у конкретном случају постоји прекомерно оштећење.⁷⁰⁹

Иако је законодавчева намера била да увођењем наведених новина и одступањем од раније прихваћеног математичког метода утврђивања евентуалне несразмере вредности престација институт прекомерног оштећења учини примењивијим у пракси, флексибилнијим и савременијим, многи припадници домаће правне мисли су критиковали овај заокрет у области утврђивања евентуалног постојања несразмере вредности престација.

Критике су се пре свега односиле на сам термин „очигледна несразмера“ узајамних престација за који се определио српски законодавац, јер су наведену законску формулацију наши аутори махом карактерисали као неодређену и произвољну.⁷¹⁰ Према мишљењу које су заступали аутори С. Перовић и Д. Стојановић, практичније је да се несразмера престација изрази математичким разломком, него овим правним стандардом чија примена у пракси може изазвати потешкоће.⁷¹¹

Са таквим схватањем се у потпуности слаже Ј. Салма. Овај аутор иде и корак даље, истичући да је правни стандард очигледне несразмере потпуно сувишан, јер је по његовом мишљењу „већ у начелу о еквивалентности довољно изражен захтев да вредности узајамних престација уговорних страна у двострано обавезним уговорима треба да буду сразмерно и приближно једнаки. Није неопходно да се то још једном потврђује на исти начин, у правилима о прекомерном оштећењу. Кад и пропис о

⁷⁰⁸ О. Антић, 2012, 408

⁷⁰⁹ Б. Визнер, 1978, 555

⁷¹⁰ *Ibidem*, 550

⁷¹¹ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 40

прекомерном оштећењу користи правни стандард, онда долази до понављања јер је исти такав стандард изражен и у општем начелу о еквивалентности.⁷¹²

Ми се са наведеним схватањем не бисмо сложили, јер је циљ појединачних инструмената заштите свих начела, па и начела еквивалентности, тај да се њима пружи потпунија и конкретнија заштита истих. Очигледна несразмера лежи у бити неправичног и нееквивалентног односа престајања уговорних страна које представља начело еквивалентности. Истицање тога у начину на који је формулисан законски члан није, према нашем схватању, понављање већ потврђивање те чињенице и конкретна смерница и подсетник судској власти.

Наведени аутори нису били усамљени у свом противљењу новим законским решењима. У домаћој литератури се критиковало што је уместо да задржи ранији принцип егзактног, разломком одређеног метода утврђивања сразмерности престајања, који је релативно једноставно утврдив и поставља јасне и прецизне границе слободи уговарања, законодавац сувише поверења указао представницима судске власти, којима је препуштено да сами оцене да ли у конкретном случају постоје услови за примену правила о лезији. Представници наше правне теорије су изразили бојазан да би овакво законско решење могло довести до неуједначене судске праксе и за резултат имати угрожавање правне сигурности и штетне последице по правни промет у целини.

Слабости овог приступа је Н. Радоњић образложио на врло живописан начин: „... али је у пракси, без прописаног стандарда, мере толико тих и таквих несразмера да је у животу колико очију, толико и очигледних несразмера!“⁷¹³

Премда разумемо разлоге за бојазан исказане у наведеним ставовима у нашој теорији, претпоставка јесте да у судовима раде квалификовани и стручни људи који воде рачуна о правној сигурности. Правилно је да се тежи да се право примењује и тумачи на правилан и уједначен начин и логично је да законодавац поступа са позиције поверења у припаднике судске власти и уверења да ће они на адекватан начин применити законске норме.

Приметно је да се и у правној теорији тог времена признају извесна преимућства употребе еластичног стандарда при нормирању института прекомерног оштећења. То се нарочито односи на уговоре којима се врши промет изузетно великих вредности, па и процентуално ниска несразмера узајамних давања може нанети велику штету. Међутим, сматрало се да су такви случајеви ипак сувише ретки да би се употреба еластичног метода прописала као опште правило. Стога је по мишљењу правних аутора тог доба било сасвим довољно такве случајеве, заједно са свим осталим случајевима лезије који су специфични било с обзиром на објекат правног промета, било због посебног интереса поретка да еквиваленција буде пооштрена, буду регулисани или засебном одредбом Закона о облигационим односима, или чак посебним законом. Истицало се да с обзиром на то да се интереси друштва мењају, као и околности које наведене случајеве прекомерног оштећења чине специфичним, доношење *lex specialis* представља врло погодно решење, јер је његова измена и прилагођавање промени друштвених прилика једноставнија и лакше изведива него када је реч о ЗОО чије одредбе имају општији и начелнији карактер.⁷¹⁴ О овоме смо истакли став приликом анализе математичког метода, те га на овом месту не бисмо понављали.

⁷¹² J. Салма, 1977, 276

⁷¹³ Н. Радоњић, 1981, 28

⁷¹⁴ J. Салма, 1977, 277

Занимљиво је да поједини критичари примене метода еластичног стандарда своје аргументе црпе ослањајући се на приступ суда при утврђивању евентуалног постојања очигледне несразмере. Истичући да је очигледна несразмера растегљив појам, они наводе да како би утврдио њено постојање суд мора да ангажује вештака одређене струке. На основу његових налаза суд мора утврдити несразмеру, што он "не може никако другачије урадити него несразмеру исказати математичким путем, компарирајући прометну вредност предмета уговора (на пример продаја некретнине) са постигнутом ценом."⁷¹⁵ Сматрајући да се на овај начин еластични метод суштински своди на метод математичког стандарда, главни аргумент ових аутора јесте да је боље кад судови имају одређене смернице у закону у погледу процента преко ког се сматра да постоји лезија, него да то суд произвољно утврђује.⁷¹⁶

Са оваквим мишљењем се слаже и Б. Визнер који најпре истиче да, супротно очекивањима законодавца приликом увођења овог правног стандарда да ће се на тај начин омогућити гипкија примена института лезије у пракси, аптрактност стандарда „очигледна несразмера“ може само додатно допринети дезоријентацији приликом доношења судских одлука. Како овај појам не претпоставља неке унапред одређене размере, овај аутор сматра да његова примена упућује једино на то да се мора узети у обзир тржишна вредност престација, те да ће се судови вероватно приликом примене и тумачења законских одредби о лезији користити већ успостављене критеријуме оштећења преко половине.⁷¹⁷

Из свих наведених разлога, закључак на који смо наишли у литератури из тог времена врло јасно и на једноставан начин, свега у пар реченица, сумира став домаћих аутора о новоуведеном правном стандарду: „Не може се спорити да еластични стандарди имају одговарајуће предности и доприносе прецизнијем сагледавању конкретног случаја. Међутим, изгледа да у овој материји коришћење више стандарда, из изнетих разлога, пре одмаже но што помаже.“⁷¹⁸

Нама се чини да су представници раније теорије наступили врло строго и превише критички, не дајући довољно времена да се покаже да ли су њихове критике оправдане кроз примену законских одредби у пракси. У питању јесте значајна новина али како су сами истакли, поред номиналних измена практичан поступак суда приликом утврђивања евентуалног постојања очигледне несразмере није се знатно разликовао од оног који му је претходио пре опредељивања законодавца за метод еластичног стандарда.

Упркос отпору великог дела правне теорије, судска пракса је прихватила правни стандард „очигледна несразмера“. Показало се да је законодавчева процена у погледу примењивости овог правног стандарда била тачна, те да су судови позитивно реаговали на могућност да равномерније расподеле могућност пружања правне заштите на читав спектар уговорних односа у којим постоји несразмера узајамних престација изнад оног што би се сматрало дозвољеним и правичним.

И у литератури новијег датума наилазимо на схватање по ком је упркос могућности произвољне оцене суда употреба еластичног метода прихватљивија од примене математичког метода. То се нарочито осликава у граничним случајевима – није незамисливо да оштећени добије 51% вредности своје престације, што би га ако би се

⁷¹⁵ А. Бикић, 2011, 90

⁷¹⁶ *Ibidem*.

⁷¹⁷ Б. Визнер, 1978, 550

⁷¹⁸ Ј. Салма, 1977, 276

прихватио стандард оштећења преко половине онемогућило да добије правну заштиту позивањем на правила о прекомерном оштећењу.⁷¹⁹

Нама се такође чини да је законодавчева одлука да се математички стандард замени еластичним била правилна. Наиме, непобитно је да је примена математичког метода једноставнија и егзактнија, као и да се путем вештачења суштински метод еластичног стандарда у пракси готово своди на примену математичког метода. Аргумент по коме се његовим прописивањем дају превелика овлашћења судовима, међутим, чини се мање основаним. Како смо већ навели, у правној и уређеној држави⁷²⁰ у којој влада правна сигурност и једнакост, као и уставом загарантована строга подела власти,⁷²¹ судска власт се налази у рукама брижљиво одабраних правних стручњака који би требало да буду довољно стручни и способни да оцене оправданост примене института прекомерног оштећења у сваком конкретном случају.

5.4.2. Критеријуми за ближе одређивање стандарда „очигледна несразмера“ код института прекомерног оштећења у домаћем праву

Када је реч о ближе одређењу овог правног стандарда, већина аутора се слаже да „очигледна несразмера узајамних давања“ постоји онда када постоји груба диспропорција престација уговорних страна, у тој мери да је у питању знатно нарушавање начела еквивалентности и правичности. Другим речима, код заступника овог става се акценат ставља на вредности престација уговорних страна.

Тако Б. Визнер објашњава да се под појмом „очигледна несразмера“ подразумева материјално оштећење једне уговорне стране настало склапањем таквог двострано обавезног уговора код ког у тренутку његовог закључења постоји прекомерна и евидентна диспропорција између вредносних односа чинидбе и противчинидбе због ког оштећена уговорна страна трпи прекомерну штету, јер вредност противчинидбе примљене од њеног сауговорача очито не достиже вредност њене чинидбе.⁷²²

Постоје и другачији ставови. Позивајући се на саму природу двострано обавезних уговора, као уговора чији је битан елеменат кауза,⁷²³ поједини аутори су мишљења да законом установљена несразмера престација предвиђена члановима 139. и 140. ЗОО постоји у оним двострано обавезним уговорима у којим је начело једнаке вредности узајамних давања толико повређено да није могуће да се оствари циљ - кауза тог уговора.⁷²⁴ Кауза се у ове сврхе схвата као средство успостављања имовинске равнотеже између обвезаних лица, и то у тој мери да се задовоље захтеви поштеног промета, односно да једна страна оствари уобичајену добит а друга страна не сноси већи губитак од уобичајеног ризика.⁷²⁵ Другим речима, акценат се ставља на сврху самог уговора а не на евентуалну разлику у вредности престација. Може се рећи да уколико би се прихватила ова концепција, доња граница примене правила о прекомерном оштећењу се знатно подиже – није довољно само да је очевидно и несумњиво да постоји поремећај

⁷¹⁹ М. Цветковић, 2008, 201

⁷²⁰ Члан 1. Устава Републике Србије, „Службени гласник РС”, бр.98/2006; у даљем тексту: Устав.

⁷²¹ Чланови 3. и 4. Устава.

⁷²² Б. Визнер, 1978, 550

⁷²³ Н. Радоњић, 1981, 31

⁷²⁴ М. Цветковић, 2008, 194

⁷²⁵ Н. Радоњић, 1981, 30

равнотеже у вредности престаџија уговорних страна, већ је потребно да тај поремећај постоји у толикој мери да сам уговор није подобан остваривању свог циља.

У теорији се као додатни критеријуми приликом утврђивања да ли је реч о очигледној несразмери наводе и висина вредности конкретног прекомерног оштећења, однос фактичког оштећења према вредности преостале имовине оштећене уговорне стране, имовно стање сауговорача, специфичности друштвеног односа у питању које евентуално оправдавају прихватање мањег степена несразмере и његово подвођење под конкретни правни стандард.⁷²⁶

5.5. КРИТЕРИЈУМИ ОДРЕЂИВАЊА ВРЕДНОСТИ ПРЕСТАЦИЈА

Још једно значајно питање односи се на утврђивање *критеријума за одређивање вредности престаџија*, а у сврху доношења одлуке да ли у конкретном случају има места примени правила о прекомерном оштећењу. Ту поново постоје две основне врсте критеријума: субјективни и објективни.

5.5.1. Субјективни критеријуми одређивања вредности престаџија

Субјективни критеријум подразумева да се процена вредности престаџија врши или према вољи странака (када ствар има за странку афекциону вредност) или по уверењу суда, на основу његове слободне процене.⁷²⁷

Један од основних недостатака субјективног критеријума је што се његовом применом не обезбеђује у довољној мери равноправан положај странака.

Поред тога, концепција по којој би сама уговорна страна одредила вредност своје престаџије није прихватљива због бројних могућности злоупотребе. Уколико би се једном уговорачу дозволило да одређивањем вредности своје престаџије посредно одреди и судбину уговора, независно од стања вредности на тржишту, лако би се могло десити да уговорач који тврди да је за њега ствар имала високу афекциону вредност неоправдано добије судску заштиту позивањем на примену правила о лезији.⁷²⁸

Српски законодавац је био свестан неприхватљивости оваквог приступа, па је изричитом одредбом члана 139. став 5. ЗОО. искључио примену института прекомерног оштећења „кад је за ствар дата виша цена из особите наклоности“.

Такође, одређивање вредности престаџија на основу слободне процене суда је дозвољено само у изузетно ретким и оправданим ситуацијама, јер би у супротном могло доћи до арбитражности при доношењу судских одлука, чиме се нарушава начело правне сигурности. Поред тога, постоји опасност и од других видова злоупотреба, или пак ненамерног оштећења једне од уговорних страна приликом процене вредности исте.

⁷²⁶ Б. Визнер, 1978, 555

⁷²⁷ Ј. Салма, 1979, 380

⁷²⁸ *Ibidem.*

5.5.2. Објективни критеријуми одређивања вредности престација

Објективни критеријум утврђивања вредности престација странака подразумева утврђивање тржишне вредности као јединственог стандарда процене. У питању је стандард који је независан од воље странака или суда и који је објективно и егзактно утврдив.

Овај принцип *de facto* обезбеђује једнакост странака, јер се на исти начин и према истом стандарду утврђује вредност обе престације. Стога је он несумњиво правичнији и погоднији за примену од субјективног.⁷²⁹ Ипак, као што смо већ навели, ни утврђивање тржишне цене није увек једноставан задатак, јер постоје различите врсте тржишних цена. Поред тога, вредност престације може варирати и у зависности од момента утврђивања вредности престација за који се законодавац определио.

У теорији се такође поставља питање како ће се на објективан начин одредити вредност престације уколико ствар која је предмет уговора нема тржишну вредност? У погледу одговора на ово питање, издвојиле су се две струје.

Тако један део аутора сматра да уколико ствар нема тржишну вредност, напосто не може доћи до примене института прекомерног оштећења. Позивајући се на то да суд утврђује евентуално постојање очигледне несразмере између престација уговорних страна упоређивањем цене која је уговорена са вредношћу коју ствар има на тржишту, ови аутори изводе закључак да без тржишне цене нема ни лезије.⁷³⁰

Друга струја у теорији сматра да је неприхватљиво схватање по ком је могућност да се утврди тржишна цена предуслов за компарацију вредности престација уговорних страна. Пример који се наводи јесте ситуација када постоји само један снабдевач одређеном робом у земљи, те он одређује цену уместо да се иста формира на тржишту. И у том случају, тврде заступници овог схватања, суд може да утврди која је стварна цена предметне робе, тако што ће сазнати цену те робе у иностранству и на тај износ додати трошкове увоза.⁷³¹ Ово гледиште је, чини се, стекло потпору и кроз одлуке судова – као један од примера се наводи пракса Врховног суда Мађарске који је у недостатку тржишне цене прихватио утврђивање реалне цене престација у уговорима.⁷³²

Ми се слажемо са представницима друге струје и са њиховом аргументацијом – у недостатку тржишне цене, треба утврдити реалну цену а уколико то није могуће разумну, односно правичну цену.

5.6. ВРЕМЕ ПРОЦЕНЕ ВРЕДНОСТИ ПРЕСТАЦИЈА

Време процене вредности престација такође игра врло значајну улогу када је реч о институту прекомерног оштећења. Стање вредности престација варира, те се може десити да су исте престације уговорних страна према једном тренутку процене очигледно

⁷²⁹ А. Menyhard, 2003, 305

⁷³⁰ *Ibidem*, 306

⁷³¹ *Ibidem*.

⁷³² Према: А. Menyhard, 2003, 305

несразмерне вредности, а у следећем услед утицаја разних тржишних или других околности готово једнаке.

Када је реч о тренутку према ком се цени вредност престација, најважније питање гласи: који моменат треба бити предвиђен у закону као време према ком се процењује вредности престација? Са тим питањем је уско повезано и питање да ли евентуална каснија промена вредности узајамних давања треба да има утицај на примену института лезије. Такође, ако је најпре закључен предуговор, а потом и уговор, да ли ће се вредност престација ценити према тренутку закључивања предуговора или уговора?

У тексту који следи, покушаћемо да дамо одговор на наведена питања у вези са временом према коме се цени вредност узајамних давања уговорних страна.

5.6.1. Субјективне теорије о тренутку према ком се цени вредност престација

Према субјективним теоријама, време процене мора бити тренутак у коме је настао недостатак воље. Представници објективних теорија су сматрали да се утврђивање вредности престација мора везати за један објективно одредив тренутак.

Оно што субјективне теорије чини проблематичним јесте то што је тај моменат тешко одредив и разликује се од случаја до случаја. Њихова примена би довела до несигурности самих странака, али и правног промета у целини. Поред тога, у пракси би било врло тешко доказати у ком је моменту тачно дошло до недостатка воље.⁷³³

5.6.2. Објективне теорије о тренутку према ком се цени вредност престација

Заступници објективних теорија сматрају да је нужно да се вредност престација процењује према објективно одредивом тренутку. Правни аутори су о овоме имали различита виђења, али су преовладале три групе схватања: прва, по којој се вредност узајамних давања странака процењује према моменту закључења уговора; друга, која за правнорелевантан у овом смислу узима моменат подношења тужбе и трећа која сматра да се висина престација уговорних страна треба ценити у време доношења судске одлуке.

Како у домаћој, тако и у страној литератури,⁷³⁴ али и законодавству, преовладало је објективно схватање по ком је нужно да је поремећај једнакости узајамних давања постојао у време кад је уговор закључен.⁷³⁵ Тај тренутак је једноставније утврдити од тренутка кад је настао недостатак воље, нарочито када се узме у обзир чињеница да се данас уговори углавном закључују у писаној форми. На овај начин се постиже и већа правна сигурност. Поред тога, то је једина вредност који су уговарачи и могли узети у обзир у време закључења уговора јер би другачије поступање било врло ризично.⁷³⁶

⁷³³ Према: Ј. Салма, 1979, 381

⁷³⁴ Примера ради, у швајцарском праву се захтева да је очигледна несразмера узајамних давања постојала у моменту закључења уговора. – Franco Taisch, *Unconscionability in a civil law system: an overview of Swiss law*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal, 1992, issue 3, 530

⁷³⁵ Б. Лоза, 2000, 142

⁷³⁶ Б. Лоза, 1970, 46

Наведено решење карактеристично је за бројна страна права – то правило је, *inter alia*, предвиђено чланом 1675. француског Грађанског законика и параграфом 934. аустријског Грађанског законика.⁷³⁷ И у Српском грађанском законнику је као тренутак према коме се цени вредност престација уговорних страна био прихваћен моменат склапања уговора.⁷³⁸

Српски законодавац је прихватио такво резонување приликом доношења ЗОО, те се и у нашем савременом праву вредност предмета престације цени према моменту закључења уговора.⁷³⁹

Поједини аутори су оспоравали оправданост таквог решења. Један од њих је и Р. Ковачевић Куштримовић, која као аргумент за своју критику законодавчевог одређења за овај објективно одредив моменат наводи: „Право да се захтева поништај уговора због прекомерног оштећења престаје истеком године дана од његовог склапања. Ова одредба указује да је законодавац оставио право на захтев за поништај и када је у моменту подизања тужбе очигледна несразмера сасвим нестала или је таква да више нема карактер очигледне несразмере. Чини нам се да се овакав став законодавца тешко може оправдати...“⁷⁴⁰

Већи део домаће правне теорије је сматрао да правило о времену утврђивања вредности престација предвиђено ЗОО-ом није спорно када је реч о уговорима код којих се време закључења уговора и време његовог извршења поклапају. Са тим ставом је сагласан и аутор овог рада.

Међутим, поставља се питање шта чинити у случају да је у питању трајни уговор и ако се вредност престација која је постојала у моменту закључења уговора временом промени, независно од воље странака? Ту су могућа два сценарија. Прва могућност јесте да несразмера престација није постојала у тренутку закључења уговора, али је касније дошло до одступања. Међу правним ауторима постоји сагласност да у овом случају нема места о примени правила о прекомерног оштећењу. Под одређеним условима могу се применити правила о промењеним околностима, али о томе ће касније бити више речи.

Друго је питање да ли може да се примени институт лезије уколико је несразмера престација постојала у тренутку закључивања уговора, али су се независно од воље уговорних страна вредности престација у току трајања уговора изједначиле?

Два момента која се у теорији наводе као потенцијално правнорелевантна јесу моменат подизања тужбе и моменат доношења судске пресуде. Док један део аутора сматра да нема места захтеву за поништај уговора у случају да је у току трајања уговора дошло до изједначења вредности престација,⁷⁴¹ други сматрају да има.⁷⁴²

Заступници прве теорије, која заправо подразумева могућност да се у изузетним случајевима процена вредности престација врши према моменту након закључења уговора, тј. према моменту када су се вредности узајамних престација изједначиле, као основни аргумент наводе правичност, с обзиром да је реални основ за захтев за лезионом заштитом нестало. Стога, сматрају они, треба узети у обзир стање *de facto*. У супротном,

⁷³⁷ Према: С. Перовић, 1995, 279

⁷³⁸ Према: Б. Визнер, 1978, 556

⁷³⁹ Члан 139. став 1. ЗОО.

⁷⁴⁰ Р. Ковачевић Куштримовић, 1979, 301

⁷⁴¹ Видети, на пример: Б. Лоза, 2000, 144

⁷⁴² Б. Лоза, 1970, 50

отворила би се врата шиканозним тужбама и уопште поступцима противним забрани злоупотребе права, као једног од основних начела облигационог права.

Занимљиво је да је у Скици била предвиђена одредба која је гласила: „Поништење уговора не може се захтевати ако наведена несразмера не постоји у време подношења тужбе.“⁷⁴³ Јасно је да се овом одредбом законодавац иницијално приклонио гледишту по ком је за примену института прекомерног оштећења нужно да евидентна диспропорционалност међусобних давања странака постоји и у моменту када странка захтева примену овог института. Ипак, наведена одредба није нашла своје место у ЗОО. Према томе, да се закључити да српски законодавац није делио исти став као професор Константиновић по овом питању.

Регулисање тог питања на начин на који је то учињено у Скици здружено је подржао и С. Царић, сматравши да „нема основа за захтев оштећења преко половине ако оштећење не постоји у моменту подношења тужбе суду. Само у изузетно оправданим случајевима требало би се задовољити предвиђеном несразмером само у моменту закључења уговора.“ Овакав свој став он илуструје решењима из члана 1448. италијанског Грађанског законика.⁷⁴⁴

Његово мишљење је делио део аутора који је сматрао да би целисходно било да се узме у обзир стање ствари у време покретања парничног поступка. Уколико једна уговорна страна није више оштећена у време покретања поступка, јер је вредност њене престације временом изједначена са вредношћу контрапрестације, поставља се питање смислености пружања лезионе заштите.

Уколико би се прихватила теорија по којој је правнорелевантан моменат подношења тужбе, у литератури се истиче да је нужно правити разлику између случаја када је оштећење сасвим nestало и онда када је оно само делимично nestало у време подизања тужбе. Тако Б. Лоза сматра да се поништај уговора не може захтевати само ако је у време подношења тужбе вредност чинидби потпуно изједначена, односно не постоји никакво одступање од њихове еквивалентности. Овај аутор сматра да је само постојање несразмере вредности чинидбе у тренутку подношења тужбе у оваквом сценарију довољан разлог да се захтева правна заштита. У супротном би била ускраћена заштита оштећеној уговорној страни само јер је смањен степен несразмере, те је уместо очигледне несразмере узајамних давања сада реч о обичној несразмери. То по његовом схватању не би било у складу са начелом правичности.⁷⁴⁵

Међутим, постоји једна замерка оваквом схватању. Наиме, уколико би се доследно прихватила аргументација по којој се раскид уговора не може захтевати онда када очигледна несразмера узајамних давања фактички више не постоји, онда се и у случајевима делимичног смањења постојећег оштећења не може применити институт лезије, онда када преостало оштећење не потпада више под правни стандард „очигледне несразмере“. Иако се можемо сложити са тим да такво решење не би пружило потпуну заштиту оштећеном уговарачу, циљ постојања института лезије није у исправљању сваке неједнакости између престација уговорних страна, већ у пренебегавању несразмере којом се грубо крше како начело еквивалентности, тако и начело правичности. Управо у томе и лежи значај постојања очигледне несразмере узајамних давања, као критеријума примене овог правног института.

⁷⁴³ Члан 107. став 3. Скице за законик о облигацијама и уговорима.

⁷⁴⁴ С. Царић, 1962, 10

⁷⁴⁵ Б. Лоза, 2000, 144

Чини се пак да постоји саласност да је узимање момента доношења пресуде као момента према ком се цени вредност престација потпуно неприхватљиво. Основна примедба том приступу јесте да би на тај начин уговорна страна чији је спор окончан раније неосновано била у лошијем положају од оне о чијем је спору касније одлучено. Овакво поступање није у складу са правилом по ком у случају сукоба два објективно иста интереса, примат треба дати интересу оног којег право фаворизује, а то је у овом случају оштећени. Њихов је став да би утврђивањем вредности престација уговорних странака према моменту покретања парничног поступка, односно подизања тужбе озбиљно угрозила правна сигурност. Наиме, тиме би се страни која је у моменту закључења уговора имала право да тражи лезиону заштиту то право одузело јер у међувремену дошло до изједначења вредности престација, иако рок да се захтева поништај уговора још није истекао. Суштински, аутори који сматрају да накнадно изједначење вредности престација или евентуално смањење несразмере између њих не може да буде основ губитка права да се захтева поништај уговора услед лезије истичу да каснија промена вредности ствари не може утицати на законом загарантовано право да се захтева раскид уговора због прекомерног оштећења унутар законом предвиђеног рока.⁷⁴⁶

Аргументи које ћемо ми додати јесу да у случају да је касније дошло до изједначења вредности престација а у време закључења уговора јесу постојали услови за поништај, оштећена уговорна страна је имала извесно време да исти захтева коришћењем одговарајућих правних средстава. Рок које закон прописује су преклузивни у циљу очувања начела правичности, као и правне сигурности.

Упркос томе, критичари оваквог схватања истичу да је тај моменат правнорелевантан када је реч о једном другом правном институту којим се штити еквиваленција узајамних давања странака у уговорном праву, тачније о клаузули о промењеним околностима.⁷⁴⁷ Наиме, правила о промењеним околностима се управо примењују на случајеве када је очигледна, груба несразмера узајамних престација наступила накнадно, дејством одређених непредвидивих и изванредних околности. Стога је нужно, сматрају они, питање времена процене вредности престација код лезионарних уговора ограничити на моменат закључивања уговора, како би се уговорним странама комбинацијом различитих појединачних института заштите начела једнакости узајамних давања пружио потпуна и целовита заштита.

Додатни аргумент у прилог тога да се вредност обавеза уговорних страна цени искључиво према моменту настанка уговора лежи у чињеници да се правне последице поништаја уговора услед прекомерног оштећења самом формулацијом одговарајућег законског члана везују за вредност престација у моменту закључења уговора. У ЗОО је тако у члану 139. став 1. недвосмислено предвиђено да оштећена страна може да захтева поништај уговора „ако је између обавеза уговорних страна у двостраном уговору постојала у време закључења уговора очигледна несразмера“, ако за праву вредност тада није знала нити је морала знати. Дакле, у корист тог решења говоре не само начело правичности и правне сигурности, већ и строго схваћено начело законитости.⁷⁴⁸

⁷⁴⁶ Према: Б. Лоза, 1970, 51

⁷⁴⁷ Према: Б. Визнер, 1978, 556

⁷⁴⁸ Напоменућемо да нам се чини да овај аргумент не треба прихватати здраво за готово. Наиме, постојање очигледне несразмере узајамних давања у тренутку закључења уговора јесте услов да настане захтев за правну заштиту, али нигде у одредбама закона се не говори о томе да ли треба да постоји несразмера или не у току трајања уговора.

Поред тога, ЗОО поставља објективан рок од годину дана од закључења уговора за подношење тужбе којом се захтева раскид уговора, независно од тога да ли је у том року дошло до промене у вредности престација. Истеком овога рока се више не може захтевати примена правила о лезији. Постављањем овог рока законодавац је сасвим извесно имао намеру да обезбеди еквиваленцију узајамних давања.

Важно је на овом месту начинити још једну напомену. Ако у току трајања самог уговора дође до приближног изједначења вредности престација које су у време закључења уговора биле прекомерно несразмерне, једина правна последица може бити поништај уговора а једина правна санкција повраћај у пређашње стање. Наиме, уговор се не може одржати на снази понудом допуне до праве вредности, јер је до тога већ дошло. Фактички, дошло је до изједначења престација уговорних страна.⁷⁴⁹

Са друге стране, премда се на први поглед може одобрити сврсисходност реституције с обзиром на то да су се међусобне обавезе странака изједначиле, образложење њене оправданости које се у литератури нуди гласи да начело правичности увек полази од захтева оштећене уговорне стране. Уколико она, упркос изједначавању вредности међусобних давања, захтева да се примени институт лезије, то значи да за то има одређени интерес.⁷⁵⁰ Међутим, реституцијом се не угрожавају ни права њеног саговорача, који ће примити назад све оно што је на основу уговора дао.

5.6.3. Тренутак процене вредности престације у случају постојања предуговора

Уколико прихватимо да се вредност престација утврђује према моменту закључења уговора, чинило би се да је посао суда врло једноставан. Међутим, судска пракса, а и теорија неретко су наилазиле на спорна питања приликом тумачења и примене наведеног правила. Док је о појединим спорним питањима врло брзо дошло до сагласности између правних теоретичара и практичара, о другима су постојала различита и неретко опречна мишљења. Једно од потоњих је било питање: уколико су странке закључиле предуговор, а затим и уговор, да ли вредност престације, односно постојање њихове несразмере треба ценити према моменту закључења предуговора, или пак главног уговора?

Како предуговор рађа само обавезу на закључење главног уговора,⁷⁵¹ у случају да у моменту закључења предуговора постоји очигледна несразмера узајамних давања оштећена страна може напросто да одлучи да не закључи главни уговор. Наиме, одређивање вредности престација у предуговору је споредно, непрецизно и подложно изменама приликом закључења главног уговора. Другим речима, главним уговором се могу прецизирати вредности узајамних престација и на тај начин избећи *laesio enormis* који је евентуално постојао у предуговору.⁷⁵² Према томе, вредност престација која је у

⁷⁴⁹ Б. Лоза, 1970, 51

⁷⁵⁰ Можемо замислити ситуацију у којој је далеко испод цене продата ствар која је генерацијама била у продавчевој породици. Продавац у време закључења уговора није био свестан праве вредности предметне ствари. Временом је вредност те ствари опала, али након што је сазнао за очигледну несразмеру продавац инсистира на поништају предметног уговора и реституцији. Наиме, како за ту ствар није добио колико је вредела, сада исту жели назад без обзира на то што јој је у међувремену опала вредност.

⁷⁵¹ Члан 45. став 1. ЗОО.

⁷⁵² Ј. Салма, 1979, 381

овом случају правнорелевантна је она која постоји у тренутку закључења главног уговора.⁷⁵³

У супротном би се, како то наводи Ј. Салма, „санкционисало оштећење које то још није“.⁷⁵⁴ Наиме, како уговор још увек није закључен, у овом случају суштински не постоје ни обавезе које би биле у очигледној несразмери. Иако су странке оквирно одредиле вредност престација у предуговору, главни уговор се закључује након извесног временског интервала, што уговорним странама даје могућност да о својим обавезама додатно промисле, као и да узму у обзир потенцијалну промену околности која је могла утицати на њихову вредност.

5.7. ЗАКЉУЧАК: ОЧИГЛЕДНА НЕСРАЗМЕРА УЗАЈАМНИХ ПРЕСТАЦИЈА КАО ПРАВНИ СТАНДАРД И ИНСТИТУТ ПРЕКОМЕРНОГ ОШТЕЋЕЊА

Премда је јасно да се применом правила о лезионим уговорима, између осталог, штити савесност и поштење странака још од момента заснивања уговорног односа,⁷⁵⁵ важно је напоменути да значај овог института није ограничен на уску сферу приватних интереса. То постаје евидентно у време економских криза, када примена овог института постаје алат за заштиту поретка и помаже да се робно – новчани односи стабилизују.⁷⁵⁶

Прекомерно оштећење је један од посебних инструмената остваривања еквивалентности узајамних давања, чиме се спречава шпекулативно пословање, које има озбиљне последице по производњу и планирани развој друштва као целине. На тај начин правила о прекомерном оштећењу заправо штите правни поредак.

Уколико се томе дода снажна морална основа самог института прекомерног оштећења, те његова филозофска компонента која се огледа у заштити слабије уговорне стране,⁷⁵⁷ јасно нам је да је у питању правни институт у чијој је сржи заштита неких од основних начела уговорног права. У томе, по мишљењу бројних аутора, лежи тајна његове примене у бројним друштвеним и правним системима, који се притом међусобно знатно разликују.

Очигледна несразмера узајамних престација представља *conditio sine qua non* постојања лезије. Иако су коришћени различити називи за овај правни стандард, о чему је већ било речи, суштина се своди на постојање такве разлике у вредности престација да је то евидентно, неправично и значајно нарушава економску равнотежу уговора. Управо је та очигледна неправичност, која „упада у очи“ разлог и оправдање за тако снажно и суштинско задирање у домен једном уговореног и његову измену или пак поништај.

Стандард „очигледна несразмера“ је заменио „оштећење преко половине“⁷⁵⁸ тек у новијој правној историји. Разлог је био тај што се институт прекомерног оштећења желео

⁷⁵³ Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1973, 154

⁷⁵⁴ Ј. Салма, 1979, 381

⁷⁵⁵ Н. Радоњић, 1981, 31

⁷⁵⁶ Ј. Салма, 1975, 3

⁷⁵⁷ *Ibidem*, 5

⁷⁵⁸ Прекомерним оштећењем се, поред оштећења преко половине, сматрало и оштећење у другим, егзактно прописаним размерама које су варирале у зависности од тога о ком правном систему и о ком временском периоду је реч.

учинити гипкијим и еластичнијим, што се поље његове примене на тај начин проширило и судовима је омогућена већа дискрециона моћ приликом примене овог института у пракси.

У питању је правни стандард преузет из зеленашких уговора који је у неким правима сам по себи довољан за постојање лезије, јер постоји претпоставка о томе да постоји нешто есенцијално неправично у тако великој несразмери узајамних давања у уговору, независно од постојања субјективних елемената у виду мане воље на страни оштећеног.

У другим правима, која прихватају субјективну концепцију прекомерног оштећења, важно је да је постојала одређена субјективна околност у виду мане воље на страни оштећеног приликом закључења уговора. Међутим, то не умањује значај очигледне несразмере међусобних давања странака, јер без постојања овог објективног елемента неће моћи да се примени правни институт лезије.⁷⁵⁹

⁷⁵⁹ Такође је важно напоменути да правило по ком суд доноси одлуку на основу околности сваког конкретног случаја не значи да суд може да одлучи не узимајући у обзир тачно одређене критеријуме, од којих је најважнији вредност престација уговарача у моменту закључења уговора. При томе значајну улогу имају вештаци, који су стручна лица за вршење наведене процене. Такође, у образложењу судске одлуке морају бити наведени разлози због којих се сматра да је у конкретном случају несразмера вредности обавеза странака толика да је оправдано поништити или изменити уговор. Уколико ти разлози нису довољно убедљиви, суд више инстанце ће пресуду укинути и вратити на поновно одлучивање, преиначити или пак сам донети одлуку у конкретном случају. Тако се спречавају злоупотребе при тумачењу овог правног стандарда у пракси

**ДЕО ТРЕЋИ: ЗЕЛЕНАШКИ УГОВОР КАО
ПРАВНИ ИНСТРУМЕНТ ЗАШТИТЕ НАЧЕЛА
ЕКВИВАЛЕНТНОСТИ И ОЧИГЛЕДНА
НЕСРАЗМЕРА**

6. ЗЕЛЕНАШКИ УГОВОР КАО ИНСТИТУТ УГОВОРНОГ ПРАВА

6.1. РАЗВОЈ ЗЕЛЕНАШКОГ УГОВОРА КАО ПРАВНОГ ИНСТРУМЕНТА ЗАШТИТЕ ЕКВИВАЛЕНТНЕ ВРЕДНОСТИ ПРЕСТАЦИЈА

Зеленашки уговор је двострано обавезан теретни уговор⁷⁶⁰ у коме једна страна, користећи се стањем нужде или тешким материјалним стањем другог, његовим недовољним искуством, лакомисленошћу или зависношћу, уговори за себе или за неког трећег корист која је у очигледној несразмери са оним што је он другој страни дао или учинио, или се обавезао дати или учинити.⁷⁶¹

Израз „зеленашење“ је вероватно настао од праксе која потиче још из доба Римске империје,⁷⁶² а која је код нас била распрострањена у време феудализма – наиме, трговци (лихвари) су од сељака куповали жито, док је још било на класу (куповали су „на зелено“) по ниским ценама, користећи се њиховим стањем нужде. Касније су продајом истог остваривали несразмерну имовинску добит.⁷⁶³ Јасно да је овом праксом озбиљно и грубо нарушавано начело једнаких давања. Поједини аутори, међутим, подсећају да је и зеленаш на себе преузимао извесне ризике - могуће је да година не буде родна, или да жито не постигне цену која би њему донела добит.⁷⁶⁴

Поред израза „зеленашки уговор“, у литератури се може наићи и на израз „лихварски уговор“⁷⁶⁵ за који неки представници новије домаће теорије сматрају да као „обухватнији и тачнији“ више одговара потребама данашњег друштва када је реч о условима и домену примене овог института.⁷⁶⁶

Институт зеленашког уговора се од самог настанка најчешће повезивао са врло високим уговорним каматама код уговора о зајму.⁷⁶⁷ Наиме, уговорна камата представља „цену употребе новца или других замењивих ствари“⁷⁶⁸ и њена се висина као и време доспевања одређује вољом уговорних страна.⁷⁶⁹ У историји је било много примера да је услед уговорене висине каматне стопе код уговора о зајму зајмодавац примио престацију чија је новчана вредност била очигледно несразмерна суми новца коју је на основу уговора зајмопримцу дао. То је неизбежно доводило до осиромашења зајмопримаца у великом броју, што је опет присиљавало доносиоце закона да регулишу ово питање на

⁷⁶⁰ Јелена Вукосављевић, *Зеленашки правни посао*, Нови Сад, 2014, 3

⁷⁶¹ Члан 142. став 1. ЗОО.

⁷⁶² Д. Николић, 2017, 360

⁷⁶³ Илија Бабић, *Лексикон облигационог права*, Београд, 2001, 470

⁷⁶⁴ Ј. Вукосављевић, 2014, 3

⁷⁶⁵ Сматра се да је назив „лихварски“ уговор настао управо по другом називу за трговце који су куповали жито по ниским ценама како би га касније препродали по знатно вишим - лихвари. – *Ibidem*.

⁷⁶⁶ Марко Перовић, *Правне последице зеленашког уговора*, Правни живот, 2013, број 10, 715

⁷⁶⁷ Љ. Милошевић, 1957, 1

⁷⁶⁸ Правно схватање Вишег трговинског суда утврђено као одговор на питање на седници Одељења за привредне спорове од 27.9.2004. године

⁷⁶⁹ Божидар Матић, *Испуњење новчаних облигација*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1981, 350

одговарајући начин, стајући тако на пут безобзирном искоришћавању тешког положаја већ осиромашеног становништва.

Правилима о забрани зеленашких уговора штити се начело једнакости узајамних давања,⁷⁷⁰ које је једно од најзначајнијих начела уговорног права. Међутим, то није једино начело чија се заштита на овај начин остварује – њиме се штити и начело савесности и поштења, те начело правичности,⁷⁷¹ начело равноправности странака, начело аутономије воље са општим ограничењима, као и добри обичаји приликом склапања уговора.⁷⁷²

6.1.1. Развој института зеленашког уговора у упоредном праву

6.1.1.1. Развој института зеленашког уговора од античког доба до средњег века

6.1.1.1.1. Схватања грчких филозофа о зеленашком уговору и његово регулисање у античкој Грчкој

Сматра се да су учења грчких филозофа којим се узимање камате критикује као неморално понашање инспирисала забрану такве делатности у римском праву. Наиме, још је Платон критиковао зеленаше као људе који док узимају камате истовремено „чине да се стално повећава број како лезилебовића тако и просјака.“⁷⁷³ Он је чак сматрао да би зајмопримац код зеленашког уговора требало да има право да одбије не само враћање камате, већ и главнице.⁷⁷⁴

Платонов ученик Аристотел отишао је корак даље. Он је у свом делу „Политика“ нагласио да постоје три начина стицања добара. Први је присвајање из природе путем лова или риболова, и то је природно. Други начин је замена новца за робу. То је такође природно, јер се на тај начин човек прилагодио неједнакости при расподели природних добара. Трећи начин, који подразумева стицање веће количине новца од новца које смо дали (другим речима, узимање камате на име позајмљеног новца) Аристотел је сматрао неприродним.⁷⁷⁵

Он је суштински критиковао неједнакост давања у таквим уговорима, објашњавајући: „Врло је омражена пракса наплаћивања камате и та омраженост је потпуно оправдана јер добитак произлази из самог новца, и није прозвод размене за коју је новац намењен и ради које је успостављен и прихваћен... од свих видова пословања,

⁷⁷⁰ М. Цветковић, 2008, 198; Д. Николић, 2017, 360

⁷⁷¹ Б. Визнер објашњава да код зеленашког уговора постојање неповољних околности на страни оштећеног у виду недовољног искуства, лакоумислености или зависности очигледно указује на неправичне услове под којим је тај уговор склопљен, а који су довели до уговарања очигледне несразмере узајамних давања. – Б. Визнер, 1978, 568

⁷⁷² Ј. Вукосављевић, 2014, 7

⁷⁷³ Према: Mark A Senn., *A Matter of Principle and Interest - The Briefest Possible History of Usury*, Probate and Property, 2006, issue 2, 61

⁷⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁷⁵ Чувени филозоф је у „Политици“ своје гледиште по ком новац не постоји услед закона природе, већ из разлога што то одређују закони које је створио човек илустровао живописним поређењем по ком новац не може родити нови новац на исти начин као што се крава отели. – Према: Georges Cavailier, *For a European range of clearly defined usury rates*, The Cristian Law review, 2014, vol.172, 44

узимање камате је највише противно природи.⁷⁷⁶ Додатни аргумент оваквог схватања је био да онај који је новац узео на зајам исти „оплођује“ уложеним радом, док зајмодавац не улаже никакав рад али убира плодове.⁷⁷⁷

Међутим, утицај цењених мислилаца није био толики да се у пракси одступи од уговарања камате. Следећи пример осталих античких цивилизација,⁷⁷⁸ Хелени су дозвољавали зарачунавање камате, чија висина је варијала у зависности од економских услова и других релевантних околности.⁷⁷⁹

Поред тога, у складу са начелом *pacta sunt servanda* било је дозвољено закључивање уговора са очигледно несразмерним престацијама и уопште се није улазило у то да ли је до склапања таквих уговора дошло коришћењем нужде, тешких прилика или лакомислености и неискуства друге стране.

6.1.1.1.2. Институт зеленашког уговора у римском праву

Иако је у нашој теорији дуго било заступљено мишљење да зеленашки уговор није постојао у римском праву,⁷⁸⁰ те да је овај појам био непознат у старијим кодификацијама права, новија теорија аргументовано тврди супротно.⁷⁸¹

Премда је закључивање зеленашких уговора дуго било превасходно повезивано са зајмом и кредитом, узимање камате независно од њене висине сматрало се зеленашењем и у римском праву.⁷⁸² Тако је Законом Дванаест таблица било ограничено уговарање камате на један посто месечно, односно 8,33% годишње по тадашњем, а 12% годишње по данашњем рачунању времена. Уговарање камате више од наведене је било забрањено.⁷⁸³

Међу каснијим покушајима издваја се покушај плебејског конзула Генуција да потпуно забрани уговорне камате Генуцијевим законом *Lex Genucia* из 342. године п.н.е. који није уродио плодом на дуге стазе. Исто важи и за Теодесијанов кодекс из 438. године нове ере.⁷⁸⁴

Стога су се римски законодавци доцније ограничили на прописивање висине изнад које уговорена каматна стопа не може ићи. Као и у античкој Грчкој, та висина је варијала, па је тако у појединим периодима достигала и невероватних 50 процената.⁷⁸⁵

Јустинијанови компилатори су заузели умеренији приступ, те је у *Corpus iuris civilis* – у прописана максимална камата која је у зависности од врсте уговора износила

⁷⁷⁶ Према: М.А. Senn, 2006, 61

⁷⁷⁷ G. Cavailier, 2014, 45

⁷⁷⁸ Још је у Хамурабијевом законнику било дозвољено узимање камате на уговор о зајму жита у износу од 33% годишње, а ако је реч била о зајму сребра, дозвољена камата је била 20% годишње. Сматрало се да толико заслужује онај који робу даје на зајам, на име ризика који тиме сноси. – Према: М.А. Senn, 2006, 60

⁷⁷⁹ G. Cavailier, 2014, 45

⁷⁸⁰ Заступници овог става су ипак истицали да су још у античко време постављени темељи заштити начела еквивалентности, кроз правила о правичној цени и о могућности да продавац раскине уговор о купопродаји уколико цена коју је добио за исту не одговара ни половини њене вредности. – Ј. Вукосављевић, 2014, 3

⁷⁸¹ И. Бабић, 2001, 470

⁷⁸² *Ibidem*.

⁷⁸³ Према: Љ. Милошевић, 1957, 8

⁷⁸⁴ *Ibidem*, 8-9

⁷⁸⁵ Према: G. Cavailier, 2014, 45

између 3%⁷⁸⁶ и 12% годишње.⁷⁸⁷ Она је пак диференцирана према врсти посла, као и према различитим категоријама лица која предметни уговор закључују.⁷⁸⁸

Зачецима правила о забрани зеленашких уговора се могу сматрати и правила која су важила у римском праву у доба републике, по којима се могао тражити повраћај у пређашње стање уколико је уговор закључило лице млађе од 25 година, ако је због недовољног искуства закључило уговор који је за њега неповољан, при чему није морало да се доказује да је уговор закључен због принуде или преваре.⁷⁸⁹

Такође, напоменућемо да су у римском праву постојали и други видови борбе против неједнакости узајамних давања који су се са једне стране огледали у максимирању цене робе свакодневне потрошње а са друге у могућности раскида уговора о купопродаји непокретности због лезије.⁷⁹⁰

6.1.1.2. Институт зеленашког уговора у средњем веку

6.1.1.2.1. Забрана зеленашког уговора у средњовековном световном праву

У средњовековној легислативи, постојали су различити ставови о оправданости уговарања камате. У неким правима су такви уговори забрањивани, у другим је било забрањено закључивање уговора са каматом преко одређене висине док је у трећима постојала потпуна слобода закључивања уговора о зајму.⁷⁹¹ Варијације су постојале не само у одређеним територијама, већ и у истим државама у различитим временским периодима. Примера ради, према подацима из XVI века, сасвим је уобичајено било приликом закључивања уговора о зајму или кредиту уговарање камате од око 8%.⁷⁹²

У правној теорији су се ова одступања од начела еквивалентности објашњавала на три основна начина, односно кроз три основне теорије. Прва теорија је била „теорија изнајмљивања“, која је подразумевала да се новац „изнајмљује“ попут стамбеног простора и да је у складу са тим сасвим оправдано да се наплати „накнада за коришћење“ новца, као што би то уосталом био случај и са простором за становање.⁷⁹³

Следећа теорија је била „теорија асоцијације (придруживања)“ која се заснивала на идеји да зајмодавац има право на учешће у профиту који зајмопримац остварује коришћењем новца који је предмет уговора о зајму. То се учешће исказује кроз фиксно уговорену камату.⁷⁹⁴

Трећа теорија, позната под називом „теорија камате“, почела се развијати паралелно са развојем капитализма и истовременим растом прозводње почев од XVI века. Како је трговачки посао узимао маха, било је незамисливо да се одвија без узимања зајма са каматама.⁷⁹⁵ Суштина ове теорије је да новац не треба да буде „јалов“, већ је

⁷⁸⁶ Љ. Милошевић, 1957, 10

⁷⁸⁷ Према: М.А. Senn, 2006, 62

⁷⁸⁸ Према: Љ. Милошевић, 1957, 10

⁷⁸⁹ Према: М. Сич, 2006, 202

⁷⁹⁰ Према: Љ. Милошевић, 1957, 5

⁷⁹¹ *Ibidem*, 6

⁷⁹² Према: G. Cavailier, 2014, 51

⁷⁹³ *Ibidem*.

⁷⁹⁴ G. Cavailier, 2014, 51

⁷⁹⁵ Љ. Милошевић, 1957, 12

нужно да се капитал увећава што се између осталог чини и путем камата. Како је оплодња уложеног капитала кроз производњу и трговину законита, сматрано је једнако законитим да се узме камата на новац који је „уложен“ посредством уговора о зајму или о кредиту.⁷⁹⁶

Ипак, и у теорији камате је прављена разлика између „обичне“ тј. дозвољене камате и зеленашке. Чини се да је управо ова трећа теорија најшире прихваћена у оном делу света који се колоквијално, а неретко и у литератури, назива „западним земљама“.⁷⁹⁷

У складу са наведеним, у капиталистичким државама је у овом погледу постојао правни партикуларизам. Забрањивано је уговарање каматних стопа преко одређене висине. Та висина је варијала - износила је 6% у Аустрији XVII века, 5% у постреволуционарној Француској а у Прусској XVIII века се кретала од 6% за редовна лица преко 6% у случају хипотекарног зајма до 8% за Јевреје.⁷⁹⁸

6.1.1.2.2. Забрана зеленашког уговора у канонском праву

Канонско право је инспирисано хришћанском религијом која се одликује идејом о једнакости свих људи и правичношћу, те забраном експлоатације других. Стога је важило правило да није правично да неко прими више него што је дао.⁷⁹⁹ У складу са црквеним учењем, при закључивању уговора треба тежити правичној цени која би требало да буде независна од разних утицаја и од које се не би смело одступати. У супротном, такав би се уговор сматрао зеленашким.⁸⁰⁰ Тиме би се нарушила комутативна правда, односно начело једнакости узајамних давања.⁸⁰¹

Још су средњовековни филозофи попут Томе Аквинског и Хуга Гроцијуса истицали да није прихватљиво уговарање различите цене од тржишне и то искоришћавањем немарности, лакомислености, неискуства или друге сличне околности.⁸⁰²

За зеленашење је у канонском праву сматрано и узимање камате у било којој висини.⁸⁰³ То је осуђивано као „неприродан раст новчане моћи“ и забрањивано је чак и појединим папским декретима,⁸⁰⁴ од којих је најпознатији онај који је донео папа Бенедикт XIV, под називом „О зеленашењу и другим нечасним начинима стицања профита“.⁸⁰⁵

Тома Аквински је такође наглашавао да је „наплаћивање новчане позајмице неправично, јер се продаје нешто што не постоји“, сматрајући да је сврха новца да буде потрошен и да је погрешно наплаћивати његову употребу.⁸⁰⁶

Иако је канонско право оштро осуђивало уговарање камате⁸⁰⁷ и сваки вид зеленашке праксе, у литератури наилазимо на опречне ставове о утемељености црквеног

⁷⁹⁶ G. Cavailier, 2014, 52

⁷⁹⁷ *Ibidem*, 53

⁷⁹⁸ Према: Љ. Милошевић, 1957, 12-13

⁷⁹⁹ *Ibidem*, 5

⁸⁰⁰ J.V. Thayer, 1937, 328

⁸⁰¹ G. Cavailier, 2014, 48

⁸⁰² Према: М. Сич, 2006, 215

⁸⁰³ И. Бабић, 2001, 470

⁸⁰⁴ M.A. Senn., 2006, 62

⁸⁰⁵ G. Cavailier, 2014, 48

⁸⁰⁶ Према: М.А. Senn, 2006, 62

⁸⁰⁷ М. Живковић, 2006, 21

става у самом библијском тексту. Тако се наводи цитат из Старог завета по коме није дозвољено узимати камату од „свог народа“⁸⁰⁸, нити оног ко се „налази у потешкоћама“ али је дозвољено наплатити камату странцима или ако се новац даје у зајам у пословне сврхе.⁸⁰⁹ У Новом завету такође постоји текст у коме учитељ саветује ученика да орачи новац у банци уместо да га закопа, што би се могло тумачити као посредно одобравање узимања камате. Међутим, на другом месту се каже да „треба чинити добро и позајмљивати новац без очекивања ичега заузврат“, ⁸¹⁰ што по многим представља јасан знак да зеленашење, па чак и узимање камате није у складу са канонским правом. Закључак који инострани аутори на основу анализе библијског текста изводе јесте да је оштар став цркве последица његовог накнадног и прилично екстензивног тумачења од стране моралиста и црквених великодостојника, те учења и заоставштине оних које је црква прогласила за свеце.⁸¹¹

Као додатну потврду тога да црквено право није било сасвим уједначено по овом питању, односно да се „црква није увек придржавала оног што проповеда“ у иностраним изворима указују на податак да се црква није противила зарачунавању умерене камате уколико зајмопримац није вратио новац у року у ком је на то био обавезан уговором. Сматрало се да је он такође дужан да накнади зајмопримцу све евентуалне губитке које је имао јер му новац није враћен на време, као и изгубљену добит по том основу.⁸¹² Касније су у ову групу додати и други случајеви кад се могла захтевати додатна накнада за позајмљени новац, а један од кардинала је чак начинио листу са 13 изузетака од правила о забрани уговарања камате код уговора о зајму.⁸¹³

Интересантно је да је и сама црква основала сопствене кредитне установе, које су у почетку давале бескаматне кредите сиромашним лицима, али касније су уз одобрење црквених сабора и оне почеле да узимају накнаду за позајмљени новац.⁸¹⁴ Колико је ова пракса била распрострањена илуструје случај из судске праксе, када је суд наредио трговцу из Лиона да плати камату на износ који је дуговао опатицама из оближњег градића.⁸¹⁵

У европским градовима су Јевреји давали новац са високим каматама, преузимајући обавезу да за то право плаћају високе дажбине својим феудалним господарима. Након крсташких ратова су и хришћански трговци добили исту привилегију.⁸¹⁶

⁸⁰⁸ Према: Љ. Милошевић, 1957, 11

⁸⁰⁹ Према: М.А. Senn, 2006, 60-61

⁸¹⁰ Према: G. Cavailier, 2014, 47

⁸¹¹ Навешћемо пример Светог Амброза, који је у својим делима недвосмислено тврдио да је код зајма уговарање „сваког износа преко вредности главнице зеленашење“. Свети Цером је сматрао да је уговарање камате забрањено не само на основу закона, већ и божјим словом. Слична гледишта су свети оци више пута изнели као закључке са својих сабора. - *Ibidem*, 48

⁸¹² Пример који се у литератури наводи за случај настале штете односно губитка јесте случај када зајмопримац није вратио новац који је добио на основу уговора о зајму у уговореном року, а након истека рока зајмопримчева кућа је претрела оштећење које је временом постало још веће јер зајмодавац због задоцњења у извршењу уговора није имао новца да кућу поправи. Други пример који се наводи као илустрација изгубљене добити јесте ситуација када је због зајмопримчевог закашњења са исплатом дуговане суме зајмодавац испустио уносну пословну прилику да купи робу по јефтинијој цени а прода по скупој. – М.А. Senn, 2006, 62

⁸¹³ G. Cavailier, 2014, 48

⁸¹⁴ Љ. Милошевић, 1957, 11

⁸¹⁵ Према: G. Cavailier, 2014, 51

⁸¹⁶ Према: Љ. Милошевић, 1957, 12

У овом питању се канонско право није знатно разликовало од шеријатског, јер је у исламу строго забрањено како зарачунавање камате, тако и сви други видови шпекулативног пословања.⁸¹⁷ Када је реч о протестантским реформаторима, није изненађујуће што су они имали различита гледишта о овом питању. Док је Мартин Лутер био оштри противник уговарања камате, Калвин је сматрао да се морају узети у обзир и околности у којима се налази зајмодавац. Његов став је био да би камату као неки вид „накнаде за пословни ризик“ требало признавати пословним људима, али се не би смела наплаћивати онима који су у оскудици.⁸¹⁸

6.1.1.3. *Институт зеленашког уговора у великим грађанским кодификацијама XIX и XX века*

Индустријализација је донела, са једне стране, богаћење мањег броја људи, а са друге, осиромашење значајног дела популације. Деветнаести и рани двадесети век карактерише масовно закључивање уговора, од којих је немали број под кринком слободе уговарања крио искоришћавање зависног положаја и неповољних имовинских прилика економски слабијих уговарача спрам великих трговинских друштава и богатијих слојева становништва.⁸¹⁹ Док су неки законодавци попут аустријског и немачког били свесни тих друштвених промена и опасности од злоупотреба које оне са собом носе, те су у грађанским кодексима предвидели институт зеленашких уговора, други попут француског су се држали правила о аутономији воље и нису забрањивали закључивање лезионарних уговора.

6.1.1.3.1. *Велике грађанске кодификације које нису познавале институт зеленашких уговора*

6.1.1.3.1.1. *Француски Грађански законик и институт зеленашког уговора*

Након више векова доминације канонског права које је оштро осуђивало зеленашке уговоре као такве, сматрајући их неморалним и неправичним, Француска буржоаска револуција 1789. године донела је не само потпуно нови поредак на француском и уопште европском тлу, већ је исте године посебним актом поништила ранију забрану закључивања зеленашких уговора и тиме „на велика врата“ вратила неповредивост начела аутономије воље као доминантан принцип уговорног права.⁸²⁰

Француски Грађански законик није познавао концепт зеленашких уговора.⁸²¹ Поједини аутори сматрају да би се случајеви када је слободна воља једне уговорне стране да склопи уговор била нарушена услед стања нужде или економске зависности могли да се подведу под правила француске грађанске кодификације по којима је уговор ништав уколико је закључен под принудом.⁸²²

⁸¹⁷ Према: G. Cavailier, 2014, 43

⁸¹⁸ Према: M.A. Senn, 2006, 62

⁸¹⁹ М. Живковић, 2006, 24

⁸²⁰ G. Cavailier, 2014, 53

⁸²¹ Р. Тричковић, 1964, 20

⁸²² А. Menyhard, 2003, 301

У складу са одредбама француске грађанске кодификације, уговарање камате је било дозвољено а посебним законом из 1807. године је одређено да у уговорима између физичких лица уговорена камата не сме прелазити 5%, док је у привредним уговорима било забрањено уговорити каматну стопу у износу већем од 6%.⁸²³

6.1.1.3.2. Велике грађанске кодификације које су познавале институт зеленашког уговора

Зеленашки уговори познати су и у аустријском Грађанском законнику⁸²⁴ из 1811. године, италијанском Грађанском законку из 1942. године,⁸²⁵ немачком Грађанском законнику из 1896. године,⁸²⁶ те швајцарском Законнику о облигацијама из 1911. године.⁸²⁷

6.1.1.3.2.1. Немачки Грађански законик и институт зеленашког уговора

Немачки Грађански законик је, ослањајући се на решења Кривичног закона из 1893. године увео у концепт немачког цивилног права појам "правог зеленашког уговора".⁸²⁸

У том кодексу је јасно прописано да ће уговор бити ништав⁸²⁹ уколико постоји очигледна несразмера⁸³⁰ између престација уговорних страна и до закључења уговора је дошло искоришћавањем потешкоћа, неискуства, погрешно расуђивање или озбиљне неодлучности⁸³¹ једне уговорне стране.⁸³² Као што видимо, и овде је прихваћена комбинација субјективних и објективних елемената као конститутивних за институт лихварског уговора.

Тако је Окружни суд у Дизелдорфу нашао да постоји очигледна несразмера узајамних давања у уговору о купопродаји тепиха у коме је продајна цена од 13.000 немачких марака три пута већа од уобичајене.⁸³³ Такав уговор је у складу са судском праксом (пре свега Савезног суда Немачке) ништав, јер је једна уговорна страна на неморалан начин стекла прекомерну корист, свесно искористивши стање економске нужде њеног саговорача, односно њен слабији економски положај.⁸³⁴ Савезни суд правде Немачке је у ранијим случајевима нашао да очигледна несразмера узајамних давања постоји већ и у случајевима да је вредност давања једне уговорне стране готово душло већа од вредности давања другог уговорача.⁸³⁵

⁸²³ Према: G. Cavailier, 2014, 56

⁸²⁴ Параграф 879. став 2. и 4.

⁸²⁵ Члан 1448.

⁸²⁶ Параграф 138. став 2.

⁸²⁷ Члан 21.

⁸²⁸ Према: J.V. Thayer, 1937, 329

⁸²⁹ Прописана је правна последица ништавости јер су такве трансакције противне моралу. - *Ibidem*.

⁸³⁰ Негде се употребљени израз преводи и као „изненађујућа несразмера“. – J.V. Thayer, 1937, 329

⁸³¹ У нашој литератури се може наћи и превод у виду „озбиљних мана воље“ једне уговорне стране. – Катарина Тасић, *Мане воље оштећеног као један од услова за постојање зеленашког уговора*, Страни правни живот, 2012, број 3, 350

⁸³² А. Menyhard, 2003, 300

⁸³³ Видети пресуду Окружног суда у Дизелдорфу, U 71/96 од 6.11.1997. године.

⁸³⁴ Видети пресуду Савезног суда правде Немачке, VIII ZR 82/94 од 11.1.1995. године.

⁸³⁵ Видети пресуду Савезног суда правде Немачке V ZR 63/93 од 25.2.1994. године, као и пресуду Савезног суда правде Немачке V ZR 260/90 од 8.11.1991. године.

Суд је у овој пресуди децидно навео да постоје извесни случајеви када неколико пута већа цена од уобичајене може бити оправдана - на пример, уколико би била реч о старом, ручно рађеном тепиху. Ипак, вештачење је показало да тепих који је био прамет овог купопродајног уговора није спадао у ту категорију – у питању је био обичан тепих, чија је вредност у време испоруке процењена на око 3.900 немачких марака. С обзиром да је наплаћена цена 13.000 немачких марака, односно више него троструко већа цена од вредности ствари, суд је сматрао да је јасно да је реч о очигледној несразмери узајамних давања (подвукла Д.М.).⁸³⁶

Окружни суд није пропустио да нагласи да како би се утврдила ништавост уговора због његове зеленашке природе испуњеност објективног услова прописаних чланом 138. немачког Грађанског законика који се огледа у постојању очигледне несразмере узајамних давања јесте нужан, али не и довољан услов. Наиме, поред тога потребно је да је постоји елемент неморалности понашања туженог. Интересантно је да суд сматра да *уколико је испуњен објективни услов постоји претпоставка неморалности поступања повериоца, јер искуство показује да дужник не закључује тако неповољан уговор осим ако није под утицајем посебних околности које онемогућавају да искаже своју слободну уговорну вољу* (подвукла Д.М.).⁸³⁷ Терет доказивања супротног лежи на туженом.⁸³⁸

У конкретном случају, Окружни суд у Дизелдорфу није сматрао да је довољан доказ моралног понашања туженог чињеница да је оставио тужили тепих на пробу извесно време пре него што је уговор закључен. Суд је оценио да је то део продајне стратегије који је могао само да оснажи њену одлуку да исти купи. Премда јесте чињеница да је тужила имала извесно искуство у бизнису као власница продавнице, суд је сматрао да је њена моћ пословне процене знатно смањена због чињенице да је реч о жени од 80 година.⁸³⁹

Другачију одлуку донео је Савезни суд правде Немачке 2000. године. У том случају сваки од тужилаца је био власник по једне половине земљишта. Од њих је тужени дана 9.7.1990. године купио сувласнички удео на делу од једне половине земљишта по цени од 15.000 немачких марака. Након тога се као сувласник уписао у земљишне књиге. Тужиоци су тврдили да је права вредност његовог удела износила 50.000 немачких марака и да је стога уговор о купопродаји истог неморалан и као такав ништав. Суд је подсетио да је и у време закључења уговора на територији тадашње Источне Немачке важио Грађански законик који је предвиђао да уговори морају бити у складу са "социјалистичким моралом", што је одговарало принципу савесног поступања из Немачког грађанског законика. У складу са законима донетим након уједињења Немачке, одредбе уговора којим се вређају морална начела су апсолутно ништаве. Стога је усвојио правни лек и вратио предмет на поновно одлучивање, оценивши да је Апелациони суд у својој одлуци неправилно пропустио да примени одредбе члана 138. Грађанског законика, којим су регулисани зеленашки уговори. Нагласио је да "нарочито велика несразмера између чинидбе и противчинидбе оправдава закључак о неморалном понашању туженог, што би могло да последично доведе до ништавости уговора као неморалног у складу са одредбама члана 138. Законика. Сматра се да се постојање

⁸³⁶ Видети пресуду Окружног суда у Дизелдорфу, U 71/96 од 6.11.1997. године.

⁸³⁷ Видети пресуду Савезног суда правде Немачке, VIII ZR 82/94 од 11.1.1995. године и пресуду Окружног суда у Дизелдорфу, U 71/96 од 6.11.1997. године.

⁸³⁸ *Ibidem.*

⁸³⁹ Видети пресуду Окружног суда у Дизелдорфу, U 71/96 од 6.11.1997. године.

нарочито велике несразмере престација уговорних страна може претпоставити онда када је вредност чинидбе готово дупло већа од вредности противчинидбе.”⁸⁴⁰ У складу са тим, таква несразмера би постојала већ да је доказана вредност сувласничког удела била 30.000 немачких марака, а не читавих 50.000 немачких марака како тужиоци тврде да је то био случај. Стога је дужност суда била да утврди реалну вредност истог. Како то није учињено, предмет је враћен на поновно одлучивање.⁸⁴¹

У англосаксонској теорији је начин на који је институт лихварског уговора формулисан у немачком Грађанском законнику критикован због своје „екстензивности“. Аутори који заступају овакво гледиште истичу, *inter alia*, да приликом регулисања института зеленашких уговора није узето у обзир да вредност појединих престација није једноставно утврдива.⁸⁴² Други пак сматрају да је наведени члан немачког цивилног кодекса дефинисао институт лихварског уговора сувише уско, те да је његов смисао тиме ограничен на случајеве економске нужде.⁸⁴³

Упркос томе, чини се да у литератури (нарочито у правима која припадају европско-континенталном правном систему) преовлађује став да је немачка оваквим регулисањем лихварских уговора заправо начинила одлучујући корак у реafirмисању једног од најзначајнијих института заштите начела еквивалентности, што је истовремено врло значајан корак ка свеобухватнијем остваривању и заштити како начела правичности, тако и начела савесности и поштења у немачком уговорном праву. Наше мишљење је да је овакво схватање исправно.

Познато је да је немачко грађанско право узор за бројна друга, у које се убраја и наше, домаће право. Стога позитивни аспекти регулисања института лихварских уговора нису ограничени само на немачко уговорно право, већ су се „пресликали“ и на остале правне системе који су преузели његова решења, са евентуалним модификацијама.

6.1.1.3.2.2. Италијански и аустријски Грађански законик и швајцарски Законик о облигацијама и институт зеленашког уговора

По узору на наведену одредбу немачког законодавца, Новелом је слична норма унета и у аустријски Грађански законик.⁸⁴⁴ Одредбе о забрани лихварских уговора нашле су своје место и у италијанском кодексу. Поред ових, „класичних грађанских кодификација“, један од првих грађанских законика који је садржао норме о зеленашком уговору био је Пољски законик из 1934. године.⁸⁴⁵

Швајцарски законодавац је такође предвидео институт зеленашког уговора. Члан 21. Швајцарског Законика у облигацијама предвиђа да у случају очигледне несразмере престација уговорних страна настале тако што је један уговарач искористио стање нужде, неискуство или лакомисленост другог, оштећена страна може да тражи поништај уговора и реституцију оног што је уговором дала. Међутим, право на побијање уговора као

⁸⁴⁰ Видети пресуду Савезног суда правде Немачке, V ZR 146/98 од 4.2.2000. године.

⁸⁴¹ *Ibidem*.

⁸⁴² Примери који се наводе су ретке уметнине или пак роба чија се вредност брзо мења или је различита у зависности од тржишта. – J.V. Thayer, 1937, 333

⁸⁴³ *Ibidem*.

⁸⁴⁴ Према: Matthias Pohlkamp, *Die Entstehung des modernen Wucherrechts und Wucherrechtsprechung des Reichsgerichts zwischen 1880 und 1933*, Wien, 2009, 61

⁸⁴⁵ Према: J.V. Thayer, 1937, 329

зеленашког је ограничено на рок од годину дана од његовог закључења, након чијег истека наступа преклузија.⁸⁴⁶

Оно што је јасно јесте да се за примену правила о зеленашком уговору у швајцарском праву захтева постојање три елемента: очигледне несразмере узајамних давања, слабости (нужде) на страни једног уговарача и коришћење те слабости од стране другог уговарача. Да ли су ови услови испуњени одређује судија у сваком конкретном случају, руководећи се начелима правичности и еквивалентности. Интересантно је, међутим, да чак и у одсуству једног од наведених елемената, уколико су остала два изражена у великој мери, суд може да поништи уговор у питању.⁸⁴⁷ То је решење које одражава став да је оправдано поништити уговор у коме су правичност и еквивалентност евидентно и у великој мери угрожени, независно од тога да ли су испуњени сви законом прописани услови. Сматрамо да је у питању решење које би и наш законодавац могао размотрити, али само у изузетним случајевима.

6.1.1.4. Институт зеленашког уговора у савременом законодавству

Данас је овај правни институт заступљен у већини европских правних система, у којима је углавном регулисан на сличан начин као у нашем, српском праву. Зеленашки уговор није нужно регулисан законцима, већ и у виду *lex specialis* или кроз судску праксу.⁸⁴⁸

Када је реч о висини уговорне каматне стопе, законодавна политика варира. Према новијим истраживањима, у Европској унији је један део земаља (Португал, Шпанија, Француска, Италија) екстензивно законски регулисао то питање. Свега 14 земаља Европске Уније прописало је максималну дозвољену висину уговорне каматне стопе у апсолутном износи (Малта, Грчка, Ирска) или је одредило исту у односу на референтну каматну стопу (Белгија, Естонија, Француска, Немачка, Италија, Холандија, Пољска, Португал, Словачка, Шпанија и Словенија).⁸⁴⁹

У данашњој Француској, према закону из 2010. године (којим је модификована одредба 313. француског Потрошачког закона којом је ова материја претходно била регулисана) сматра се да је уговор зеленашки уколико је „одобрен по каматној стопи која у време закључења уговора премашује једну трећину просечне ефективне каматне стопе коју је кредитна институција примењивана у претходном кварталу код уговора исте природе са сличним ризиком.“⁸⁵⁰ На тај начин није прописана јединствена висине каматне стопе чије би се уговарање сматрало противним закону, односно грубим кршењем начела еквивалентности, већ су предвиђене различите висине каматних стопа у зависности од врсте уговора. Оваква флексибилност законског регулисања се у теорији поздравља и често истиче као потенцијални модел за легислативна решења у другим европским државама.

⁸⁴⁶ admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201704010000/220.pdf, приступила 30.6.2019. године

⁸⁴⁷ Према: F. Taisch, 1992, 530

⁸⁴⁸ У Шпанији је закон о зеленашком уговору донет 1908. године, у Румунији 1930. године а у Аргентини су такви уговори у судској пракси проглашени за неморалне и апсолутно ништаве такође 30-тих година прошлог века. – Према: J.V. Thayer, 1937, 329

⁸⁴⁹ Према: G. Cavallier, 2014, 56

⁸⁵⁰ *Ibidem*, 57

Још једна законска одредба од значаја када је реч о овој проблематици јесте она по којој се злоупотреба економске зависности једне уговорне стране са циљем стицања непропорционалне, односно несразмерне имовинске користи сматра једним видом принуде.⁸⁵¹

Поред тога, анализом судске праксе долази се до закључка да су француски судови усвајали захтев за поништај уговора због тога што је једна од уговорних страна искористила нечију старост, болест, неискуство или тежак положај како би стекла личну корист, независно од тога да ли је при том лагала или преварила другу уговорну страну.⁸⁵²

Такође је важно напоменути да су, и поред сличности у законским прописима држава чланица Европске уније, све гласнији захтеви да се начин на који је овај институт регулисан учини униформнијим, пре свега прописивањем исте висине каматне стопе која ће се сматрати прекомерном, недозвољеном односно зеленашком на европском тлу.⁸⁵³

Савет Европе и Економски и социјални комитет Европске Уније су у заједничком акту предложили да Европска комисија начини званичну студију о томе да ли би и на који начин могле да се у правну регулативу Европске Уније унесу свеобухватне и јасне одредбе о зеленашким уговорима. Пре свега, чини се да би значајан корак у том правцу било продубљивање знања о заједничким основним елементима појма зеленашких уговора, те усвајање заједничких принципа на којима овај институт почива како би се могла установити јединствена европска дефиниција лихварских уговора и прегледан систем дозвољене висине уговорних камата на европском нивоу.⁸⁵⁴

Сматрамо да би наведена иницијатива била корисна из више разлога. Уједначењем висине уговорне каматне стопе би се постигла већа правна сигурност на тлу Европске Уније. Поред тога, пружио би се једнака заштита уговорних интереса свих уговараца који закључују наведену врсту уговора, независно од њихове националности. Такође, убрзао би се и правни промет. Сматрамо да би наше законодавство требало да се прилагоди решењима која буду донесена на нивоу Европске Уније у овом погледу, јер би то могло да има само позитивне последице када је реч о европским интеграцијама, али и о правној сигурности, те поштовању начела савесности, поштења и еквивалентности у уговорном праву.

6.1.1.4.1. Мађарска грађанска кодификација и институт зеленашког уговора

Узећемо пример нашег северног суседа, Мађарске. Зеленашки уговори су регулисани чланом 202. мађарске грађанске кодификације. Доношењем Грађанског законика, напуштена је објективна концепција зеленашких уговора која је до тада била доминантна у мађарском праву. Тако, према наведеној законској норми, уколико је уговор којим једна уговорна страна стиче очигледно несразмерну имовинску корист закључен тако што је тај уговарач искористио тешку ситуацију друге уговорне стране, такав уговор ће бити ништав.⁸⁵⁵

⁸⁵¹ Према: К. Тасић, 2012, 350

⁸⁵² *Ibidem*.

⁸⁵³ G. Cavallier, 2014, 53

⁸⁵⁴ *Ibidem*, 62

⁸⁵⁵ Према: С. Перовић, 1975, 46

Оно што нас је навело да наведемо баш пример начина регулисања овог правног института у мађарском праву, јесте једна значајна разлика у односу на српски, али и немачки и бројне друге европске правне системе. Наиме, у законнику нашег северног суседа нису децидно наведене субјективне околности чијим се искоришћавањем сматра да настаје зеленашки уговор. Уместо тога, законодавац се определио за описни појам „тешка ситуација“. У литератури се наводи да употреба наведеног термина треба да се тумачи као израз правног става по коме зеленашки уговор може настати искоришћавањем било које ситуације у којој се друга уговорна страна нашла, ако је та ситуација била узрок за пристанак оштећеног уговарача да закључи уговор у ком је евидентна несразмера узајамних давања.⁸⁵⁶

Правне последице које су предвиђене ако се установи да је предметни уговор зеленашки су алтернативно повраћај у пређашње стање или отклањање очигледне несразмере. Постоји и могућност да се оно што је требало вратити лицу које је проузроковало штету досуди у корист државе. То се међутим може учинити само на предлог тужиоца.⁸⁵⁷

Упркос евидентној намери законодавца да прошири домен примене правила о лихварским уговорима, судови су приликом примене наведене норме заузели један врло рестриктиван приступ. Да би се сматрало да се ради о зеленашком уговору, захтевали су да је приликом закључења уговора ситуација била врло тешка за страну која је на несразмеру престајања пристала,⁸⁵⁸ те да су јој алтернативна решења била малобројна или непостојећа.

Поред тога, потребно је да постоји узрочна веза између „очигледно несразмерне користи“ коју је уговорна страна стекла на основу уговора и њеног делања у циљу његовог закључивања. Као и у српском праву, захтева се да је уговарач који је уговором стекао претерану корист био свестан тешке ситуације свог сауговарача и да је исту злоупотребио како би предметни уговор био закључен. При том се наглашава да „само сазнање о тешким приликама друге стране није довољно за лезију, потребно је да се на основу тог сазнања свесно дела“.⁸⁵⁹ У пракси се овакав захтев показао проблематичним када је реч о уговорима о зајму код којих су уговорене изузетно високе камате. Наиме, зајмодавци и зајмопримци се често и не сретну, због чега је тешко тврдити да су ови први били упознати са ситуацијом оних који зајам траже и њиховим субјективним приликама.

Мађарско право не дозвољава примену института зеленашког уговора када је реч о шпекулативним уговорима. Такође, иако се у закону не чини тај изузетак, судови у врло ретким случајевима примењују правила о лихварским уговорима на уговоре у привреди.⁸⁶⁰

6.1.1.4.2. Институт зеленашког уговора у совјетском уговорном праву

Совјетско право је познавало опште правило по коме при вршењу права и испуњавању обавеза постоји дужност поштовања закона, те уважавања принципа

⁸⁵⁶ А. Menyhard, 2003, 309

⁸⁵⁷ Према: С. Перовић, 1975, 46

⁸⁵⁸ А. Menyhard, 2003, 309

⁸⁵⁹ *Ibidem*, 310

⁸⁶⁰ Према: А. Menyhard, 2003, 309

совјетске заједнице и моралних принципа друштва које гради комунизам.⁸⁶¹ Ова општа одредба је конкретизована низом законских чланова, али је примењивана и непосредно.⁸⁶²

Једна од касније донетих одредби којом се конкретизовала забрана закључивања неморалних уговора односила се и на зеленашке уговоре. Руски Грађански законик је чланом 33. предвиђао да ће „очигледно неповољан“ уговор, који је оштећена уговорна страна закључила јер је била у стању „екстремне нужде“ бити ништав. Оно што представља занимљив новитет када је реч о регулисању овог института у уговорном праву јесте наставак те одредбе, којим је предвиђено да право да захтева поништај таквог акта није резервисано само за оштећену уговорну страну, већ то право имају и одговарајуће друштвене организације, па и поједини државни органи.⁸⁶³

Проширење круга оних који имају право да захтевају поништај зеленашких уговора у совјетској правној теорији правдано је тежњом да се пружи заштита и најсиромашнијим грађанима, који не могу да приуште подизање тужбе.⁸⁶⁴

Одредбе о зеленашком уговору постојале су и у Грађанском законнику Народне републике Пољске из 1964. године, који је предвиђао могућност правичне измене односно поништаја таквих уговора. Сличне одредбе, додуше општијег типа, налазимо и у Грађанском законнику Чехословачке Социјалистичке Републике који је донет исте године.⁸⁶⁵

6.1.1.5. Институт зеленашког уговора у енглеском и америчком уговорном праву

Од сваког правила постоје и изузеци. Зарачунавање камате је, упркос противљењу цркве, било дозвољено још у раном периоду развоја енглеског права. Међутим, како би се спречило превелико богаћење на рачун слабије уговорне стране, енглески владари су законом регулисали ово питање, прописавши највишу дозвољену каматну стопу приликом закључивања уговора.⁸⁶⁶

У енглеској правној теорији су о дозвољености уговарања камате постојала опречна мишљења. Постојећи сукоб мишљења је сликовито објаснио Блекстон, наводећи да „привреда не би опстала без кредита. Ипак, то што зајмодавац увећава свој приход путем наплате за коришћење новца се назива каматом од стране аутора који мисле да је то у складу са законом, а зеленашењем од стране аутора који не деле њихов став.“⁸⁶⁷

⁸⁶¹ Члан 5. Грађанског законика РСФСР из 1964. године. - Whitmore Gray, Raymond Stults, *Civil code of the Russian Soviet Federated Socialist Republic – an English translation*, Michigan, 1965, 2

⁸⁶² Према: С. Перовић, 1975, 39-40

⁸⁶³ Према: J.V. Thayer, 1937, 331

⁸⁶⁴ У овом контексту, вредна је помена и одредба из кинеског законодавства по којој уколико државни орган подигне тужбу за поништај зеленашког уговора и буде успешан, разлика између плаћеног и правичне вредности престације иде у државну касу, тачније бива конфискована. Јасно је да у овом случају проширење круга потенцијалних подносиоца тужбе и на органе државне власти није толико мотивисано поновним успостављањем имовинске равнотеже између уговорних страна, колико кажњавањем несавесне уговорне стране, чиме се такође пуни и државна благајна. – *Ibidem*.

⁸⁶⁵ Према: С. Перовић, 1975, 47-48

⁸⁶⁶ R.M. Goode, *Usury in English Law*, Arizona Journal of International and Comparative Law, 1982, 43

⁸⁶⁷ Према: M.A Senn, 2006, 63

Исти аутор је сматрао да се уговорна камата састоји из два дела: први део представља накнаду за немогућност зајмодавца да користи свој новац, а други покриће ризика од губитка позајмљеног новца. Висина накнаде за немогућност зајмодавца да користи свој новац је најчешће повезана са количином новца у оптицају, а висина дела камате који се односи на покриће од ризика је директно пропорционална томе колики је тај ризик.⁸⁶⁸

Почетком XIX века су у енглеској правној литератури почела су да се преиспитују раније доминантна схватања о зеленашким уговорима. Одступа се од ранијег схватања о њиховој неморалности и нужности ограничавања каматне стопе.⁸⁶⁹ Правни аутори све више деле мишљење Бентама, који је зеленашке уговоре сматрао потпуно легитимним изразом слободе уговарања уговорних страна.⁸⁷⁰ У складу са тим, у XIX веку у Енглеској бивају укинута закони којим је забрањено и санкционисано склапање лихварских уговора.⁸⁷¹

Очекивано, непостојање законске забране зеленашких уговора довело је до пораста њиховог закључивања у пракси. Стога се почетком XX века доносе одређени прописи којим је судовима дато овлашћење да пониште трансакције код којих постоји или прекомерна камата⁸⁷² или су услови трансакције изузетно неповољни или противни начелу савесности. Међутим, примена наведених прописа је била ограничена на поједине врсте зеленашких уговора. Поред тога, наведени прописи нису пружали адекватну заштиту породицама са нижим приходима које су због стања економске нужде редовно закључивале уговоре са уговореном вишом каматном стопом.⁸⁷³

Седам деценија касније овај закон је замењен законом под називом *Consumer Credit Act* којим је суду дато овлашћење да измени услове уговора уколико су они зеленашки, како би „устопоставила праведан однос међу уговорним странама.“ 2006. године је донет закон са истим називом, којим је прописано да суд може да измени услове уговора уколико су „неправични“ а израз „зеленашење“ се не помиње.⁸⁷⁴

У савременом енглеском праву не постоји правило по ком је једнакост или бар приближна једнакост престација предуслов валидности уговора. Такође, данас не постоји ограничење када је реч о висини уговорене камате.⁸⁷⁵

Заштита начела једнакости узајамних давања се посредно остварује правилном да се сматра да је уговор ништав ако је закључен под дејством економске принуде,⁸⁷⁶ коришћењем односа зависности („недозвољен утицај“)⁸⁷⁷ или ако је у питању „несавесна погодба“⁸⁷⁸.

⁸⁶⁸ *Ibidem*, 63-64

⁸⁶⁹ R.M. Goode, 1982, 44

⁸⁷⁰ Према: M.A. Senn, 2006, 64

⁸⁷¹ R.M. Goode, 1982, 44

⁸⁷² Према тзв. *Moneylenders Act* – у из 1927. године сматрало се да је прекомерна камата која прелази 48%. – G. Cavailier, 2014, 58

⁸⁷³ R.M. Goode, 1982, 45-49

⁸⁷⁴ Према: G. Cavailier, 2014, 58

⁸⁷⁵ *Ibidem*, 56

⁸⁷⁶ У изворном облику: “*economic duress*“.

⁸⁷⁷ У англосаксонском праву реч је о институту „*undue influence*“.

⁸⁷⁸ У питању је институт „*unconscionable bargain*“. Иако би се из назива „породба“ (*bargain*) могао извести другачији закључак, овај институт се примењује у уговорном праву. Сам назив је у правној доктрини остао непромењен од 19. века. - duhaime.org/LegalDictionary/U/Unconscionable.aspx, приступила 31.1.2016. године.

„Економска принуда“ постоји када једна страна врши незаконит економски притисак на другу или јој прети економским мерама како би је присилила да закључи уговор који је за њу неповољан и за чије закључивање она нема вољу. Овај институт се примењује и ако једна уговорна страна примора другу да измени поједине услове уговора на начин који би јој нанео штету, на тај начин што јој прети да ће у супротном раскинути уговор јер је свесна да уцењена уговорна страна нема алтернативу.⁸⁷⁹ Основом ништавости се у овом случају сматра то што се један уговарач доводи у такав положај у ком не може да формира и исказе своју праву уговорну вољу.⁸⁸⁰

Суштина института чији би се назив могао превести као „недозвољен утицај“ јесте у томе да једна уговорна страна користи зависни положај друге стране, како би је приморала да закључи неповољан уговор.⁸⁸¹ За разлику од института економске принуде, овде не постоји директна претња.⁸⁸² Ипак, наведени правни инструмент је прихваћен у судској пракси, као један од израза забране неморалног поступања са циљем стицања користи.⁸⁸³

Важно је нагласити да се не сматра недозвољеним утицајем на другу уговорну страну уколико се она убеђује и наговара да закључи уговор, већ је за примену овог правног инструмента нужно да постоји „прекомерни притисак“ који „утиче на слободу избора“ (односно слободу воље) уговорне стране према којој се он врши. Уговори закључени коришћењем односа зависности и вршењем недозвољеног утицаја нису апсолутно, већ релативно ништави. Дакле, на оштећеној страни је избор да ли жели да уговор одржи на снази или да захтева његов поништај.⁸⁸⁴

Институт англосаксонског права који је по свом садржају и правним консеквенцама најближи институту зеленашких уговора јесте „несавесна погодба“.⁸⁸⁵ Прецедент који је успоставио темеље развитка овог института била је одлука суда у случају *Fry v. Lane* из 1888. године. До те одлуке, *common law* систем је дозвољавао да се уговор поништи само у случају да је постојала економска принуда или коришћење односа зависности између уговорних страна. У свим осталим случајевима, чак и кад је нееквивалентност престација била врло изражена, сматрало се да предност треба дати очувању начела *pacta sunt servanda*. Међутим, временом се међу представницима судске власти створило схватање по ком би требало дозволити изузетак у случајевима када је уговор одвише, претерано неправедан, нарочито уколико је једна уговорна страна била у врло лошем економском положају или неука, или у поодмаклим годинама, или све то заједно. Управо је Вилијам Фрај, тужилац из чувеног прецедента, био такав човек. Он је захтевао да се поништи уговор који је закључен коришћењем његовог тешког стања.

⁸⁷⁹ Пример који се у литератури наводи јесте случај када две стране закључе уговор о купопродаји специјалне врсте вина. Свестан да његов сауговарац закључио уговор о извозу велике количине тог вина са врло високим пеналима у случају непоштовања истог, као и да је он једини произвођач баш те конкретне врсте вина, продавац инсистира да се повећа уговорена цена, под претњом раскида уговора. - study.com/academy/lesson/economic-duress-in-contract-law-definition-cases.html, приступила 31.01.2016. године.

⁸⁸⁰ А. Menyhard, 2003, 301

⁸⁸¹ F. H. I. Cassim, *Economic duress in the law of unjust enrichment in USA, England and South Africa*, Comparative and International Law Journal of Southern Africa, 1991, 37

⁸⁸² study.com/academy/lesson/duress-and-undue-influence-in-contract-enforcement-krysa-v-paine.html, приступила 31.1.2016. године.

⁸⁸³ Према: А. Menyhard, 2003, 301

⁸⁸⁴ study.com/academy/lesson/duress-and-undue-influence-in-contract-enforcement-krysa-v-paine.html, приступила 31.1.2016. године.

⁸⁸⁵ А. Menyhard, 2003, 301

Одлука којом је његовом тужбеном захтеву удовољено, са образложењем да ће се сматрати ништавим уговор који је закључен са неуким или јако сиромашним човеком, који као продавац није имао никакву правну помоћ, утрла је пут доношењу бројних одлука са истим правним резонавањем.⁸⁸⁶

Суштина овог института огледа се у правилу по ком ће бити ослобођен уговорне обавезе онај ко је, без независног савета, закључио уговор под неправичним условима или пренео својину за очигледно неадекватну накнаду, у ситуацији када је његова преговарачка моћ била ослабљена због његовог незнања, потребе, жеље, немоћи и притиска који је вршила друга уговорна страна или треће лице у корист друге уговорне стране.⁸⁸⁷

У складу са наведеним, како би се применила правила о неразумној погодби, морају бити кумулативно испуњена три услова. Први услов је да је у питању уговор који је евидентно неправедан према једној уговорној страни. Другим речима, захтева се постојање очигледне несразмере између престација.⁸⁸⁸ Други услов се састоји у постојању одређених субјективних елемената на страни оштећеног, који су утицали на то да његова преговарачка моћ буде знатно умањена, односно услед чије постојања је он био у тешком положају који га је приморавао да закључи уговор иако је био свестан да за своју престацију не добија ни приближно једнаку вредност.⁸⁸⁹ Трећи услов је да је друга уговорна страна знала за тешке прилике у којим се његов саговорач затекао и свесно то искористила како би закључила уговор којим добија прекомерну корист или друге погодности несразмерне њеној престацији.⁸⁹⁰

Премда постоји одређена подударност између института неразумне погодбе и института зеленашког уговора, домашај ових правила, а самим тим и њихов значај, ограничен је из разлога што је њихова примена у судској пракси врло ретка.⁸⁹¹

Представници англосаксонске правне теорије су врло критични како према начелу еквивалентности,⁸⁹² тако и према забрани зеленашких уговора као правном средству његове заштите. Став који преовладава јесте да доктрини о једнакости узајамних давања „није место у праву“, на шта указује и „бројност основа који се наводе као њен оправдавајући фактор, а заправо указују на супротно“,⁸⁹³ односно на њену „логичку слабост“.⁸⁹⁴

⁸⁸⁶ Тужилац је био сиромашни радник у вешерници који је зарађивао једну фунту недељно. Када му је тужени, богати бизнисмен, понудио да прода свој удео у власништву над некретнином за 170 фунти, тужилац је оберучке прихватио, јер је био у оскудици и није знао да тај удео вреди пет пута више. - Spencer Nathan Thal, *The inequality of bargaining power doctrine: the problem of defining contractual unfairness*, Oxford journal of legal studies, 1988, 22

⁸⁸⁷ К. Тасић, 2012, 350

⁸⁸⁸ J.V. Thayer, 1937, 330

⁸⁸⁹ У судској пракси су се у такве субјективне елементе убрајали, на пример, стање нужде, лакомисленост, незнање, неписменост, стање пијанства или пак сенилност. – J.V. Thayer, 1937, 330

⁸⁹⁰ duhaine.org/LegalDictionary/U/Unconscionable.aspx, приступила 31.1.2016. године.

⁸⁹¹ A. Menyhard, 2003, 301

⁸⁹² S. N. Thal, 1988, 18

⁸⁹³ Као разлози којим се оправдава измена или раскид зеленашких уговора су се у енглеској судској пракси наводили очигледна грешка, превара, принуда, искоришћавање слабости, јавна политика у вези са одређеним питањем, те привремена или случајна онеспособљеност оштећене уговорне стране. - J.V. Thayer, 1937, 334

⁸⁹⁴ *Ibidem*.

Тако наилазимо на став да, иако би се уговор евентуално могао оспоравати када је једна страна преварила другу када је реч о вредности њене престације, зеленашки уговори се не могу подвести под ту категорију. Наиме, код лихварских уговора је оштећена уговорна страна свесна праве вредности своје престације и свесно пристаје да прими очигледну несразмерну контрапрестацију. Поставља се питање из којих разлога би органи судске власти требало да воде рачуна о имовини оне уговорне стране која то приликом закључивања неповољног уговора није сама чинила.⁸⁹⁵

Додатни аргумент противљења примени института зеленашког уговора који се јавља у англосаксонској правној теорији јесте да одређивање шта се сматра „очигледно несразмерном“ контрапрестацијом није тако једноставно као што се на први поглед чини. Пример који се као илустрација ове тврдње наводи у литератури јесте зеленашки уговор о зајму чији је предмет новац. Како се економски слабија уговорна страна у време закључења овог уговора већ налази у стању економске нужде или је под утицајем друге од наведених субјективних околности које је присиљавају да прихвати високу камату, самим тим је већи ризик за другу уговорну страну да никад неће успети да наплати своје потраживање. Ово питање је нарочито значајно уколико се узме у виду установа личног банкрота која је распрострањена како у Енглеској, тако и у Америци. Реч је о овлашћењу федералних судова да уђу у поступак ликвидације имовине дужника јер је вредност његових дугова виша од тржишне вредности његове имовине.⁸⁹⁶ У складу са тим повећаним ризиком од ненаплативости свог потраживања, њихов је аргумент да уговорна страна која даје новац има слободу да одреди сама каматну стопу за коју она сматра да је висином пропорционална ризику, док њен потенцијални сауговорарач има слободу да те услове прихвати или одбије.⁸⁹⁷

Напоменућемо да наведени аутори нису улазили у моралност ни правичност оваквог чисто економског схватања којим се практично легализује пљачкање већ осиромашеног становништва под плаштом слободе уговарања.

Међутим, анализом новије судске праксе у Енглеској, стиче се утисак да се чине извесни кораци ка прихватању начела једнакости узајамних давања. У том контексту, пресудама у случајевима *Schoeder Music Publishing Co. Ltd. v. Macaulay*⁸⁹⁸ и у предмету *Lloyds Bank v. Bundy*⁸⁹⁹ започет је развој доктрине која се назива „доктрином о неједнакости преговарачке моћи“. Реч је о институту који је формулисан слично као и забрана закључивања лихварских уговора.

У складу са наведеном доктрином, чијим се зачетником сматра лорд Денинг, „енглеско право омогућава да се захтева поништај уговора ономе ко је такав уговор закључио без стручне правне помоћи, под условима који су изузетно неправични или у замену за престацију која је очигледно неадекватна, уколико је његова преговарачка моћ била озбиљно нарушена услед његових потреба или прохтева, незнања или неодлучности, под условом да је постојао недозвољен утицај или притисак друге стране, или трећег лица али у корист друге уговорне стране, да се наведени уговор закључи.“⁹⁰⁰

⁸⁹⁵ J.B. Thayer, 1937, 335

⁸⁹⁶ Herbert L. Jensen, Vincent P. Apilado, *Personal bankruptcy law*, Jurimetrics Journal, 1979, issue 3, 218

⁸⁹⁷ J.B. Thayer, 1937, 338

⁸⁹⁸ Одлука Куће Лордова Уједињеног Краљевства у предмету *Schoeder Music Publishing Co. Ltd. v. Macaulay* од 16. октобра 1974. године

⁸⁹⁹ Одлука Апелационог суда Енглеске и Велса у предмету *Lloyds Bank v. Bundy* од 30.7.1974. године

⁹⁰⁰ Према: S. N. Thal, 1988, 25

Иако је наведено тумачење имало позитиван одјек у литератури, оно се још не примењује као опште правило.

У америчком праву, закони о лихварским уговорима су се мењали зависно од промена у политичкој и економској потражњи за новцем. Законодавна политика у вези са овим питањем разликовала се у различитим америчким државама – док је у неким од њих начело аутономије воље прихватано без изузетака, у другим је забрањивано уговарање зеленашких каматних стопа. Обично оне државе које су тек настале нису забрањивале лихварске уговоре, јер је земљиште било јефтино, али до капитала се тешко долазило. Касније, кад би исте те државе економски ојачале а цена земљишта порасла, доношени су закони којим се забрањују зеленашки уговори.⁹⁰¹

Осамдесетих година прошлог века су на федералном нивоу донети закони којима је уједначена дозвољена каматна стопа у свим америчким државама. О томе да ли је она превисока и може ли се сматрати зеленашком, постојала су различита мишљења.⁹⁰²

Тако је у држави Њујорк прихваћен институт зеленашког уговора када је реч о уговорима у привреди. Као пример се наводи случај из 1850. године под називом *Dry dock bank v. American Life*, када је обавеза њујоршке банке да исплати чак 250.000 долара била поништена јер је настала на основу зеленашког уговора. Касније је законом забрањено да се банка која је дала позајмицу позива на правила о лихварским правним пословима, али је то право признато корисницима уговора о кредиту и зајмопримцима.⁹⁰³

Међутим, федералним законом из 1980. године су државне установе изузете од правила о зеленашким уговорима, што је имало домино – ефекат у виду тога да је на националном нивоу дозвољавано уговарање апсурдно високих каматних стопа, или су напросто укинута раније донета ограничења у овом погледу.⁹⁰⁴

Summa summarum, данас не постоји ниједан федерални закон о висини каматне стопе на америчком тлу, нити је институт зеленашког уговора јединствено регулисан. Образложење оваквог стања јесте да је реч о приватноправним трансакцијама у које држава нема разлога да се меша.⁹⁰⁵ Стога не изненађује став да би, имајући у виду последице економске кризе, права одлука било враћање регулаторног принципа који је био на снази пре три деценије.

У америчком конгресу је неколико конгресмена имало иницијативу за доношење федералног закона којим би се ограничила дозвољена висина уговорне каматне стопе, али та иницијатива није наишла на одговарајућу подршку. Поред тога, 2010. године је на основу закона који је донео председник Обама успостављена посебна агенција са задатком заштите америчких потрошача од неповољних уговора и кредита.⁹⁰⁶

Далеко од тога да је реч о системском решењу на федералном нивоу. У литератури се упркос томе налази на оптимистичан став да дан када ће зеленашки уговори поново бити забрањени у свим америчким државама није далеко.

⁹⁰¹ Према: М.А Senn, 2006, 64

⁹⁰² *Ibidem*.

⁹⁰³ Одлука Апелационог суда државе Њујорк у предмету *Dry dock bank v. American Life* од 1.4.1850. године

⁹⁰⁴ Према: G. Cavailier, 2014, 59

⁹⁰⁵ *Ibidem*.

⁹⁰⁶ *The Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* донет је у јулу 2010. године. - investopedia.com/terms/d/dodd-frank-financial-regulatory-reform-bill.asp, приступила 1.7.2020. године

На овом месту можемо поменути и један интересантан податак из америчке правне теорије. Наиме, аутор Р. Х. Смит дели зеленашке уговоре на случајеве правног зеленашења и моралног зеленашења. У прву групу спадају они случајеви када је уговорена камата већа него што то закон прописује. То не мора нужно бити и неморална камата – на пример, уколико закон у некој држави предвиђа дозвољену камату до 1%, уговарање камате од 2% би било, правно посматрано, зеленашки правни посао, иако се фактички не ради о високом проценту. Насупрот томе, под моралним зеленашењем сматра се искоришћавање стања нужде сауговорача како би се уговорила ”несавесна” камата, односно таква каматна стопа која је супротна начелу савесности и поштења.⁹⁰⁷ Из наведеног би се могло закључити да амерички правници приликом оцене да ли је одређени уговор зеленашки не стављају нужно акценат на аспект неморалности и искоришћавања нужде и неповољног положаја друге уговорне стране, као што је то случај у европским правним системима. Суштински се већи значај придаје економској користи која се на такав начин стиче.

Очигледна несразмера узајамних давања се као битан фактор показала током велике економске кризе која је погодила Америку 2008. године. Та криза је изазвана управо растом каматних стопа на тржишту некретнина и немогућношћу дужника да своје обавезе благовремено измирују. Наиме, банке су нудиле кредите са промењивим каматним стопама, које су у моменту уговарања биле изузетно ниске. Међутим, ризик раста каматних стопа сносили су дужници, чега најчешће нису били свесни. Када је дошло до њиховог рапидног раста, праћеног падом вредности некретнина на тржишту, на губитку су били не само корисници кредита, већ и бројне банке. Ово је пример како невођење рачуна о сразмери узајамних давања може да има далекосежне и крајње тешке последице.

Напоменули бисмо да су америчком и енглеском уговорном праву заједнички став о поштовању слободе уговора и непостојање одредби којом се на нивоу читаве државе ограничава висина уговорне каматне стопе. У исто време, постоје и све су гласнији заговорници увођења одговарајуће правне регулативе. Међутим, постоји и значајна теоријска разлика. Питање очигледне несразмере се у енглеском праву посматра са аспекта неправичности таквог уговора,⁹⁰⁸ док су амерички правници акценат стављали на економске последице које су имале негативан утицај на привреду али и економску стабилност Сједињених Америчких Држава у целини.

6.1.2. Развој института зеленашког уговора у домаћем праву

6.1.2.1. Развој института зеленашког уговора у домаћем праву до доношења Закона о облигационим односима

Институт зеленашког уговора је био познат већ у српском средњовековном праву. До средине XIX века Србија је била држава ситних поседника са 73% пољопривредног земљишта у поседима мањих од 5 хектара. Њен даљи развој био је могућ само развојем трговачког слоја, коме је био неопходан капитал. Ипак, тек крајем

⁹⁰⁷ Reginald Heber Smith, *Rethinking Usury Laws*, The Annals of the American Academy of Political and Social Science, 1938, no.1, 189

⁹⁰⁸ S. N. Thal, 1988, 28-29

XIX века су настале прве институције којим су грађани могли да се обратe за зајам. Све до тада, новац су узимали од зеленаша који су тражили врло високу камату - од 24% до 50% годишње, а има података да су за краткорочне зајмове плаћане камате и до 120% годишње.⁹⁰⁹

Законодавац је одлучио да томе стане на пут. У Грађанском закону за Кнежевину Србију је било децидно прописано да је највиша дозвољена камата 12%⁹¹⁰ и свака уговорена камата виша од ове је сматрана ништавом.⁹¹¹ Поред тога, чланом 602. истог законика било је предвиђено да уколико уговором није уговорена камата (лихва) али зајам није враћен у уговорено време, зајмодавац има право да зарачуна камату од 6%. Одредбама члана 603. СГЗ-а било је забрањено рачунати камату на камату, осим уколико дужник западне у доцњу.

Интересантна је одредба члана 604. овог законика којом је прописано да „ако је поверилац допустио да интерес (лихва) достигне главно, онда интерес престаје тећи. Но од дана кад је тужба суду поднесена, може се интерес поново тражити.“ Све наведене одредбе представљале су одраз законодавчеве тежње да спречи да се коришћењем тешког положаја неког лица оно приволи да закључи уговор који је по њега изразито неповољан. Стога је он прописао максималну висину камате која се може уговорити, услове и начин њеног рачунања, водећи при томе рачуна и о укупном односу престајица уговорних страна – због тога је и предвиђено правило по ком се не може рачунати камата ако се износ дугованог удвостручи, до момента када се поднесе тужба надлежном суду.

Како се на овај начин није занавек стало на пут пракси закључивања зеленашких уговора, у другој половини XIX века начињено је више покушаја да се зеленаштву стане на пут кредитирањем из средстава јавних фондова. Први такав покушај је начинио кнез Милош Обреновић, предвидевши давање зајмова приватним лицима из црквеног фонда и фонда сирочади. Каматна стопа је износила скромних 6% годишње. Ипак, како је потражња била знатно виша од понуде, у наредним деценијама је проширен број и врста фондова из којих су зајмови црпљени. Период отплате је износио три године. Како се ни овом праксом није зауставила пракса зеленашења, подузете су и друге мере, попут оснивања Управе фондова при министарству финансија која је такође давала зајмове са каматном стопом од шест процената, те оснивањем приватних новчаних завода.⁹¹²

Када је реч о домаћем праву, незаобилазно дело које је и послужило као основ за доношење данас важећег Закона о облигационим односима јесте "Скица за законик о облигацијама и уговорима" Михајла Константиновића.⁹¹³ Премда је превасходно била инспирисана швајцарским законодавством, у Скици су преузета решења и из немачког и француског права.⁹¹⁴

Зеленашки уговор је предвиђен чланом 108. Скице. Овим чланом је прописано да зеленашки уговор постоји „кад једна страна, искоришћавајући стање нужде или тешко имовинско стање друге стране, њено недовољно искуство, лакомисленост, зависност или неку другу сличну околност, уговори за себе или за неког другог корист која је у

⁹⁰⁹ Весна Алексић, *Структурне промене у приватном банкарском сектору Србије – историјске опомене и препоруке*, Структурне промене у Србији – досадашњи резултати и перспективе, 2015, 91-92

⁹¹⁰ Члан 601. СГЗ-а.

⁹¹¹ Ј. Вукосављевић, 2014, 5

⁹¹² В. Алексић, 2015, 92-93

⁹¹³ М. Живковић, 2006, 166

⁹¹⁴ Атила Дудаш, *Кауза уговорне обавезе – француски утицај на Закон о облигационим односима Републике Србије*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2011, број 3, 664

очигледној несразмери са оним што је она другој страни дала или учинила, или се обавезала дати или учинити, или уопште уговори очигледно неправичне услове“.⁹¹⁵

Уколико су испуњени наведени услови, истим чланом Скице прописане су две могућности за оштећеног. Прва могућност је да оштећена уговорна страна захтева да уговор буде поништен и да јој се врати оно што је дала. У случају поништења суд може одредити рокове којима ће туженом бити олакшано враћање оног што је примио.

Друга могућност која је на располагању оштећеном уговарачу јесте да захтева, када је то могуће, да суд смањи његову обавезу на правичан износ. Оба ова захтева се могу поднети у року од једне године од закључења уговора. Међутим, уколико је у питању кривично дело зеленашења, поништење уговора или смањење обавезе се може тражити све док не застари право на гоњење.

„Скица за законик о облигацијама и уговорима“ такође предвиђа да суд неће поништити уговор ако тужени понуди било допуну своје обавезе до сразмерног износа, било да се уговор правично измени на какав други начин.

6.1.2.2. Институт зеленашког уговора у Закону о облигационим односима

Закон о облигационим односима је преузео већину елемената појма зеленашког уговора из "Скице за законик о облигацијама и уговорима" Михајла Константиновића. Разлике се односе на последице зеленашког уговора,⁹¹⁶ о чему ће касније бити више речи. Поред тога, творци ЗОО - а су изоставили и речи "или неку другу сличну околност", омеђивши на тај начин списак субјективних елемената на страни оштећене уговорне стране који могу бити разлог закључења неповољног уговора.⁹¹⁷ У нашој теорији постоји став да би било целисходније да је српски законодавац оставио првобитну формулацију нетакнутом, јер се набрајањем субјективних момената „затвара *numerus clausus*“,⁹¹⁸ чиме се неоправдано сужава домен пружања правне заштите. Остављање формулације из Скице нетакнутом би омогућило суду да овај институт примени и на неке друге околности сличне овим које су предвиђене законском нормом,⁹¹⁹ чиме би се инспирисало даље развијање судске праксе у овом погледу и последично даљи развој овог правног инструмента.

Такође, у Скици се помиње да зеленашки уговор постоји ако једна уговорна страна, искоришћавајући неки од постојећих, таксативно наведених субјективних елемената који постоје код друге уговорне стране уговори „очигледно неправичне услове.“ Тим правним стандардом су обухваћене све субјективне, неповољне околности на страни оштећеног које могу бити од пресудног значаја за склапање уговора.⁹²⁰

Како би се законска формулација учинила концизнијом и одређенијом, у ЗОО су такође изостављени и „очигледно неправични услови“. Теорија је различито реаговала на ову измену. Један део аутора сматра да је у питању позитиван корак и да тај начин смањена могућност од арбитрерног подвођења под овај појам случајева који ту не

⁹¹⁵ М. Константиновић, 1996, 72

⁹¹⁶ М. Перовић, 2013, 714

⁹¹⁷ Ј. Вукосављевић, 2014, 6

⁹¹⁸ М. Перовић, 2013, 715

⁹¹⁹ *Ibidem*, 727

⁹²⁰ Ј. Вукосављевић, 2014, 16

припадају. Други пак истичу да је оваквим законодавним деловањем заправо сужено поље пружања правне заштите, као и да је регулисање самог појма зеленашког уговора у „Скици“ извршено на потпунији и свеобухватнији начин.⁹²¹ Према мишљењу потоњих, да је законодавац одлучио да задржи ову околност као саставни део појма зеленашког уговора, омогућио би већи степен правне заштите и правне сигурности.⁹²² Уз то, тиме би се потврдило да су зеленашки уговори суштински неправични. То би могло бити од нарочитог значаја када је реч о примени овог института на тзв. уговоре по приступу⁹²³ у којима једна уговорна страна нема избора осим да прихвати већ припремљене и одређене, а најчешће и неправичне, услове уговора, уколико жели да исти закључи.

Наш је став да је српски законодавац требало да преузме решења из Скице, како у погледу правног стандарда ”друга слична околност”, тако и у погледу правног стандарда ”очигледно неправични услови”. Наиме, ограничење домена примене правила о зеленашком уговору за последицу може имати случајеве у којима се свесно искоришћавање нечијег неповољног положаја како би се уговором стекла евидентно прекомерна корист неће подвести под тај институт само јер је нужда у питању била другачије природе од случајева које закон предвиђа. Јасно је да то само стање нужде не чини ништа мање алармантним и тешким, те да се омеђивањем домена примене зеленашких уговора на начин који такве случајеве ставља ван домена правне заштите крше и начело правичности и начело еквивалентности. Исто важи и за ситуације када су коришћењем стања нужде једног уговорача уговорени очигледно неправични услови, премда се уговором не стиче очигледно несразмерна корист. Иако је очигледна несразмера узајамних давања срж зеленашких уговора, несразмерност узајамних давања не мора бити схваћена у строго економском смислу, већ се може исказати и кроз неправичне одредбе уговора.⁹²⁴ Задржавање наведених правних стандарда приликом законског регулисања овог института је посебно важно када се узме у обзир инхерентно неморална природа лихварских уговора. Аргумент да се на овакав начин спречава неоправдано проширење примене правила о зеленашким уговорима, те да се предупредује арбитрерно подвођење случајева који ту не припадају изостављањем недовољно одређене формулације из Скице такође није валидан. Судови су правила о зеленашким уговорима због озбиљности санкције примењивали врло рестриктивно и нема разлога да се сумња да не би наставили са таквом праксом и уколико би се преузела законска формулације из Скице.

Ту разлике не престају. Када је реч о правним последицама зеленашког уговора, проф. Константиновић је предвидео да оштећена уговорна страна може захтевати поништај уговора уз враћање оног што су уговорачи једно другом на име уговора већ дали, у преклузивном року од годину дана од дана кад је уговор закључен. Он је такође предвидео алтернативу у виду смањења обавезе оштећене уговорне стране на правичан износ, на њен захтев. Другим речима, у "Скици за законик о облигацијама и уговорима" је за зеленашке уговоре предвиђена санкција рушљивости. Рок који је предвиђен за

⁹²¹ Према: М. Перовић, 2013, 715

⁹²² *Ibidem*, 724

⁹²³ М. Перовић, 2013, 727

⁹²⁴ Поменули смо да су швајцарски судови сматрали да треба применити институт зеленашког уговора и у случају да постоје 2 од 3 конститутивна елемента зеленашких уговора, али су оба изражена у врло високој мери. На тај начин је створена могућност да се овај институт примени и када не постоји очигледна несразмера узајамних давања која представља објективни елемент правног појма зеленашког уговора. – F. Taisch, 1992, 530

евентуалну конвалидацију зеленашког уговора износи годину дана од његовог закључења.

Међутим, ЗОО као правну последицу зеленашког уговора предвиђа апсолутну ништавост, али са могућношћу његове конвалидације у року од 5 година, што изворно представља карактеристику рушљивих уговора.

У савременој литератури се често истиче важна улога коју институт зеленашког уговора има у домаћем праву као једно од правних средстава којим се штити слабија уговорна страна, нарочито у светлу велике задужености српских грађана и каматних стопа код банкарских уговора о зајму које спадају међу највише у Европи.⁹²⁵

Један од примера који се наводи као евидентан пример искоришћавања стања нужде српских грађана, те њихове лакомислености, тешког материјалног стања и недовољног искуства јесу стамбени кредити у динарима, који су индексирани у швајцарским францима. Најмање 22.000 грађана Србије⁹²⁶ је закључило такве уговоре, не очекујући даљи развој догађаја – услед разлика у курсу ових валута, њихов дуг је енормно порастао. Као илустрацију очигледне несразмере између вредности оног што је банка на име уговора дала и оног што би по истом основу требала да прими узећемо пример једног дужника. Наиме, једна корисница ових кредита је закључила уговор о кредиту индексираним у швајцарским францима 2007. године. У време склапања уговора, његова вредност је износила 85.000 еура, а месечна рата 57.000 динара. Након четири године отплате, она је дуговала 92.000 еура а висина месечне рате је износила 105.000 динара.⁹²⁷ У врло сличној ситуацији, са једнако фрапантним повећањем износа и главнице и месечне рате, нашли су се и остали дужници.

Међутим, узрочник овако високих рата и несразмерних уговорних обавеза није био само нагли скок вредности швајцарског франка. Банке су у томе такође имале удела, једнострано повећавајући првобитно уговорену каматну стопу. Један такав пример је уговор у коме је стамбени кредит првобитно одобрен са уговореном каматном стопом од 3,9%. Међутим, једностраним повећањем каматне стопе иста је достигла висину од чак 6,9%. То је за последицу имало да је за кредит у износу од 80.000 франака са почетних 374 франка рата скочила на 515 франака месечно, што би резултирало тиме да би дужник у овом уговору о кредиту, чији је рок отплате 30 година, уместо првобитно планираних 54.720 франака на име камате био у обавези да исплати чак 105.667 франака само на име камате.⁹²⁸ Јасно је да је реч о готово удвострученом износу, због чега се аргументовано може тврдити да су ови уговори зеленашки.

Премда би се могло аргументовати да је првобитна камата била у домену који се не би могло сматрати да спада у зеленашки, сматрамо да је могућност једностраног повећања исте од стране банке довела до тога да је новиран уговор и тиме омогућено да он поприми карактеристике зеленашког.

⁹²⁵ Према: Dušan Nikolić, *Legal protection of the weaker side in private law in Republic of Serbia*, Collection of papers of Faculty of law in Niš, 2015, 509

⁹²⁶ Ово је податак са званичног сајта Удружења банкарских клијената „Ефектива“, које заступа интересе корисника кредита индексираних у швајцарским францима на основу уговора који су закључени у Србији. - efektiva.rs/aktuelnosti-efektiva/aktuelnosti-krediti/svajcarci-na-optuzenickoj-klupi/, приступила 11.9.2016. године.

⁹²⁷ Према: D. Nikolić, 2015, 510

⁹²⁸ Ови подаци су преузети са сајта Удружења банкарских клијената „Ефектива“. - efektiva.rs/aktuelnosti-efektiva/aktuelnosti-krediti/svajcarci-na-optuzenickoj-klupi/, приступила 11.9.2016. године.

Народна Банка Србије је донела Препоруку у којој је потврдила да су „неповољне промене односа вредности валуте између швајцарског франка и евра довеле одређен број грађана до тога да не могу да измирују своје обавезе на време, или то чине са знатним потешкоћама.“⁹²⁹ У светлу тог проблема, предложено је решење по ком би се корисницима спорних стамбених кредита омогућило да своја дуговања исплате тако што би се месечне рате обрачунале на основу курса који је важио на дан закључења уговора, са корекцијом на име раста вредности швајцарског франка у односу на евро од максимално 8%. Предложено је да се омогући и одлагање отплате дуга за максимално три године, без наплаћивања додатних камата и провизија.

Народна банка Србије је дала препоруку банкама да подузму мере да се односи са њиховим дужницима регулишу на одговарајући начин, због прекомерне суме коју су примили услед промене курса али и измене каматне стопе, односно препорука је била да се разлика између вредности правичне и запримљене престације рачуна као превремена отплата дуга.⁹³⁰ Банке су као одговор изразиле спремност да дужницима врате разлику насталу због једнострано увећане каматне стопе.⁹³¹

Када је реч о судској пракси у вези са уговорима о стамбеним кредитима индексираним у швајцарским францима, чини се да је број коначних и извршних судских одлука по тужбама задужених грађана још увек сувише скроман да би се могло говорити о конкретном ставу судова по овом питању. Међутим, већина до сада донетих судских одлука иде у правцу поништаја оних уговорних одредби које се односе на повећање камате,⁹³² а у складу са одредбама члана 141. став 2. и став 4. ЗОО.

Међутим, на овај начин није решено питање индексирања кредита у швајцарским францима, које је дужнике и довело у положај који се колоквијално пореди са „дужничким ропством“. Наш је став да би се на ове уговоре могла применити правила о промењеним околностима, о чему ће касније бити више речи. На овом месту ћемо само додати да је 2019. године у Србији донет Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима.⁹³³ На тај начин је само делимично удовољено захтевима у модерној правној литератури у нашој земљи да се законом успостави нови механизам пружања заштите слабијој уговорној страни како би се спречило искоришћавање њеног тешког положаја у сврхе добијања несразмерно велике користи.⁹³⁴ Са друге стране, упркос несавршености тренутног законског решења, њиме је донекле олакшан положај дужника по уговорима о кредиту индексираних у швајцарским францима. Наиме, одредбама члана 4. предметног закона је успостављена обавеза банака које имају потраживања по уговору о стамбеном кредиту индексираном у швајцарским францима да понуде кориснику истог конверзију преосталог дуга по том кредиту у дуг индексиран у еврима по курсу за конверзију. Потом су банке дужне да добијени износ умање за 38% и на добијени износ примени каматну стопу предвиђену Законом о конверзији. Чланом 6. истог закона предвиђено је да је банка дужна да у року од 30 дана од дана ступања на снагу овог закона достави кориснику понуду за закључење уговора о конверзији уз индикативан обрачун конверзије кредита извршен по курсу на дан слања применом каматне стопе из члана 4. овог закона, заједно са предлогом уговора којим се

⁹²⁹ nbs.rs/internet/latinica/scripts/showContent.html?id=6481&konverzija=yes, приступила 6.7.2019. године

⁹³⁰ nbs.rs/internet/latinica/scripts/showContent.html?id=8075&konverzija=no, приступила 6.7.2019. године

⁹³¹ Према: D. Nikolić, 2015, 510

⁹³² *Ibidem*, 511

⁹³³ Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима, „Службени гласник РС”, бр. 31/2019; у даљем тексту: Закон о конверзији.

⁹³⁴ D. Nikolić, 2015, 511

врши конверзија са новим планом отплате. Закон такође децидно прописује да ће коначан текст уговора којим се врши конверзија споразумно утврдити банка и корисник.⁹³⁵

Како је тема овог рада очигледна несразмера узајамних давања, напоменућемо да је овим законским решењем практично признато да је код уговора о кредиту индексираним у швајцарским францима постојала очигледна несразмера узајамних давања. Начин на који је њена висина одређена и постављена на 38% преосталог дуга би могао бити критикован као сувише арбитреран и уопштен. Међутим, је јасно да је реч о компромису између успостављања потпуне једнакости узајамних престација и очувања начела *pacta sunt servanda*. Такође, било је нужно да и банке пристану на наведено решење, те су њихови интереси и очекивана добит такође били узети у обзир. Упркос томе, 38% преосталог дуга јесте прилично велика несразмера и њен отпис представља додатну смерницу судовима о начину на који се може утврдити постојање очигледне несразмере, те поново успоставити економска равнотежа у споровима ове врсте.

6.2. ПОЈАМ И ЕЛЕМЕНТИ ЗЕЛЕНАШКОГ УГОВОРА

Иако се у англосаксонској правној теорији често наилази на став по ком се зеленашки уговор изједначава са уговором у коме је уговорена прекомерна камата,⁹³⁶ прецизнија дефиниција би била да је реч о уговору код кога је реч о ексцесивној или незаконитој наплати која се не везује за моменат када је уговорна страна запала у доцњу са отплатом, већ настаје у моменту закључивања уговора о зајму.⁹³⁷ Другим речима, наведени правни институт се везује, за разлику од европско-континенталних правних система, за једну специфичну врсту уговора.

У европскоконтиненталном праву, домен примене зеленашког уговора у уговорном праву није ограничен на уговор о зајму.⁹³⁸ Да бисмо одређени правни посао квалификовали као зеленашки, поред тога што мора бити у питању теретни правни посао,⁹³⁹ нужно је да су кумулативно испуњени одређени субјективни и објективни услови. Објективни услов је постојање очигледне несразмере између обавезе једне и друге уговорне стране, док се субјективни услови односе на намеру једне уговорне стране да искористи неповољну ситуацију друге стране тј. њеног сауговорача.⁹⁴⁰

⁹³⁵ Члан 6. Закона о конверзији.

⁹³⁶ При томе се под „каматом“ сматрао новчани износ који се мора платити због касне отплате дугованог код уговора о зајму. – М.А. Senn, 2006, 60

⁹³⁷ *Ibidem*.

⁹³⁸ Изузетак је решење из Кривичног законика Србије, који у члану 217. којим је регулисано кривично дело зеленаштва ограничава зеленашке уговоре само на уговор о зајму. Наиме, ставом 1. овог члана је предвиђено да „ко за давање новца или других потрошних ствари на зајам неком лицу прими или уговори за себе несразмерну имовинску корист, искоришћавајући тешко имовинско стање, тешке прилике, нужду, лакомисленост или недовољну способност за расуђивање оштећеног“ ће бити кажњен казном затвора до три године и новчаном казном, док су осталим ставовима истог члана предвиђене квалификационе околности и казне за те, квалификоване облике кривичног дела. - Кривични законик Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 11/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014

⁹³⁹ О. Антић, 2012, 409

⁹⁴⁰ Д. Николић, 2017, 360

6.2.1. Објективни елемент појма зеленашког уговора

Објективан елемент зеленашког уговора подразумева постојање очигледне несразмере у престацијама уговарача.⁹⁴¹ Очигледна несразмера ће постојати уколико је поремећен однос између узајамних престација уговорних страна, чиме се ремети кауза облигације у теретним уговорима.⁹⁴² Прецизније речено, реч је о поремећеној равнотежи економских односа уговорних страна у очигледној несразмери.⁹⁴³ Очигледна несразмера се у литератури још назива и „очигледна штета“, односно „прекомерна корист“.⁹⁴⁴

Она представља “енормно примање противвредности од искоришћеног суконтрахента у односу на оно што му зеленаш по основу уговора даје или учини”⁹⁴⁵ и у складу са тим се код зеленашких уговора може испољити кроз разне казнене одредбе, уговорну казну, право откупа, привредне уговоре, *lex commissoria*, али и на разне друге начине.⁹⁴⁶ Понекад зеленаш чак и не прецизира висину своје престације, што се у судској пракси показало као значајан показатељ да је реч о уговору зеленашког типа.⁹⁴⁷

Као што смо већ навели, појам „очигледна несразмера“ је описног карактера. У питању је правни стандард који се заснива на објективној вредности ствари⁹⁴⁸ зависно од места, времена, друштвене средине, добрих обичаја и других околности које утичу на дефинисање овог појма.

Другим речима, када процењује постоји ли "очигледна несразмера" суду није на располагању егзактан, унапред припремљен механизам. Дужност делиоца правде је да, с обзиром на све релевантне чињенице конкретног случаја, оцени да ли је диспропорција узајамних давања таква да очевидно нарушава начело једнаке вредности давања.⁹⁴⁹ Реч је о фактичком питању о ком суд доноси одлуку у сваком појединачном случају.⁹⁵⁰

Приликом одређивања вредности престација код зеленашких уговора суд цени њихову прометну вредност приликом закључења уговора. У складу са тим, суд ће утврдити да ли је постојала очигледна несразмера између узајамних престација у конкретном случају. При томе је нужно да је приликом склапања уговора несразмера између узајамних давања била јасно уочљива.⁹⁵¹

Пример за то налазимо у пресуди Врховног суда Србије Рев. 87/06 која је донета 22.2.2006. године. Том пресудом је одбијена ревизија тужиоца који је тврдио да је Окружни суд у Пожаревцу погрешно применио материјално право. Наиме, у поступку који је правноснажно окончан је утврђено да је тужени од тужиоца у новембру 1996. године узео на зајам износ од 10.000 немачких марака, приставши на камату од 3,3% дневно. Како је сматрао да ће позајмљени новац вратити у року од три до четири дана,

⁹⁴¹ У појединим законодавствима користи се термин "прекомерна несразмера" или "упадљиво несразмерна корист". – Према: Ј. Вукосављевић, 2014, 9

⁹⁴² О. Антић, 2012, 408

⁹⁴³ А. Радованов, 2009, 167

⁹⁴⁴ Ј. Милошевић, 1957, 2

⁹⁴⁵ Б. Визнер, 1978, 569

⁹⁴⁶ С. Перовић, 1980, 453

⁹⁴⁷ Према: Б. Визнер, 1978, 569

⁹⁴⁸ Тако Мењхард наглашава: „Успоредба између престација се заснива на објективним мерилима, а не на основу вредности коју уговорне стране сматрају да њихове престације имају.“ – А. Menyhard, 2003, 300

⁹⁴⁹ *Ibidem*.

⁹⁵⁰ Д. Николић, 2017, 360

⁹⁵¹ Ј. Вукосављевић, 2014, 9

држао је да износ који ће платити на име камате неће представљати проблем. Ипак, новац је вратио тек у децембру исте године, због проблема у пословању. Тужиоцу је платио 32.500 немачких марака и то 10.000 немачких марака на име основног дуга, а преостали износ на име камате. Тужилац је пак сматрао да је потребно да му тужени исплати још 30.000 немачких марака јер по његовим наводима камата није добро обрачуната. Врховни суд је потврдио да је у конкретном случају реч о зеленашком уговору који је као такав ништав. Приликом оцене Врховни суд је ставио акценат на постојање очигледне несразмере узајамних давања, као и на то да је пристанак туженог на исту био узрокован његовим стањем нужде, односно лошим материјалним стањем, те лакомисленим веровањем да ће позајмљени новац вратити кроз неколико дана. Поред тога, нагласио је и правило из члана 399. став 1. и 4. ЗОО којим је прописана максимална висина уговорне камате, а у складу са којим је тужени исплатио тужиоцу целокупан дуг.⁹⁵²

У нешто каснијем случају из 2012. године Апелациони суд у Новом Саду сматрао је да је уговорена накнада у уговору о посредовању у износу од 30% од укупно наплаћене накнаде штете у очигледној несразмери са оним што се тужилац обавезао да ће учинити како би тужена остварила своја права. Како је до закључења уговора дошло искоришћавањем стања нужде друге уговорне стране, суд је нашао да је реч о зеленашком уговору. Наиме, тужена се обратила тужиоцу како би јој он пружио помоћ да би након што је повређена на раду остварила своје право на накнаду зараде, право на накнаду медицинских трошкова, те право на одштету. Тужилац је туженој понудио да јој пронађе адвоката који ће јој помоћи да оствари право на накнаду штете. Посаветовао је и на који начин да оствари право на неисплаћене зараде и медицинске трошкове. За ову помоћ тужена је тужиоцу исплатила износ од 1.700 америчких долара, након чега ју је он поучио да може да тужи свог послодавца компанију "R.C.C.L". Своју даљу помоћ око добијања накнаде штете тужилац је условио потписивањем уговором о посредничким услугама, којим је предвиђено да тужена треба да накнади тужиоцу или разумне трошкове или 30% од укупно наплаћене одштете, у зависности који износ буде већи и то у року од 7 дана од дана уплате одштете на банковни рачун тужене. Предвиђени су и пенали за доцњу од 5% од добијене одштете на недељном нивоу. На основу овог уговора, тужилац је за заступање тужене ангажовао адвоката, са којим је више пута контактирао путем електронске поште од јуна 2008. године до јуна 2009. године. Након завршеног поступка, туженој је исплаћено на име одштете 25.000 америчких долара. Након уплате на рачун тужене, тужилац је захтевао од тужене да му исплати уговорених 30% од наплаћене одштете. Она то није желела да учини, већ је на рачун тужиоца уплатила 1.200 америчких долара. Наиме, тужена је након повратка у Србију била скоро непокретна и био јој је неопходан наставак лечења, што је изискивало знатне материјалне трошкове. Трошкове лечења је туженој послодавац надокнадио само делимично. За време боловања тужена није примала зараду, већ јој је иста накнадно исплаћена, као и медицински трошкови. Апелациони суд је потврдио закључак првостепеног суда да је тужилац искористио тешко материјално, физичко и психичко стање тужене како би са њом закључио уговор о посредовању у коме је уговорена несразмерно висока накнада за његове услуге. Имавши у виду да повезивање тужене са адвокатима, и пружање саветодавне помоћи (при чему тужилац није ни правник, ни стручно лице, већ је у питању лично искуство), није посао који је изискивао знатне трошкове тужиоцу, Апелациони суд

⁹⁵² Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 87/06 од 22.2.2006. године

је нашао да је корист коју је тужена имала од тужиочевих услуга посредовања у очигледној несразмери са коришћу коју је тужилац уговорио за себе.⁹⁵³

Истом логиком се наведени суд руководио две године касније, када је потврдио пресуду првостепеног суда, сматрајући да се правилно изјаснио да је уговор о делу закључен између странака зеленашки у погледу уговорене исплате 30% износа добијеног по основу капитализиране ренте и да би било неморално и неправично од туженог захтевати исплату процента од будуће штете.⁹⁵⁴

Очигледна несразмера узајамних давања је нужан елеменат постојања зеленашког уговора. Стога је Привредни апелациони суд у Београду 2016. године нашао да се битна чињеница о испуњености објективног услова за постојање зеленашког уговора у конкретном случају састоји у очигледној несразмери између цене закупа непокретности коју одређује тржиште и накнаде која је предвиђена уговором између странака.⁹⁵⁵

На основу наведених случајева, можемо закључити да је суд приликом одлучивања да ли су уговори у питању зеленашки ценио како постојање великог диспаритета између давања уговорних страна, тако и постојање субјективних околности на страни оштећеног које су га мотивисале да закључи олигледно неправичан и нееквивалентан уговор.

У упоредном законодавству су предвиђена слична решења. Тако је параграфом 879. тачка 4. аустријског Грађанског законика зеленашки уговор дефинисан као ситуација у којој постоји очигледна несразмера између имовинске вредности обавеза уговорних страна,⁹⁵⁶ а слично решење постоји и у члану 21. швајцарског Законика о облигацијама.⁹⁵⁷

Немачки Грађански законик, који регулише овај институт у параграфу 138, такође везује појам зеленашког уговора за несразмеру између чинидбе и противчинидбе.⁹⁵⁸ У немачкој судској пракси је термин „очигледна несразмера“ схваћен у ширем смислу, те се у обзир узима више критеријума, а не само неједнакост престација. Тако су немачки судови развили став, који је прихватила и теорија, по ком се такође може сматрати зеленашким уговор у коме је ризик несразмерно распоређен.⁹⁵⁹

На овом месту је такође важно нагласити да, премда су постојали неки покушаји у том правцу,⁹⁶⁰ у немачкој правној теорији није развијена доктрина по којој објективна несразмера узајамних престација сама по себи може бити довољан разлог за ништавост уговора.

У литератури се такође може наићи на став појединих аутора да би, ако нису кумулативно испуњени и субјективни елементи које законодавац захтева како би се уговор сматрао ништавим због његове лихварске природе, оштећена уговорна страна

⁹⁵³ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 1523/11 од 1.2.2012. године

⁹⁵⁴ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 1578/14 од 26.6.2014. године

⁹⁵⁵ Решење Привредног апелационог суда у Београду, Пж. 824/16 од 22.7.2016. године

⁹⁵⁶ jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/879, приступила 10.7.2019. године

⁹⁵⁷ admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html, приступила 4.6.2019. године

⁹⁵⁸ Према: М. Перовић, 2013, 717

⁹⁵⁹ Hans Theodor Soergel, Wolfgang Siebert, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen; Band 1: Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1987, 942

⁹⁶⁰ Као пример се наводи одлука Вишег суда у Штутгарту из 1989. године, којом је уговор у ком је постојала несразмера узајамних давања уговорних странака проглашен ништавим јер је супротан члану 242. немачког Грађанског законика, односно начелу савесности и поштења. – *Ibidem*.

евентуално могла да се позива на то да је такав уговор ништав јер је неморалан и противан начелу савесности и поштења.⁹⁶¹ Међутим, ни у овом случају није довољно да постоји само очигледна несразмера узајамних престација уговорних страна, већ је неопходно и да су кумулативно испуњени одређени услови, односно да постоје неке специфичне околности које чине уговор неморалним, али не и зеленашким.⁹⁶²

Премда судска пракса није прихватила овакав став, након нешто подробније анализе донешених пресуда стиче се утисак да је приликом примене правила о зеленашким уговорима акценат стављан на објективни елемент овог института, док је постојање субјективних елемената стављено у други план и неретко сасвим арбитрерно и лаконски утврђивано.⁹⁶³

Када је реч о начину на који су питање очигледне несразмере узајамних престација регулисали облигациони кодекси земаља у региону, напоменућемо кратко да је већина наведених законика преузела решење предвиђено Законом о облигационим односима из 1978. године,⁹⁶⁴ са евентуалним спорадичним изменама које нису суштинске. На тај начин су отворена врата за уједначавање судске праксе на нивоу некадашње СФРЈ, што може бити корисно у смислу угледања на добра решења иностраних судова са којим постоји велика пре свега језичка блискост.

6.2.2. Субјективни елементи појма зеленашког уговора

За постојање зеленашког уговора нужно је да су, поред објективног услова у виду постојања очигледне несразмере престација уговорних страна, кумулативно испуњени и одређени субјективни услови, како на страни зеленаша, тако и на страни оштећеног.⁹⁶⁵ Субјективни услови представљају, једноставно речено, разлоге због којих је дошло до поремећаја у каузи због којих се конкретан случај може подвести под зеленашки уговор.⁹⁶⁶

Субјективни елемент на страни оштећеног подразумева да је он пристао на очигледну несразмеру приликом закључења уговора услед неповољних околности које су га задесиле, те да не би закључио уговор у питању да тих околности није било.⁹⁶⁷ Другим речима, постојање тих околности га доводи у неравноправан положај са становишта сразмерности узајамних престација.⁹⁶⁸ Оне су одлучујуће а недопуштено утицале на његову вољу.⁹⁶⁹ Такође, потребно је да је тај неповољан положај оштећене стране сауговорач у зеленашком уговору свесно искористио.⁹⁷⁰

⁹⁶¹ Неморални уговори су регулисани чланом 138. став 1. немачког Грађанског законика а чланом 242. је начело савесности и поштења прокламовано као једно од основних начела уговорног права.

⁹⁶² А. Menyhard, 2003, 300

⁹⁶³ *Ibidem*, 301

⁹⁶⁴ Према: М. Перовић, 2013, 717

⁹⁶⁵ Богдан Лоза, *Облигационо право*, Београд, 2000, 14

⁹⁶⁶ О. Антић, 2012, 408

⁹⁶⁷ Б. Визнер, 569

⁹⁶⁸ М. Перовић, 2013, 716

⁹⁶⁹ О. Антић, 2012, 410

⁹⁷⁰ М. Цветковић, 2008, 198

У већини држава су неповољна стања у којим се лице искоришћено зеленашким уговором налази таксативно набројана.⁹⁷¹ У неповољне околности које су правнорелевантне за примену института лихварског уговора у домаћем праву се сврставају стање нужде, тешко материјално стање, недовољно искуство, лакомисленост или стање зависности.

У упоредном праву су предвиђена слична решења. Тако немачки Грађански законик у већ поменутом параграфу 138. као субјективне елементе зеленашког уговора наводи невољу, лакомисленост и неискуство. Аустријски Грађански законик, пак, у свом новелираном издању у неповољне околности убраја лакомисленост, тежак положај, слабоумност, неискуство и душевно узбуђење. Швајцарски Законик о облигацијама у ту категорију сврстава нужду, лакомисленост и неискуство.⁹⁷²

У једном делу домаће теорије се ове неповољне околности карактеришу као „мане воље“ и истиче се да се оне, условно речено, могу подвести или под појам претње, или преваре.⁹⁷³

Критичари оваквог схватања истичу да приликом закључивања зеленашког уговора нема никаквог недостатка у његовој изјави воље и да она сасвим одговара његовој унутрашњој вољи. Главни разлог закључивања овако неповољног уговора јесте то што је уговарач који је предметним уговором оштећен проценио да је за њега погодније да исти закључи него да га одбије и стога свесно донео одлуку да то учини.⁹⁷⁴

Један од главних домаћих поборника теорије по којој се субјективни елементи зеленашког уговора могу подвести под „мане воље“, К.Тасић, потврђује да код уговарача који је склопио зеленашки уговор због своје лакомислености и недовољног искуства постоји сагласност између његове унутрашње и изјављене воље, али истовремено истиче став по ком од свих мана воље несагласност између стварне и изјављене воље постоји само код принуде. Исти аутор даље тврди да код лица које пристане на закључење одређеног уговора јер се налази у стању нужде, тешком материјалном стању или због односа зависности постоји несагласност између унутрашње и изјављене воље, те да оно не би дало такву изјаву воље да га наведене околности на то нису приморале. У том смислу врши поређење са претњом, код које такође уговарач не би дао такву изјаву воље да му у супротном није стављено у изглед какво зло.⁹⁷⁵

Мада у наведеном има истине, чини нам се да би било погрешно прихватити наведено становиште. Наиме, у складу са прихваћеном дефиницијом, мане воље су недостаци изјављене воље услед којих правни посао не производи жељено дејство⁹⁷⁶ - било због тога што воља није изјављена слободно и одговорно, било јер је била заснована на погрешној представи о некој правнорелевантној околности. Сасвим је јасно да код зеленашких уговора правни посао производи жељено дејство, односно оно што су странке намеравале приликом његовог закључења, да је воља изјављена и слободно и

⁹⁷¹ Интересантно је поменути да постоје различита схватања о значају набрајања неповољних околности код зеленашких уговора – док је према једном делу аутора реч о *numerous clausus*, у складу са чим није могуће узети у обзир друга неповољна стања приликом утврђивања постојања зеленашког уговора, други инсистирају да би било сврсисходно узети у обзир и друга стања или се пак одредити за општији термин попут „тешка стања“ или „неповољна стања“. – Љ. Милошевић, 1957, 2

⁹⁷² Према: М. Перовић, 2013, 718

⁹⁷³ К. Тасић, 2012, 349

⁹⁷⁴ *Ibidem*, 351

⁹⁷⁵ *Ibidem*, 352

⁹⁷⁶ Д. Попов, 2006, 232

одговорно и да су обе уговорне стране имале сасвим исправне представе о свим елементима правног посла и свим правнорелевантним околностима.

Поред тога, није неспорно ни гледиште по ком несагласност између стварне и изјављене воље постоји само код принуде.⁹⁷⁷ Наиме, најчешћа дефиниција заблуде јесте да је реч о погрешном схватању о стварности.⁹⁷⁸ Реч је сасвим извесно о погрешној представи о чињеници или околности од које зависи пуноважност правног посла.⁹⁷⁹

Међутим, у правној теорији не постоји сагласност о томе да ли треба прихватити становиште које заступа Б. Визнер, а по ком код заблуде долази до непоклапања психичких представа уговорне стране о некој чињеници, односно о неком фактичком стању са стварно постојећим стањем, због чега она несвесно изјављује нешто друго од онога што је стварно намеравала изјавити.⁹⁸⁰ Док један део аутора подржава Визнеров став, други заблуду дефинишу на потпуно супротан начин. Тако наш цењени теоретичар С. Перовић сматра да код заблуде нема несклада између интерне воље и оне која је изјављена, те да лице које је у заблуди заправо изјављује и верно преноси своју унутрашњу вољу која је формирана на нетачној представи стварног стања.⁹⁸¹

Овај спор у правној теорији постаје још значајнији уколико имамо у виду да према законској дефиницији превара постоји када једна страна изазове заблуду код друге стране или је одржава у заблуди са намером да је тиме наведе на закључење уговора,⁹⁸² односно да се она у домаћој литератури дефинише као „заблуда квалификована понашањем друге стране“.⁹⁸³ У случају постојања преваре правни посао је рушљив чак и ако није реч о битној заблуди.⁹⁸⁴

Слично би се могло тврдити и када је реч о претњи, која постоји када једна уговорна страна закључи правни посао јер јој у супротном стављено у изглед неко зло, било од стране њеног сауговорача или неког трећег лица, и на тај начин је код ње изазван оправдан страх.⁹⁸⁵ Један део домаћих аутора наводи да је суштина претње у свесној несагласности између унутрашње и изјављене воље,⁹⁸⁶ што поново не одговара наведеном аргументу по ком је принуда једина мана воље чија је ово одлика.

Уколико бисмо прихватили становиште по ком је одлика мана воље управо несагласност између унутрашње и изјављене воље, врло тешко би се у ту категорију могле сврстати неповољне околности које приморавају оштећену страну у зеленашком уговору да исти закључи.

У домаћој литератури се истиче да је за настанак зеленашког уговора нужно да коегзистира са једне стране очигледна несразмера узајамних престација, а са друге

⁹⁷⁷ Принуда представља употребу физичке силе како би се у тренутку закључења правног посла једна страна принудила на одређени вид понашања. – Дарија Марић, *Заблуда и правне последице заблуде*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, 2014, број 2, 86

⁹⁷⁸ Према мишљењу аутора Д. Хибер, под овај појам би се могло подвести и одсуство било какве представе о стварности. – Драгор Хибер, *Појам битне заблуде при закључењу уговора*, Београд, 1991, 10

⁹⁷⁹ Д. Николић, 2017, 366

⁹⁸⁰ Борис Визнер, *Правно релевантно значење заблуде о мотиву*, Гласник адвокатске коморе Војводине, часопис за правну теорију и праксу, Нови Сад, 1977, вол. 26, но. 1, 14

⁹⁸¹ Слободан Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1980, 287

⁹⁸² Члан 65. став 1.300.

⁹⁸³ Обрен Станковић, Владимир Водинелић, *Увод у грађанско право*, Београд, 1995, 178

⁹⁸⁴ Д. Николић, 2017, 366

⁹⁸⁵ *Ibidem*, 365

⁹⁸⁶ Даница Попов, *Грађанско право, општи део*, Београд, 2005, 296

стране законом предвиђене неповољне околности чије постојање зеленаш користи. Уколико један уговарач искористи тежак положај у коме се његов сауговарач налази али корист коју је тиме стекао не угрожава начело еквивалентности, уговор може евентуално бити рушљив због постојања неке од мана воље, али не могу се применити правила о зеленашком уговору, јер је реч о два потпуно одвојена разлога неважности уговора.⁹⁸⁷

Са друге стране, став је домаћих судова да уколико постоји очигледна несразмера узајамних давања али нису испуњени субјективни услови које закон предвиђа, неће се сматрати да је реч о зеленашком уговору. Тако је у пресуди Привредног апелационог суда посл. број Пж. 12582/10 од 6. маја 2011. године суд нашао да тужени у конкретној парници, до закључења главне расправе није суду предложио, нити доставио доказе нити да се он као правни субјект и правно лице, нити да се главни дужник из Уговора о кредиту у конкретном случају може сматрати оном уговорном страном која је била недовољно искусна, лакомислена или на неки начин зависна од правног претходника тужиоца. Поред тога, тужени није суду доставио доказе да се приликом закључења Уговора о кредиту давалац кредита користио стањем нужде и тешким материјалним стањем примаоца кредита, те на описани начин за себе уговорио корист која је у очигледној несразмери са оним што је дато. Такође, суд је нашао да се ни главни дужник из Уговора о кредиту, као ни његов јемац платац, а овде тужени, не могу сматрати недовољно искусном и лакомисленом странком. Напротив, они су приликом закључења спорног Уговора, као и давања изјаве о јемству били дужни да воде рачуна о свим условима пословног аранжмана који су закључили. Стога се у конкретном случају овде тужени не може позивати на примену одредбе члана 141. Закона о облигационим односима. Како није доказано постојање разлога који би оправдали умерарање висине стопе уговорне камате, то првостепени суд није ни био дужан да прибавља податке о висини каматних стопа на меродавном тржишту.⁹⁸⁸

Другим речима, како нису достављени докази о испуњености субјективних услова за постојање зеленашког уговора, евентуално уговарање несразмерно високе каматне стопе, односно постојање очигледне несразмере узајамних давања није било од значаја за примену члана 141. ЗОО којим су регулисани зеленашки уговори.

Врло слично образложење за одбијање тужбеног захтева је Врховни суд Србије дао у пресуди посл. број Прев. 386/03 од 30.1.2004. године. Како тужени током поступка није истицао никакве чињенице нити је пружио доказе да је предметни уговор закључен под условима из члана 141. ст. 1. Закона о облигационим односима, нити је ставио захтев за смањење његове обавезе, суд је сматрао да у конкретном предмету није било места примени правила о зеленашким уговорима. При томе, није нашао да је довољно што је тужени у једном поднеску навео да су цене из предметног уговора нереалне као и у претходна три уговора које је закључио са тужиоцем, а по којима је тужиоцу извршио исплату.⁹⁸⁹

На приближан начин исти суд је дао образложење за своју пресуду посл. број Рев. 1965/96 од 22.10.1996. године. Предмет овог спора био је захтев за утврђивање ништавости уговора о продаји стана, закљученог између странака, јер је исти зеленашки правни посао. Међутим, тужиља није доказала да су испуњени услови прописани чланом 141. ЗОО о постојању таквог уговора. Како тужена, као уговорна страна, није

⁹⁸⁷ М. Перовић, 2013, 716

⁹⁸⁸ Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 12582/10 од 6.5.2011. године

⁹⁸⁹ Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 386/03 од 30.1.2004. године

искористила неповољан положај у којем се нашла тужилја, њено стање нужде или тешко материјално стање, недовољно искуство, лакоумисленост или зависност, а из тога није проистекла ни очигледна несразмера између узајамних давања, Врховни суд је нашао да су нижестепени судови правилно примењени материјално право, одбивши тужбени захтев, јер нису испуњени услови за утврђивање ништавости уговора по наведеном основу.⁹⁹⁰

Закључак јесте да су се судови јасно држали става о неопходности да се испуне и субјективни услови како да би било речи о зеленашком уговору. Такав став је, по нашем мишљењу, оправдан управо због озбиљности санкција зеленашког уговора. Могла би се повући паралела са решењем из швајцарске судске праксе, по којом се тражи испуњеност два од три елемента зеленашког уговора у великој мери како би се пресудило да је реч о лихварским уговорима, али то решење није у складу са нашим законодавством. Поред тога, испуњеност два од три услова делује ипак разумније од испуњености само једног услова постојања очигледне несразмере. Не смемо занемарити ни чињеницу да би се у одсуству субјективних елемената евентуално могао применити институт прекомерног оштећења, наравно схваћеног у објективном смислу.

Стога је став наших судова сасвим у складу са заштитном функцијом овог института, врстом санкција која је предвиђена у случају да су испуњени услови за његову примену и уопштено његовом правном природом и местом у оквиру нашег правног система.

6.2.2.1. Стање нужде као субјективни елемент на страни оштећеног у зеленашком уговору

Стање нужде је прека потреба неког лица за неким добром.⁹⁹¹ Како се у домаћој литератури истиче, нужда се не може изједначити са обичном, редовном потребом за неким добром, већ је неопходно да је реч о потреби снажног интензитета.⁹⁹² Антић чак инсистира на томе да треба да се ради о "највишем степену потребе за престацију зеленаша".⁹⁹³

Стање нужде је прилично широк појам који обухвата сваку невољу која доноси опасност по живот, здравље, имовину или част.⁹⁹⁴ У питању је такав „стицај скривљених или нескривљених животних прилика у ком се економски угроженој уговорној страни противчинидба зеленаша указује као спасоносни излаз и избор мањег зла од оног које би на његовој страни наступило уколико не прихвати зеленашеву понуђену, иако очигледно несразмерну, противчинидбу"⁹⁹⁵, због чега оштећени уговарач премда свестан своје

⁹⁹⁰ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1965/96 од 22.10.1996. године

⁹⁹¹ Д. Николић, 2017, 361

⁹⁹² М. Перовић, 2013, 720

⁹⁹³ О. Антић, 2012, 410

⁹⁹⁴ М. Цветковић, 2008, 198

⁹⁹⁵ Врло добар пример зеленашког уговора закљученог услед стања нужде налазимо у пресуди Врховног суда Србије, Рев. 2426/97 од 12.11.1997. године. Наиме, у предметном случају власник спорне парцеле је био отац тужене. Након што је он стрељан у Другом светском рату, како би подмирила трошкове око његове сахране и прехрањивања малолетне дече, мајка тужене, поступајући у крајњој нужди, обратила се за помоћ тужиоцевом оцу, који је био један од најимућнијих људи у селу. Тужиоцев отац јој је дао нешто намирница под условом да му мајка тужене у замену за то мало хране да у својину спорно земљиште. У таквим околностима сачињена је и признаница на коју се тужилац позивао у предметном спору. Врховни суд је потврдио одлуку којом је првостепени суд одбио тужбени захтев као неоснован, образложивши то

критичне ситуације и надоласећих последица, пристаје на закључење оваквог уговора.⁹⁹⁶

Оно што је из ове дефиниције јасно јесте да нужда подразумева да се лице налази у таквом положају да му је одређено добро неопходно, те да свесно пристаје на уговор којим се вређа начело еквивалентности јер му се чини да на тај начин бира „мање зло“ у односу на оно за које он разложно верује да би у супротном уследило.⁹⁹⁷ Управо је елемент свести оштећеног како у погледу стања нужде у ком се налази, тако и очигледне несразмере узајамних престајања врло важан у овом контексту.⁹⁹⁸

Према ставу који преовладава, нужда мора бити стварна⁹⁹⁹ и постојати у тренутку закључења уговора. Суд цени постојање нужде у сваком конкретном случају.¹⁰⁰⁰ При томе није од значаја да ли је дужник крив што се нашао у том стању. Ипак, у литератури се истиче да је неопходно да нужду у којој се оштећена уговорна страна нашао није скривио зеленаш.¹⁰⁰¹

Међутим, један део теоретичара се слаже са мишљењем које је проф. Константиновић изразио у скрипти под називом „Облигационо право“ из 1959. године. Наиме, у овој скрипти наш цењени професор наводи да „није потребно да нужда заиста постоји, довољно је да дужник верује да се налази у положају који се може обележити нуждом.“¹⁰⁰² Ми смо сагласни са наведеним мишљењем, јер је у складу са субјективном природом нужде као елемента зеленашког уговора. Битно је да је оштећени закључио уговор јер је веровао да је у ситуацији која га на такав поступак приморава, односно да бира мање зло од оног које му у супротном предстоји.

Примери стања нужде који се наводе у литератури су када тешко болесно лице закључи уговор о продаји лека кога нема у слободној продаји по изузетно високој цени, или пак када лице које је задесила нека елементарна непогода и хитно му је потребан привремени смештај или основне животне намирнице закључи очигледно неповољан уговор како би набавило исте.¹⁰⁰³ Тако би се сматрало да је реч о зеленашком уговору, на пример, ако због гладне и сушне године да би прехранио себе и своју породицу сељак у замену за мало хране пристане да другој уговорној страни да целокупан принос од наредне године.¹⁰⁰⁴

Упркос томе што се стање нужде углавном односи на лице које је оштећено зеленашким уговором, сматра се да зеленашки уговор постоји и кад се стање нужде односи на блиска лица и ствари оштећеног.¹⁰⁰⁵ Пример зеленашког уговора је стога и ситуација када је дете оштећеног услед несрећног случаја обилно крвари, те он пристане да медицинском раднику исплати вишеструко већи износ од редовне цене операције како

тима да признаница на коју се тужилац позивао не може водити стицању својине, јер представља ништав правни посао, с обзиром да је до њеног сачињавања дошло уз искоришћавање тешких имовинских прилика породице тужене. Стога, сматра Врховни суд, тужилац у предметном спору нема ваљан правни основ за стицање права својине на спорном земљишту.

⁹⁹⁶ Б. Визнер, 1978, 569

⁹⁹⁷ Љ. Милошевић, 1982, 95

⁹⁹⁸ М. Перовић, 2013, 720

⁹⁹⁹ С. Перовић, Д. Стојановић, 2013, 452

¹⁰⁰⁰ С. Перовић, 1995, 281

¹⁰⁰¹ Б. Визнер, 1978, 570

¹⁰⁰² Према: М. Перовић, 2013, 721

¹⁰⁰³ Б. Визнер, 1978, 570

¹⁰⁰⁴ О. Антић, 2012, 410

¹⁰⁰⁵ Ј. Вукосављевић, 2014, 11

би му спасао дете. Исто важи и за случај када како би испрао желудац отрованог љубимца ветеринар тражи, а оштећени пристане да плати, евидентно несразмеран износ који представља вишеструку вредност самог љубимца.¹⁰⁰⁶

Нужда као субјективни елемент појма зеленашког уговора се у нашој правној теорији описује на следећи начин: „Нужда прожима саму срж зеленашког уговора, представља главни разлог за закључење оваквог уговора и све остале неповољне околности које потпадају под појам субјективног елемента на страни оштећеног се надовезују на њу.“¹⁰⁰⁷

Нужда се сасвим оправдано у теорији посматра као збирни појам под који се могу подвести све остале неповољне околности које потпадају под појам зеленашког уговора. Међутим, било би погрешно ова стања која имају своје особености изједначити са стањем нужде, или карактерисати стање нужде као њихов директни узрок. На пример, не може се тврдити да постоји директна повезаност између стања нужде и неискуства оштећене уговорне стране, али без обзира на њено неискуство врло је вероватно да до закључења уговора не би ни дошло да се оштећени није налазио у неком виду преке потребе за одређеним добром.¹⁰⁰⁸

Српски законодавац се определио за термин „стање нужде“, али то није једини термин у употреби у компаративном праву. У немачком Грађанском законнику се уместо термина "нужда" помиње "невоља", док аустријски Грађански законик говори о "тешком положају".¹⁰⁰⁹ Иако термин *нужда* делује прилично блиско термину „невоља“, јасно је да је реч о општијем појму, који може постојати независно од невоље и за разлику од ње представља активно стање. Лице које је у невољи је у пасивном стању, док је лице у стању нужде свесно проблема, анализира га и покушава да га реши. Слични аргументи важе и за разликовање термина „стање нужде“ и термина „тежак положај“ за који се, како смо навели, определио аустријски законодавац и који такође представља ужи и пасивнији појам од нужде.¹⁰¹⁰

У енглеском праву се стање нужде у контексту зеленашких уговора дефинише као ситуација када је преговарачка моћ уговарача знатно ослабљена због његове потребе или жеље.¹⁰¹¹ Немачки законодавац пак дефинише зеленашке уговоре као оне код којих постоји очигледна несразмера узајамних давања уговорних страна до које је дошло, *inter alia*, искоришћавањем тешког положаја једне од уговорних страна од стране њеног сауговарача.¹⁰¹²

На овом месту ћемо нагласити да, иако их одликују неки заједнички елементи, постоје значајне разлике између нужде и принуде. Наиме, *нужда* подразумева неповољну околност у којој се одређено лице нашло услед своје радње или радње неког трећег лица, а *принуда* подразумева противправну радњу коју је према уговорнику предузела или

¹⁰⁰⁶ О. Антић, 2012, 410

¹⁰⁰⁷ Перовић такође наглашава да „кад је реч о свим субјективним моментима, треба рећи да ће они у пракси показивати тенденцију њихове синтезе у један општи услов који се у ствари своди на искоришћавање туђе невоље, односно такве ситуације која у суштини представља неку нужду“. – С. Перовић, Д. Стојановић, 2013, 452

¹⁰⁰⁸ М. Перовић, 2013, 720

¹⁰⁰⁹ Према: Ј. Вукосављевић, 2014, 11

¹⁰¹⁰ Према: М. Перовић, 2013, 722

¹⁰¹¹ Према: К. Тасић, 2012, 353

¹⁰¹² *Ibidem.*

друга уговорна страна или неко треће лице.¹⁰¹³ Другим речима, и код принуде постоји потреба, али као последица противправне радње предузете према оштећеном. Насупрот томе, код зеленашких уговора се стање потребе јавља независно од активности зеленаша.¹⁰¹⁴

Аутори који субјективне елементе зеленашког уговора суштински поистовећују са манама воље се не слажу са овим образложењем. Критикујући наведено схватање у домаћој литератури, они наводе да код случаја претње од стране трећег лица до исте долази без обзира на активност друге уговорне стране.¹⁰¹⁵ Нама се међутим чини да је и тај случај покривен претходном дефиницијом и да је акценат на противправности радње која је предузета према оштећеном, а не нужно на томе да ли је деловао сауговорач или неко треће лице у његову корист. Са друге стране, понуда закључења уговора под неповољним околностима има одлике противправности само под тачно одређеним и законом прописаним условима, али најчешће то није случај.

Њихов даљи аргумент је да, као и код претње, зеленаш ставља другој уговорној страни у изглед неко зло уколико се уговор не закључи, са једином разликом у томе да то зло неће бити изазвано радњом самог зеленаша или трећег лица, већ ће наступити самостално. Другим речима, главни аргумент теорије по којој се стање потребе може подвести под претњу јесте то што код оба правна института мотивација уговорача да уговор закључи лежи у намери да избегне неко зло које му у супротном прети.¹⁰¹⁶ Управо је недостатак разумне алтернативе заједничка карактеристика зеленашких уговора и оних закључених због претње.¹⁰¹⁷ Према нашем гледишту, ова теорија је прилично мањкава јер се њоме потпуно занемарује оно што заправо представља суштинску разлику између ова два, донекле слична, правна института а то је чињеница да код зеленашког уговора уговорач који користи стање потребе друге уговорне стране како би закључио уговор којим ће стећи несразмерну имовинску корист, ни на који начин није изазвао то стање потребе нити је приморао или присилио оштећеног да исти правни посао закључи.

6.2.2.2. Тешко материјално стање као субјективни елемент на страни оштећеног у зеленашком уговору

Тешко материјално стање јесте таква неповољна околност на страни оштећеног уговорача која подразумева недостатак одређених основних имовинских добара, односно средстава нужно потребних за његов живот или живот његове породице, односно њему блиских особа.¹⁰¹⁸ Оно би се напросто могло дефинисати као имовинска оскудица која угрожава задовољење животних потреба.¹⁰¹⁹ Реч је о особи која живи испод границе сиромаштва, презадужена је и тешко обезбеђује основну егзистенцију.¹⁰²⁰

Разлика између стања потребе и тешког материјалног стања је у томе што се стање потребе јавља као изненадна околност, док је тешко материјално стање последица начина

¹⁰¹³ К. Тасић, 2012, 354

¹⁰¹⁴ Ј. Вукостављевић, 2014, 11

¹⁰¹⁵ К. Тасић, 2012, 354

¹⁰¹⁶ *Ibidem.*

¹⁰¹⁷ К. Тасић, 2012, 355

¹⁰¹⁸ Б. Визнер, 1978, 570

¹⁰¹⁹ М. Цветковић, 2008, 198

¹⁰²⁰ Д. Николић, 2017, 361

живота оштећеног, било да је у питању скривљен положај или не.¹⁰²¹ Такође, у литератури се налази на став да је тешко материјално стање ”за нијансу” лакши случај од стања нужде.¹⁰²²

Суд цени евентуално постојање овог субјективног елемента на страни оштећеног с обзиром на одређене друштвене и правне стандарде,¹⁰²³ као и околности искоришћеног лица.¹⁰²⁴ Међутим, разграничење ова два појма није увек једноставно.¹⁰²⁵

Постоје мишљења у нашој теорији да се и тешко материјално стање може, условно речено, уподобити претњи, са прилично сличним образложењем као што је то случај са стањем нужде.¹⁰²⁶ Сматрамо да тешко материјално стање нема довољно заједничких елемената са претњом, да би се тако нешто могло основано тврдити. Суштина ове субјективне околности лежи у стању у које је оштећени запао услед сопствених акција и поступака. Насупрот томе, претња подразумева акцију сауговарача оштећеног или неког трећег лица која код оштећеног изазива оправдан страх због ког је он и закључио уговор.¹⁰²⁷ Иако би се могло тврдити да услед материјалне оскудице односно тешке економске ситуације оштећени закључује зеленашки уговор као „мање зло“ од оног које му у супротном прети, сматрамо да би подвођење ове субјективне околности на страни оштећеног под претњу било неосновано и нелогично.

Примери тешког материјалног стања као услова за постојање зеленашког уговора су случајеви када оштећени јер није благовремено вратио зајам прихвати несразмерно увећање дуга, односно кад оштећени како би избегао да му заплене ствари пристане да узме зајам са несразмерно високом каматом.¹⁰²⁸

6.2.2.3. Недовољно искуство као субјективни елемент на страни оштећеног у зеленашком уговору

Недовољно искуство подразумева да код оштећеног лица не постоји довољно животног или пак пословног знања о последицама и значају склапања предметног правног посла, услед чега олако приступа закључењу уговора који му иде на штету. У питању може бити непознавање чињеница или права у моменту склапања уговора. Тако је у случају да искусна особа од педесет година закључи врло неповољан уговор са осамнаестогодишњаком реч о недовољном животном искуству. Када је реч о непознавању права, типичан пример би била ситуација када је једна уговорна страна врстан правник, а друга лаик а уговор који је закључен садржи знатан број рестриктивних

¹⁰²¹ У теорији се као пример наводи беспарица услед дуге незапослености, или пак тешке стамбене прилике. - Б. Визнер, 1978, 570

¹⁰²² О. Антић, 2012, 410

¹⁰²³ С. Перовић, Д. Стојановић, 2013, 452

¹⁰²⁴ Ј. Вукосављевић, 2014, 12

¹⁰²⁵ Пример је Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 87/06 од 22.2.2006. године, у чијем се образложењу на једном месту наводи да је тужени пристао на несразмеру узајамног давања јер је био у стању нужде због лошег пословања фирме, а пар пасуса ниже се закључује да је уговор зеленашки јер је постојала очигледна несразмера узајамних давања и јер је тужилац искористио неповољан положај у коме се нашао тужени, односно његово лоше материјално стање. - Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 87/06 од 22.2.2006. године

¹⁰²⁶ К. Тасић, 2012, 355

¹⁰²⁷ Члан 60. ЗОО.

¹⁰²⁸ О. Антић, 2012, 410

клаузула које у приличној мери отежавају правни положај лаичке стране.¹⁰²⁹ Оно што је битно јесте да услед неискуства лице не може да на адекватан начин процени значај и домаћај закљученог уговора.¹⁰³⁰

Недовољно искуство може бити или уопштено, или се испољити само у одређеном домену.¹⁰³¹ Један од примера недовољног искуства у специјализованој области који се наводи у литератури јесте ситуација када је неко већ у зрелим годинама и са обиљем животног искуства, али не зна колика је стварна вредност уметничке слике коју купује.¹⁰³²

У упоредном праву је управо недовољно искуство односно „незнање“ један од најчешћих субјективних услова који се поставља за примену правила о зеленашком уговору. Тако се, примера ради, код енглеског института несавесне погодбе захтева да је до ње дошло коришћењем, између осталог, недовољног искуства оштећеног.¹⁰³³ У немачком и аустријском праву је „неискуство“ такође један од потенцијалних субјективних елемената зеленашког уговора. У домаћој литератури се истиче да је између термина „недовољно искуство“ и „неискуство“ једина разлика у томе што је први за нијансу прецизнији, пошто се полази од претпоставке да лице које закључује уговор ипак има неки вид, макар и ограниченог искуства.¹⁰³⁴

Из изложеног је јасно да је танка граница између коришћења недовољног искуства и преваре. Наиме, у пракси се као један од метода који зеленаши користе наводи и превара, било активна у виду довођења оштећеног лица у заблуду са намером да се оно наведе на закључење зеленашког уговора, или пасивна, када зеленаш не учини ништа да би оштећеног ослободио заблуде у којој се налази у вези са закључењем уговора, иако је исте свестан.¹⁰³⁵

Из овог разлога, поједини аутори истичу став да се, под одређеним условима, коришћење недовољног искуства сауговорача може уподобити превари. Уколико би се то учинило у нашем праву, следио би се правни пример Француске, у чијој су судској пракси уговори поништавали због преваре у случајевима када је једна уговорна страна приликом закључивања уговора искористила неискуство друге како би стекла корист.¹⁰³⁶ Овде бисмо могли додати да постоји исти елеменат код преваре и заблуде: наиме, превара ће постојати кад једна уговорна страна схвати да је друга у заблуди, па је у истој одржава. Постојаће и уколико једна уговорна страна доведе другу уговорну страну у заблуду. Као и код зеленашких уговора, несавесна уговорна страна суштински користи незнање друге.

¹⁰²⁹ *Ibidem*, 410-411

¹⁰³⁰ Љ. Милошевић, 1982, 95

¹⁰³¹ С. Перовић, Д. Стојановић, 2013, 452

¹⁰³² Д. Николић, 2017, 361

¹⁰³³ Према: К. Тасић, 2012, 355

¹⁰³⁴ М. Перовић, 2013, 723

¹⁰³⁵ Према: Ј. Вукосављевић, 2014, 13; К. Тасић, 2012, 356

¹⁰³⁶ Према: К. Тасић, 2012, 356

6.2.2.4. Лакомисленост као субјективни елемент на страни оштећеног у зеленашком уговору

Лакомисленост, као један од субјективних елемената зеленашког уговора, подразумева такво психичко стање оштећеног услед кога он погрешно процењује актуелне околности, те на основу своје погрешне процене непромишљено закључује уговор. Реч је о карактерној особини која подразумева олако прихватање сугестија, предлога и понуда који резултирају нежељеним исходом. У питању је немарност, несмотреност при закључивању уговора, те одсуство промишљености и разматрања последица истог.¹⁰³⁷ Како се то у нашој теорији објашњава, ”неискусан није у стању да промисли, лакомислени неће ни размишљати”.¹⁰³⁸

Другим речима, овај субјективни услов постојања зеленашког уговора ће бити испуњен уколико се уговарач одлучио на његово закључење не размишљајући о његовој садржини и последицама.¹⁰³⁹ Потребно је да је оштећени конкретну одлуку о закључењу уговора донео на мах, у неком посебно еуфоричном расположењу, те да је на тај начин без промишљања на себе преузео бројне, комплексне и нимало лаке обавезе.¹⁰⁴⁰ Пример би била ситуација када неко олако троши новац који је наследио купујући непотребне ствари и не водећи рачуна да ли за њих плаћа далеко више него што оне заправо вреде.¹⁰⁴¹

Лакомисленост може бити својствена неком лицу као уобичајено стање или се појавити само као пролазно стање, или се може манифестовати искључиво у односу на неки акт.¹⁰⁴²

Б. Визнер, пак, сматра да лакомисленост мора да се ограничи на конкретну ситуацију, те при дефинисању лакомислености наглашава да је то „такво психичко стање уговаратеља у време склапања зеленашког уговора у којем он дотичном склапању приступа и на њега пристаје без довољно зрелог размишљања о правом значењу и последицама које ће за њега произвести тај уговор, посебно у односу на преузете уговорне обавезе, иако он, иначе у другим ситуацијама, поступа брижљиво и опрезно као особа зрела за нормално расуђивање и учовавање значења и последица свог деловања, а не можда као неки окорели расипник.“¹⁰⁴³ Са тим се слаже и О. Антић који инсистира да је овај услов испуњен уколико се лакомисленост односи на конкретан уговор, а није реч о лакоумности, односно неком облику психопатологије који би могао да буде разлог за лишење пословне способности.

Од пресудног значаја за постојање зеленашког уговора јесте да је непромишљеност постојала у моменту закључења уговора.¹⁰⁴⁴

Управо из ових разлога, поједини аутори пореде лакомисленост са преваром. Премиса на којој се ово поређење заснива јесте чињеница да је зеленаш знао да искоришћено лице закључује уговор не промисливши о његовим последицама, те је

¹⁰³⁷ Ј. Вукосављевић, 2014, 14

¹⁰³⁸ М. Цветковић, 2008, 198

¹⁰³⁹ К. Тасић, 2012, 356; Ј. Милошевић, 1982, 95

¹⁰⁴⁰ О. Антић, 2012, 411

¹⁰⁴¹ Д. Николић, 2017, 361

¹⁰⁴² М. Перовић, 2013, 723

¹⁰⁴³ Б. Визнер, 1978, 570

¹⁰⁴⁴ С. Перовић, Д. Стојановић, 2013, 452

искористио такво стање оштећеног и оставио га у заблуди како би стекао имовинску корист.¹⁰⁴⁵

У немачком праву је предвиђено да је уговор зеленашки ако су испуњена два услова: први, да постоји очигледна несразмера узајамних престација и други, да је до исте дошло тако што је једна уговорна страна искористила „недостатак здравог расуђивања“ друге.¹⁰⁴⁶

Иако се на први поглед чини да институт „лакомислености“ може да се изједначи са институтом „слабоумности“ који се помиње у сличном контексту у аустријском Грађанском закону, између њих постоји знатна разлика. Наиме, слабоумност подразумева недостатак просечне интелигенције док лице које је лакомислено не придаје довољно значаја својим поступцима, већ поступа непромишљено.¹⁰⁴⁷

Судска пракса је била прилично уједначена у овом погледу. Тако је у решењу Врховног суда Југославије, посл.број Рев.883/65 заузет став да је уговор о доживотном издржавању код кога постоји велика несразмера у узајамним давањима странака противан добрим обичајима ако се његовим закључењем ишло на то да се искористи невоља примаоца издржавања у циљу постизања несразмерне користи.¹⁰⁴⁸ Врховни суд Војводине је слично одлучио у пресуди посл.број Гж.1189/71, образложивши да је „противан добрим обичајима уговор о доживотном издржавању, којим давалац издржавања искористи тежак положај издржаваног због његовог здравственог стања или других околности, па уговори за себе очигледно несразмерно велику корист, с обзиром на вредност имовине коју му издржавани оставља и даје, и на очигледно несразмерну малу имовинску вредност уговореног издржавања и услуга, које ће он требати давати, било због доброг имовинског стања примаоца издржавања, или пак због његове предстојеће блиске смрти“.¹⁰⁴⁹

Такав уговор по правилу неће ни настати, јер је обавеза суда да одбије оверу уговора који је противан добрим обичајима, принудним прописима или јавном поретку. У складу са наведеним, суд је дужан да одбије да овери уговор уколико утврди да у истом постоји очигледна несразмера престација уговорних страна и да је она последица стања нужде, тешког материјалног стања, зависности, лакомислености или недовољног искуства. Уколико ипак дође до овере, уговор у питању ће бити апсолутно ништав.¹⁰⁵⁰

Управо је, дакле, улога свечане форме у оваквим уговорима да пружи својеврсну заштиту странкама и отклони њихову потенцијалну лакомисленост.¹⁰⁵¹

¹⁰⁴⁵ К. Тасић, 2012, 357

¹⁰⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁴⁷ М. Перовић, 2013, 723

¹⁰⁴⁸ К. Тасић, 2012, 357

¹⁰⁴⁹ Милош Станковић, *Alea Iacta Est – алеаторност уговора о доживотном издржавању као ограничење могућности његовог раскида због промењених околности*, *Harmonius: journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 2012, број 1, 88

¹⁰⁵⁰ К. Тасић, 2012, 358

¹⁰⁵¹ О. Антић, 2012, 411

6.2.2.5. Однос зависности као субјективни елемент на страни оштећеног у зеленашком уговору

Још један потенцијални субјективни елемент јесте *однос зависности*, односно подређености,¹⁰⁵² било економске или неке друге, између оштећеног и зеленаша.¹⁰⁵³ Зависност се може огледати у правном или фактичком односу између зеленаша и оштећеног.¹⁰⁵⁴ Реч је о односу надређености и подређености у коме је зеленаш надређен а оштећени подређен.¹⁰⁵⁵ Да би овај однос био правно релевантан у конкретном контексту, неопходно је да је управо та зависност разлог закључења уговора, односно да зеленаш злоупотребљавајући свој положај намеће сауговарачу да закључи уговор под неповољним и тешким условима, што доводи до очигледне несразмере између њихових узајамних уговорених давања.¹⁰⁵⁶

У литератури се истиче и да је код овог субјективног елемента лихварског уговора зависност схваћена у ширем смислу, те да подразумева беспоговорност лица које се налази у зависном положају у односу на другу страну. Зависност може одиста постојати у виду факта подређености једне уговорне стране другој у смислу постојања неког вида хијерархије, а може бити и психичког типа, када подређени мислећи да је у зависном положају закључи уговор кога одликује очигледна несразмера узајамних престаџија.¹⁰⁵⁷ Под интелектуалном зависношћу се сматра ситуација када је оштећени под јаким психолошким утицајем зеленаша.¹⁰⁵⁸

Пример за хијерархијску зависност би била ситуација када послодавац наметне запосленима закључење неког уговора који није непосредно везан за њихов радноправни статус, али чије закључење је услов за задржавање радноправног статуса. Таква ситуација би постојала и ако би радник купио од свог претпостављеног полован аутомобил за цену која знатно превазилази његову вредност, како би избегао мобинг на послу.¹⁰⁵⁹ Са друге стране, зависност психичког типа би постојала у ситуацији да управник затвора закључи врло повољан купопродајни уговор са лицем чије се дете налази на вишегодишњем издржавању казне у установи чији је он управник.¹⁰⁶⁰

Управо искоришћавање туђег зависног положаја јесте елемент који повезује стање зависности са трговином утицајем, те бројни аутори сматрају да је реч о сродним институтима.¹⁰⁶¹ Други пак истичу да трговина утицајем представља моралну квалификацију понашања надређеног код овог субјективног елемента зеленашког уговора – он најме користи свој положај како би код другог лица које је од њега зависно или барем мисли да то јесте створио осећај беспоговорне послушности,¹⁰⁶² која иде тако далеко да то лице пристане на закључење уговора којим се грубо крши начело еквивалентности узајамних давања у уговорном праву.

¹⁰⁵² К. Тасић, 2012, 358

¹⁰⁵³ С. Перовић, 1995, 282

¹⁰⁵⁴ О. Антић, 2012, 411

¹⁰⁵⁵ Д. Николић, 2017, 361

¹⁰⁵⁶ Б. Визнер, 1978, 569

¹⁰⁵⁷ М. Перовић, 2013, 724

¹⁰⁵⁸ М. Цветковић, 2008, 198

¹⁰⁵⁹ Д. Николић, 2017, 361

¹⁰⁶⁰ О. Антић, 2012, 411

¹⁰⁶¹ Ј. Вукосављевић, 2014, 15

¹⁰⁶² М. Перовић, 2013, 724

Стање зависности је неретко повезано и са претњом, односно изазивањем оправданог страха код друге уговорне стране, како би пристала на закључење зеленашког уговора.¹⁰⁶³ Пример би била ситуација када хирург пре операције закључи крајње лукративан и више него повољан уговор са супругом животно угроженог пацијента кога треба да оперише.¹⁰⁶⁴ Поред тога, у одређеним случајевима зеленаш злоупотребљава однос поверења који постоји између њега и друге уговорне стране, а све како би оштећеног навео да закључи лихварски уговор. Такво неморално поступање поједини аутори изједначавају са преваром.¹⁰⁶⁵

Енглеско право има занимљиво решење у овом погледу, јер познаје институт економске принуде. Она настаје искоришћавањем економске зависности сауговарача.¹⁰⁶⁶ Пример који се наводи јесте претња раскидањем већ закљученог уговора уколико се друга страна не буде понашала на одређени начин (на пример, послодавац условљава радника да, како би задржао посао, закључи други, по њега неповољан уговор).¹⁰⁶⁷

У истом правном поретку постоји и установа под називом „претерани утицај“. За разлику од економске принуде, суштина овог института огледа се у коришћењу односа фактичке зависности.¹⁰⁶⁸ Закључен уговор је последица недозвољеног утицаја, односно односа поверења између одређених категорија уговарача, попут родитеља и деце, лекара и пацијента или пуномоћника и властодавца. Његов важан елемент је, пак, да уговор такве садржине не би био закључен да је био подстакнут уобичајеним мотивима просечног човека. Такође, за разлику од принуде, у овом случају нема елемената вршења насиља над сауговарачем.¹⁰⁶⁹

6.2.2.6. Несавесност, односно намера искоришћавања тешког положаја оштећеног као субјективни елемент на страни зеленаша у зеленашким уговорима

Један субјективни елемент зеленашког уговора мора увек да постоји - зеленаш мора бити несавестан,¹⁰⁷⁰ односно мора да зна да на страни оштећеног постоје неке од напред наведених субјективних околности и да свесно користи постојање тих околности како би са њим закључио уговор који је неповољан¹⁰⁷¹ и од кога ће зеленаш или неко треће лице имати несразмерну имовинску корист. Несавесност претпоставља знање да сауговарач нема избора или готово да нема избора, те да ће пристати на по њега врло неповољне услове уговора којим ће се знатно нарушити једнакост узајамних давања.¹⁰⁷²

Другим речима, да би постојао зеленашки уговор тражи се утврђење намере на страни уговорника који искоришћава тешку или другу одређену ситуацију свога сауговорника.¹⁰⁷³ При томе није од значаја како је до те намере дошло, па чак ни да ли је

¹⁰⁶³ К. Тасић, 2012, 358

¹⁰⁶⁴ О. Антић, 2012, 411

¹⁰⁶⁵ Ј. Вукосављевић, 2014, 16

¹⁰⁶⁶ К. Тасић, 2012, 358

¹⁰⁶⁷ Ј. Вукосављевић, 2014, 15

¹⁰⁶⁸ К. Тасић, 2012, 358

¹⁰⁶⁹ *Ibidem*, 359

¹⁰⁷⁰ Видети образложење пресуде Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 3815/12 од 15.11.2012. године.

¹⁰⁷¹ Б. Визнер, 1978, 571

¹⁰⁷² О. Антић, 2012, 412

¹⁰⁷³ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 452

сам оштећени изазвао понудивши зеленашу уговор под таквим условима који би му донели несразмерну имовинску корист.¹⁰⁷⁴ Дакле, није од утицаја да ли је зеленаш био тај који је понудио закључење уговора са карактеристикама лихварског уговора, или је прихватио понуду оштећеног.¹⁰⁷⁵ Такође, није нужно да је оштећени био у заблуди у погледу (не)постојања несразмере престација.¹⁰⁷⁶

Суштина намере искоришћавања јесте да је у питању пасиван однос – сам зеленаш није изазвао, па чак ни допринео тешком стању у ком се његов сауговорач налази. Он напросто то стање користи како би стекао корист у висини која је очигледно несразмерна у односу на његову престацију. У том смислу поједини аутори сматрају да је на месту поређење несавесности као субјективног елемента зеленашког уговора са институтом преваре када се иста врши пасивно – дакле, не изазивањем заблуде код друге уговорне стране, већ њеним одржавањем у заблуди.¹⁰⁷⁷ У истом контексту, несавесност се пореди и са ситуацијом кад је уговорач закључио одређени неповољни уговор због претње трећег лица, а његов сауговорач о тој претњи није ништа знао.¹⁰⁷⁸

Узевши у обзир напред наведене услове, јасно је да се не може говорити о зеленашком уговору онда када једна уговорна страна није имала намеру да искористи тежак положај друге уговорне стране, али је нехатно то учинила.¹⁰⁷⁹

6.3. ПРАВНА ПРИРОДА ЗЕЛЕНАШКОГ УГОВОРА

Зеленашки уговор се не сматра само противзаконитим, већ и неморалним уговором, јер је закључен противно добрим обичајима и није у складу са моралом друштвене средине.¹⁰⁸⁰ На том становишту је стајала како теорија, тако и судска пракса.¹⁰⁸¹

¹⁰⁷⁴ К. Тасић, 2012, 360

¹⁰⁷⁵ О. Антић, 2012, 412

¹⁰⁷⁶ М. Цветковић, 2008, 199

¹⁰⁷⁷ К. Тасић, 2012, 360

¹⁰⁷⁸ *Ibidem.*

¹⁰⁷⁹ А. Menuhard, 2003, 300

¹⁰⁸⁰ Ј. Вукосављевић, 2014, 3

¹⁰⁸¹ Тако је у домаћој судској пракси утврђена ништавост уговора који је закључен тако што је купац приликом склапања купопродајног уговора искористио тежак положај у ком се продавац налазио и навео га да пристане да прода ствар по несразмерно ниској цени, са образложењем да је уговор у питању зеленашки уговор противан моралу (према: С. Перовић, 1995, 282). Још једну илустрацију оваквог схватања у јуриспруденцији представља пресуда Врховног суда Босне и Херцеговине, Гж. 93/56, у којој је овај суд донео одлуку да је противан моралу и зато ништав купопродајни уговор код кога је купац приликом уговарања искористио тешко стање продавца и навео га да пристане на продају за цену која је диспропорционо мала. Ова пресуда се може наћи у Збирци судских одлука, књ.1, св.2, бр.341. – Према: С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 452

О оправданости сврставања зеленашких уговора у ред неморалних такође сведочи и чињеница постојања кривичног дела зеленаштва,¹⁰⁸² у случају чијег извршења су предвиђене тешке кривичне санкције.¹⁰⁸³

Управо је неморалност и противност добрим обичајима разлог за посебна правила која, под одређеним условима, важе за поједине уговоре о доживотном издржавању. Наиме, опште јесте правило да „алеа искључује лезију“¹⁰⁸⁴, односно да очигледна несразмера узајамних давања није основ за апсолутну ништавост уговора о доживотном издржавању. Међутим, судска пракса је заузела став да у случају да је уговор о доживотном издржавању закључен са лицем које се налази у тешком положају, здравствено или на други начин, са намером да се искоришћавањем тог положаја уговори имовинска корист која је несразмерно велика с обзиром на уговорено издржавање или услуге, такав уговор јесте противан моралу и добрим обичајима, због чега га погађа правна последица у виду ништавости.¹⁰⁸⁵

6.4. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ЗЕЛЕНАШКОГ УГОВОРА

Правна последица зеленашких уговора је апсолутна ништавост. То недвосмислено произлази из формулације члана 141. ЗОО у чијем првом ставу се наводи да је зеленашки уговор „ништав уговор“, док се у следећем ставу указује на сходну примену одредаба овог закона о последицама ништавости и о делимичној ништавости уговора. У складу са тим, зеленашки уговор се не може поништити судским путем, већ се посредством суда може само утврдити његова ништавост.

Разлог за апсолутну ништавост лихварског уговора лежи у самој природи зеленашког уговора, као уговора који је противан не само неким од основних начела облигационог права, већ и моралним схватањима нашег друштва. Закључивањем оваквог правног посла се не вређају само појединачни, већ и јавни интереси изражени установом јавног поретка.¹⁰⁸⁶ Стога је законодавац предвидео тако оштру санкцију, која подразумева како правила о реституцији, тако и правила о одузимању предмета уговорне

¹⁰⁸² Чланом 217. став 1. Кривичног законика прописано је да „ко за давање новца или других потрошних ствари на зајам неком лицу прими или уговори за себе или другог несразмерну имовинску корист искоришћавајући тешко имовинско стање, тешке прилике, нужду, лакомисленост или недовољну способност за расуђивање оштећеног, казниће се затвором до три године и новчаном казном.“

¹⁰⁸³ Члан 217. Кривичног законика, ставови 1., 2. и 3.

¹⁰⁸⁴ Карло Ковач, *Еквивалентност, алеаторност и пословни морал у нашем правном систему*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, 1980, бр.3, 14

¹⁰⁸⁵ Добра илустрација наведеног тумачења јесте одлука Врховног суда Југославије у којој се каже да ако је издржавано лице услед свог стања здравља и других околности његовог тешког положаја било у ситуацији да свесно и озбиљно уступи своју имовину у накнаду за очекивано издржавање, онда се, пошто је велика несразмера између давања на које се давалац издржавања обавезује и имовине коју у накнаду за то добија, јавља питање није ли сауговорач искористио невољу издржаваног лица и уговорио очевидну несразмерно велику корист за уговорено издржавање и услуге које су практично несразмерно мале имовинске вредности с обзиром на добро имовно стање издржаваног лица и предстојећу му блиску смрт. Уговор који би се одликовао таквим искоришћавањем туђе невоље ради постизања несразмерне користи, противан је добрим обичајима и као такав ништав. - Решење Врховног суда Југославије, Рев.883/65, Збирка судских одлука, књ.10, св.3, бр.295, према: С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 453

¹⁰⁸⁶ Б. Визнер, 1978, 575

обавезе у корист општине¹⁰⁸⁷ у којој друга уговорна страна има боравиште, пребивалиште или седиште¹⁰⁸⁸, односно сходну примену одредби о одбијању тужбеног захтева с позивом на максимуму *nemo audiatur*.¹⁰⁸⁹

Право да напада уговор има оштећени. Уколико се ради о истовременој повреди јавног поретка и морала, то право има и треће лице.¹⁰⁹⁰ Право да се тужбом¹⁰⁹¹ захтева да се зеленашки уговор поништи не застарева.¹⁰⁹² Странка која се позива на то да је уговор зеленашки је дужна да то и докаже.¹⁰⁹³

Ово је нарочито важно уколико узмемо у обзир то да суд води рачуна о апсолутној ништавости уговора по службеној дужности. Наиме, иако постоји ова обавеза суда, јасно

¹⁰⁸⁷ Могућност одузимања предмета престаџије у корист општине код зеленашких уговора је била предмет нарочитог разматрања у нашој правној теорији. Наиме, у питању је санкција која се у нашем праву примењује изузетно, када је реч о уговорима којим се вређа јавни поредак, било по свом садржају или циљу (А. Дудаш, 2010, 153). Стога уобичајене последице ништавости, које подразумевају да свака уговорна страна врати другој оно што је добила по основу уговора а уколико то није могуће или се природа оног што је дато противи враћању, да исплати другој уговорној страни накнаду у новцу, према ценама у време доношења судске одлуке (Члан 104. став 1. ЗОО), код лихварских уговора напосто нису прихватљиве. Наиме, санкција која се огледа у дужности враћања примљене престаџије у замену за оно што је по основу уговора дато, односно испуњено, не погађа зеленаша у довољној мери, нити га демотивише од даљег закључивања оваквих уговора (Б. Визнер, 1978, 574). Ту на сцену ступа могућност да се оно што је зеленаш на име уговора дао или испунио преда општини на чијој територији оштећени има пребивалиште, боравиште или седиште. Иста логика је примењена и кад је реч о могућности да суд напосто одбије зеленашев захтев да му се по основу поништаја лихварског уговора врати престаџија коју је извршио свом саговорачу (Ј. Милошевић, 1982, 97). У том случају би саговорач задржао оно што је примио од зеленаша.

¹⁰⁸⁸ Члан 104. став 2. ЗОО.

¹⁰⁸⁹ Према: С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 454

¹⁰⁹⁰ Тако је Апелациони суд у Новом Саду пресудио да тужбу за утврђивање ништавости уговора о зајму због његове зеленашке природе може поднети и треће заинтересовано лице. Међутим, оно се не може позивати на ништавост тог уговора због мана воље зајмопримца, ако се на то није позвао сам зајмопримац. У конкретном случају, уговор о зајму је закључен између тужених. Тужила, која није уговорна страна, поднела је тужбу за утврђење ништавости уговора о зајму као зеленашког на основу одредбе чл. 109. ЗОО. Тврдила је да има директан правни интерес да се утврди ништавост уговора о зајму, јер бу тужени који је зајмодавац по закљученом уговору остварио несразмерну материјалну корист и на тај начин или у целости или у највећем делу онемогућио наплату потраживања тужиле које постоји и утврђено је правноснажном и извршном пресудом. Тужени зајмопримци нису поднели тужбу за утврђење ништавости уговора о зајму као зеленашког уговора из разлога да је зајмодавац искористио њихово тешко материјално стање, а нису у смислу одредбе чл. 141. ст. 3. и 4. ЗОО поставили ни захтев за смањење своје обавезе на правичан износ. Тужила није доказала околност да своје потраживање неће моћи да наплати из имовине тужених. Имајући у виду напред наведени правни став о томе да се треће лице не може позивати на ништавост уговора због мана воље зајмопримца, ако се на то није позвао сам зајмопримац, Апелациони суд у Новом Саду је у том делу одбио тужбени захтев тужиле. - Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 3815/12 од 15.11.2012. године

¹⁰⁹¹ А. Радованов, 2009, 168

¹⁰⁹² Члан 110. ЗОО.

¹⁰⁹³ У том контексту је пресуда Врховног суда Србије посл. Број Рев. 2808/05 од 19.10.2006. године. Суд је у овој пресуди закључио да обавеза туженог према тужили не произлази из уговора о зајму закљученог између тужиле и трећег лица, већ из његовог споразума са тужилом о начину измирења његовог дуга према њој. Тужени је тај начин прихватио слободном вољом, коју је, као такву, изразио и током првостепеног поступка, не доказујући да је она последица његовог стања нужде, тешког материјалног стања, недовољног искуства, лакоумислености или зависности, које је искористила тужила. Врховни суд Србије је био децидан да терет доказивања постојања зеленашког уговора лежи на ономе ко се на њега позива. Како то тужени у досадашњем току поступка није доказао, нити је на то указивао, то не може чинити ни у ревизији, јер се таквим наводима фактички оспорава утврђено чињенично стање, што у ревизијском поступку није дозвољено. - Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2808/05 од 19.10.2006. године

је да се не може очекивати од органа судске власти да воде рачуна о субјективним околностима на страни уговарача док они сами не истакну њихово постојање. Поред тога, нужно је да уговорне стране пруже одговарајуће доказе за своје тврдње о томе да ли је уговор по својој природи зеленашки.¹⁰⁹⁴

Правна последица у виду апсолутне ништавости је за лихварске уговоре била предвиђена у нашем праву и пре доношења ЗОО, са том разликом што је као санкција било прописано само враћање оног што су странке по том уговору примиле.¹⁰⁹⁵

Зеленашки уговор може бити и делимично ништав.¹⁰⁹⁶ То ће бити случај уколико уговор може опстати без ништаве одредбе, односно уколико она није била ни услов ни одлучујућа побуда његовог закључивања.¹⁰⁹⁷ Према томе, основни услов делимичне ништавости јесте да је смањење престације дужника могуће на такав начин и у тој мери да је резултат правично изједначење узајамних престација уговорних страна.¹⁰⁹⁸ Најчешћи пример за делимичну ништавост зеленашког уговора јесте случај када је уговорена камата превисока, али је остатак уговора правно ваљан.¹⁰⁹⁹

¹⁰⁹⁴ Стога је Апелациони суд у Београду у својој пресуди посл. број Гж. 335/18 од 22.3.2018. године оценио да нису основани жалбени наводи туженог да је био принуђен да потпише уговоре о зајму који гласе на износе од по 2.500 евра да би добио далеко мањи износ новца на зајам, те да су уговори о зајму зеленашки правни посао. Наиме, тужени на околност принуде на коју се позива није предложио нити један доказ, нити је у току поступка на било који начин учинио макар вероватним постојање стања нужде, па чињеница да ли је знао или није знао шта потписује нема карактер одлучне чињенице за пресуђење у овој правној ствари. Апелациони суд је нагласио да премда суд по службеној дужности води рачуна о ништавости, то не значи да се било који правни посао може сматрати ништавим, у конкретном случају зеленашким, самим указивањем стране у уговорном односу да му је новац био потребан. Како се из стања у спису и утврђеног чињеничног стања не може се извести закључак да је тужилац искористио стање нужде туженог како би за себе уговорио очигледно несразмерну корист, Апелациони суд је сматрао да уговор у питању не спада у категорију зеленашких. - Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 335/18 од 22.3.2018. године

¹⁰⁹⁵ Љ. Милошевић је стога оновремено правилно истакао дилему да ли је оправдано вратити престацију зеленашу у случају да је уговор извршен, ако се узме у обзир неморална природа уговора. Иако то тадашње законодавство није предвиђало, овај аутор је сматрао да је подобније решење по којем се зеленашева престација одузима у корист државе. – Љ. Милошевић, 1957, 3-4

¹⁰⁹⁶ Члан 141. став 2. ЗОО.

¹⁰⁹⁷ Ово је предвиђено одредбом члана 105. став 1. ЗОО. У нашој правној теорији било је и мишљења да се на зеленашки уговор могу применити одредбе члана 105. став 2. ЗОО којим је предвиђено да ће уговор остати на снази чак и ако је ништава одредба била услов или одлучујућа побуда уговора у случају кад је ништавост установљена управо да би уговор био ослобођен те одредбе и важио без ње. Такав би случај био, примера ради, када је закључен зеленашки уговор о зајму у ком је уговорена недопуштено висока камата, али предметни уговор такође садржи и одредбу по којој се зајмопримац обавезује да ће, уместо камате која је уговорена у недозвољено високом износу, одрадити одређен број дана на пољопривредном газдинству зајмодавца. У складу са претходно наведеним законским одредбама, такав уговор о зајму ће остати на снази а уговорена клаузула о замени недозвољених камата физичким радом ће се сматрати ништавом и поступаће се као да никад није ни била уговорена. Зајмопримац ће бити обавезан да плати камату чија висина је усклађена са постојећим законским прописима који регулишу ту област (Б. Визнер, 1978, 576). Тако је Врховни суд Србије нашао да је ништава одредба уговора о зајму којом се зајмопримац обавезује да, уколико не испуни обавезу у уговореном року (о доспелости), пренесе у власништво зајмодавцу своје непокретности. Међутим, исти суд је потврдио да ништавост ових уговорних одредби не повлачи истовремено ништавост целог уговора о зајму. - Пресуда Врховног суда Србије, Рев.1338/06 од 29.6.2006.године

¹⁰⁹⁸ Ј. Салма, 2007, 376

¹⁰⁹⁹ Тако је став Врховног суда Србије да „правичан износ уговорне камате подразумева камату која је у примереном износу већа од стопе затезне камате, што се може утврдити упоређивањем каматних стопа које су уговарале пословне банке у спорном периоду. Овлашћење суда за умеравање уговорне камате, односно уговорне штете, на правичан износ, заснива се на члану 141. став 3. ЗОО. На основу те одредбе, а

Код зеленашких уговора постоји и значајна разлика у односу на друге ништаве уговоре. Наиме, ЗОО предвиђа да оштећена страна може, у року од 5 година од закључења уговора, да захтева смањење обавезе¹¹⁰⁰ на правичан износ.¹¹⁰¹ У случају да суд том захтеву удовољи, тако измењен уговор остаје на снази.¹¹⁰² Суд ће то учинити увек када је могуће накнадно успоставити вредносну сразмеру узајамних давања.¹¹⁰³ Разлог за овакву одредбу лежи у томе што у појединим случајевима савесна уговорна страна (код зеленашког уговора то је оштећени) може имати интерес да уговор остане на снази и произведе одговарајуће дејство. Пример би био уколико је предмет зеленашког уговора куповина лека који не може да се набави у редовној продаји.¹¹⁰⁴

Оштећени може да процени да је у његовом интересу, или у интересу неке треће особе¹¹⁰⁵ да закључени уговор остане на снази, али коригован тако да се поврати нарушена равнотежа вредности узајамних престација. Ово право је потврђено у судској пракси. Тако је решењем Окружног суда у Чачку, посл.број Гж. 397/02 од 16. априла 2002. године наглашено да када у парници ради повраћаја новца тужени истакне у одговору на тужбу да закључени уговор о зајму између њега и тужиоца има елементе

сагласно начелу ограничења уговорне камате садржаном у члану 399. став 2. ЗОО и начелу једнаке вредности узајамних давања из члана 15. ЗОО, таква камата се мора умерити. Само просечној реалној уговорној камати, суд ће пружити судску заштиту. Не може уживати судску заштиту она камата која тужиоцу доноси несразмерну имовинску корист.“ Овај суд је наведено правно схватање примењивао и у каснијој пракси (Решење Врховног суда Србије, Рев. 201/03 од 11.2.2004. године; Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2530/05 од 14.6.2006. године). Нешто детаљније објашњење поступања судова у оваквим случајевима дато је у решењима Окружног суда у Ваљеву. У њима се, у циљу утврђивања да ли је уговорена каматна стопа несразмерно висока, првостепеном суду налаже да у поновном поступку, прибављањем извештаја од пословних банака или саслушањем финансијског стручњака, провери да ли су пословне банке, у време закључења уговора о зајму одобравале физичким лицима девизне зајмове или девизне кредите са различитом наменом и под којим условима, када је реч о камати. Међутим, у случају да се пословне банке нису бавиле, нити се сада баве овом врстом послова, задатак првостепеног суда је да извиди колико износе каматне стопе на орочену девизну штедњу грађана, са роковима као што је био рок враћања зајма у конкретном случају. Упоредивањем података о висини каматне стопе које буде добио на наведени начин, са уговореном каматом између парничних странака, Окружни суд је сматрао да ће првостепени суд бити у могућности да правилно одговори на наведено спорно питање, од чијег решавања зависи одлука о томе да ли је и у којој мери тужени испунио своје обавезе у погледу враћања дуга (Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. 438/04 од 5.4.2004. године и Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. 759/05 од 16.6.2005. године).

¹¹⁰⁰ Као што видимо, решење је слично као код прекомерног оштећења, с том разликом што код зеленашких уговора иницијатива да се изврши конвалидација уговора мора потећи од оштећеног. – Ј. Салма, 2007, 374

¹¹⁰¹ Примера ради, оштећена страна може да захтева да се уговорна камата смањи на законом прописану каматну стопу. – А. Радованов, 2009, 168

¹¹⁰² Занимљиво је, међутим, да се пре ступања на снагу Закона о облигационим односима у судској пракси зеленашки уговор није могао одржати на снази изједначењем вредности престација. – Према: Ј. Салма, 2007, 374

¹¹⁰³ Пресуда Привредног суда у Пожаревцу, П. 108/15 од 30.11.2015. године

¹¹⁰⁴ Д. Николић, 2017, 361

¹¹⁰⁵ Б. Визнер тако истиче да се оштећена уговорна страна у појединим случајевима одлучује да поднесе захтев да се зеленашки уговор измени тако што ће се њена обавеза смањити на правичан однос, са намером да на тај начин заштити оправдане интересе неке треће уговорне стране, којој је оштећени отуђио ствар коју је примио по основу зеленашког уговора. Лако је схватити да би поништај зеленашког уговора у том случају имао негативне последице по интересе тог трећег лица, јер би оно било у обавези да врати предметну ствар. – Б. Визнер, 1978, 577

зеленашког уговора, онда у смислу члана 141. ст. 3. ЗОО оштећени има право да захтева да се његова обавеза смањи на правичан износ.¹¹⁰⁶

Поменућемо и пресуду Апелационог суда у Новом Саду, посл. број Гж. 1578/14 од 26.6.2014. године. Њоме су потврђене пресуда и допунска пресуда првостепеног суда којим је захтев тужиље за наплату трошкова на име пружања адвокатских услуга одбијен јер, како се наводи, уговор о делу закључен између странака је зеленашки у погледу уговорене исплате 30% износа добијеног по основу капитализиране ренте. Захтев тужиље да јој се исплати проценат од будуће штете, премда јој је отказано пуномоћје, оцењен је као неморалан и неправичан. Наиме, суд је сматрао да је очигледно да је уговор закључен на штету туженог а у корист тужиље, искоришћавањем нужде и тешке материјалне ситуације туженог. Суд је навео да се ради о очигледној несразмери потраживања према врсти и висини учињених услуга о чему је тужила сигурно имала сазнање и свест у време закључења уговора, док тужени исту свест и сазнање није имао. Стога је другостепени суд потврдио одлуку првостепеног суда да је уговор у том делу зеленашки, у складу са чим је првостепени суд правилно удовољио захтеву туженог да се смањи висина обавезе на правичан износ.¹¹⁰⁷

Врховни суд Србије је био децидан да до смањивања обавезе из зеленашког уговора може доћи само на захтев оштећеног. Наиме, у решењу посл. број Рев. 6928/97 од 28.1.1998. године, суд је укинуо пресуде нижестепених судова и вратио предмет на поновно суђење управо јер је примена одредбе става 3. члана 141. Закона о облигационим односима могућа само ако смањење обавезе захтева оштећени. Без његовог захтева поменута одредба се не може применити, о чему нижестепени судови, при првобитном одлучивању, нису водили рачуна.¹¹⁰⁸ Правило о нужности да оштећени у току поступка поднесе захтев за смањење обавезе на правичан износ произлази, између осталог, и из пресуде Вишег трговинског суда посл.број Пж. 4824/09 од 2. децембра 2009. године.¹¹⁰⁹

Након што оштећена уговорна страна поднесе такав захтев, дужност је суда да, имајући у виду све околности конкретног случаја, оцени да ли би евентуални остатак уговора на снази био противан јавном интересу.¹¹¹⁰ Законодавац наглашава да ће се

¹¹⁰⁶ У конкретном случају, пред Општинским судом у Гучи је утврђено да је постигнут договор о зајму у новцу од 5.000 ДМ, као и да је тужени вратио дуг и плаћао камату. Пресудом тог суда је одбијен као неоснован тужбени захтев тужиоца којим је тражено да се туженик обавезе да му на име дуга врати 2.600 ДМ у динарској противвредности. Након благовремено изјављене жалбе, Окружни суд у Чачку је укинуо пресуду Општинског суда и предмет вратио истом суду на поновни поступак и одлуку. У образложењу другостепеног решења је између осталог наведено да првостепени суд није утврдио на поуздан начин ни када је закључен уговор о зајму, нити под којим условима. Није утврђено ни да ли је под неким условима уговор мењан, као ни колико новца је тужилац дао туженом, колико и када је тужени враћао и на име чега, нити каква је камата уговорена између странака и у ком проценту. Другостепени суд је нагласио да првостепени суд није водио рачуна о томе да је тужени још у одговору на тужбу указао на околности да се налази у тешком материјалном стању које је тужилац искористио и са њим закључио зеленашки уговор. Стога је наложио првостепеном суду да у поновном поступку утврди напред наведене одлучне чињенице у овој правној ствари, водећи рачуна и о одредби чл. 141. Закона о облигационим односима. Такође, наложио је првостепеном суду да у поновном поступку води рачуна о томе да у случају закључења зеленашког уговора оштећени има право да захтева да се његова обавеза смањи на правичан износ. - Решење Окружног суда у Чачку, Гж. 397/02 од 16.4.2002.године

¹¹⁰⁷ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 1578/14 од 26.6.2014. године

¹¹⁰⁸ Решење Врховног суда Србије, Рев. 6928/97 од 28.1.1998. године

¹¹⁰⁹ Детаљније видети у образложењу Пресуде Вишег трговинског суда, Пж. 4824/09 од 2.12.2009.године

¹¹¹⁰ К. Тасић, 2012, 360

захтев оштећеног прихватити само „ако је то могуће“, јер узима у обзир да ће у појединим случајевима јавни интерес бити повређен у толикој мери да суд неће моћи да усвоји такав захтев. Пример за такав случај би био уколико закључење конкретног зеленашког уговора представља кривично дело.¹¹¹¹

Чак и ако закључењем предметног уговора није повређен јавни интерес, суд неће по аутоматизму усвојити захтев оштећене стране већ ће приликом одлучивања узети у обзир све околности. Између осталог, суд ће испитати да ли је приватни интерес оштећеног оправдано уважити, какво је било његово понашање приликом закључивања уговора (нарочито ће се ценити то да ли је том приликом слободно изјавио вољу и показао одговарајући степен пажње), те да ли је евентуално постојала разумна алтернатива закључењу конкретног уговора.¹¹¹²

Дакле, на захтев оштећене стране свакако ће се утврдити ништавост уговора, с тим што ће на предлог оштећеног, уколико је у конкретном случају могуће, по усклађивању престација с начелом еквиваленције, важити други уговор између истих странака.¹¹¹³ При томе је нужно да предлог за изједначење престација садржи решење у погледу правичног смањења престације у корист оштећеног, односно искоришћеног лица,¹¹¹⁴ као и да самим уговором није повређен јавни поредак.¹¹¹⁵

Изузетно важно је нагласити да се смањење обавезе оштећеног уговарача ни у ком случају не сме схватити као поравнање или пак неки други вид новације¹¹¹⁶ његове уговорне обавезе. Наиме, ако би се смањење обавезе посматрало као новација, престала би обавеза оштећеног као и сам зеленашки уговор, док би на страни оштећеног настала једна нова обавеза. Самим тим се не би могло говорити о томе да је стари уговор остао на снази, а управо је очување првобитног уговора смисао одредбе члана 141. став 3. којим је ова могућност уведена.¹¹¹⁷ При томе, треба имати у виду да је конвалидација могућа код релативно ништавих уговора, док су зеленашки уговори апсолутно ништави.

У питању је, дакле, својеврстан изузетак од правила по коме код ништавих уговора није дозвољена конвалидација, већ само конверзија.¹¹¹⁸ Чак би се могло рећи да је ова одредба супротна члану 107. ЗОО којим је прописано да ништав уговор не постаје пуноважан ако узрок ништавости накнадно нестане.¹¹¹⁹ Овакво законодавно решење се у правној теорији објашњава двојачко: са једне стране тиме што је зеленашки уговор по много чему специфичан и различит од осталих ништавих уговора, а са друге постојањем тежње у уговорном праву да закључени уговори остану на снази увек кад је то са становишта јавног поретка могуће.¹¹²⁰ Поред тога, истиче се да се таквим решењем поштује воља оштећеног и напомиње се да је уговор у погледу осталих елемената

¹¹¹¹ Ј. Вукосављевић, 2014, 31

¹¹¹² К. Тасић, 2012, 362

¹¹¹³ Б. Антић, 2014, 47

¹¹¹⁴ Ј. Салма, 1979, 376

¹¹¹⁵ У том случају би уговор био апсолутно ништав и конвалидација не би била могућа. - Чланови 103-110. ЗОО.

¹¹¹⁶ Подсетимо, под новацијом се сматра правни институт којим уговарачи гасе постојећу облигацију и стварају нову. Њоме се мења оно што чини идентитет садржине облигације. – Атила Дудаш, *Кауза уговорне обавезе према Закону о облигационим односима Републике Србије*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2010, број 1, 165

¹¹¹⁷ Б. Визнер, 1978, 577

¹¹¹⁸ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 454

¹¹¹⁹ М. Цветковић, 2008, 199

¹¹²⁰ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 454

пуноважан. Њиме се, заправо, накнадно успоставља једнакост узајамних давања уговорних страна.¹¹²¹

Један део домаћих аутора, међутим, управо ову, законом прописану могућност конвалитације види као аргумент за тврдњу да зеленашки уговор није апсолутно ништав, већ спада у „међузону“ рушљивих и ништавих уговора.¹¹²² Они сматрају да је реч о једном новом решењу, које представља спој појединих особина ове две категорије уговора.¹¹²³ На такво схватање наилазимо и у делу судске праксе. Примера ради, Апелациони суд у Новом Саду је сматрао да специфичности у погледу санкције, које представљају знатно одступање од строгих последица апсолутне ништавости, посебно могућност конвалитације уговора и одређени рок застарелости упућују на то да се зеленашки уговор налази у граничном пољу између апсолутне и релативне ништавости.¹¹²⁴

Међутим, постоји једна врло значајна разлика између рушљивих уговора и зеленашког. Наиме, ако рушљив уговор не буде поништен у законом прописаном року, он постаје пуноважан. Са друге стране, евентуални пропуст да се у року од пет година изврши конвалитација зеленашког уговора нема утицаја на његову ништавост. Другим речима, након истека рока од пет година, такав уговор није аутоматски пуноважан, већ је и даље ништав због своје противности императивним и моралним нормама, те јавном поретку.¹¹²⁵ Наведени рок је ипак значајан због тога што његовим протеклом истиче могућност конвалитације зеленашког уговора.

У правној теорији постоје мишљења да је законом прописан рок за конвалитацију превише дугачак. Заступници оваквог становишта сматрају да би било целисходније тренутно важећи рок од 5 година од дана кад је конкретни уговор склопљен заменити краћим једногодишњим или двогодишњим роком, уз постављање могућности његовог продужења путем предвиђања одредбе „а најдуже до истека рока за застару кривичног гоњења зеленашког уговора као кривичног дела.“ Слично решење је, наиме, било предвиђено у Скици за законик о облигацијама и уговорима, са тим што је јединствен једногодишњи рок застаре био предвиђен и за случај поништења зеленашког уговора и за смањење обавезе.

Други пак истичу да се конвалитацијом уговора зеленашу заправо намеће уговор какав не би склопио у време његовог закључења.¹¹²⁶ Међутим, напоменућемо да зеленаш нема обавезу да прихвати конвалитацију уговора, те нам се чини да овај аргумент није валидан.

Када је реч о правним последицама закључивања ове врсте уговора и у страним законодавствима постоје различита решења – док су творци немачког, аустријског и италијанског Грађанског законика прихватили концепцију о апсолутној ништавости зеленашког уговора,¹¹²⁷ у швајцарском Законику о облигацијама овај уговор спада у рушљиве правне послове.¹¹²⁸

¹¹²¹ М. Цветковић, 2008, 199

¹¹²² Ј. Вукосављевић, 2014, 30; О. Антић, 2012, 413

¹¹²³ М. Перовић, 2013, 715

¹¹²⁴ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 3815/12 од 15.11.2012. године

¹¹²⁵ К. Тасић, 2012, 361

¹¹²⁶ М. Цветковић, 2008, 200

¹¹²⁷ О. Антић, 2012, 412

¹¹²⁸ Ј. Вукосављевић, 2014, 26

6.5. ТИПОВИ ЗЕЛЕНАШКОГ УГОВОРА

Постоје различити типови зеленашких уговора. Овом приликом ми ћемо поменути само најраспрострањеније. Врло чест облик зеленашког уговора је тзв. „кредитно зеленашење“, код ког је зеленаш искоришћеном лицу дао неповољан кредит или одложио испуњење уговора.¹¹²⁹ Шта ће се сматрати неповољним кредитом, суд цени у сваком појединачном случају.¹¹³⁰

У пракси се такође често појављује тзв. „прикривени зеленашки уговор“ код ког се закључује неки други уговор, најчешће о закупу, а обавеза дужника из тог уговора је толико несразмерно висока да је заправо реч о зеленашком уговору.¹¹³¹

Слично важи и за случај када је закључен уговор о зајму у ком је уговорена камата знатно виша од оне коју закон дозвољава. Поред тога, у литератури се помињу и

¹¹²⁹ J. Салма, 1979, 377

¹¹³⁰ У овом погледу став је Врховног суда Србије да није зеленашки уговор такав уговор о кредиту који је закључен под условом да се главница ревалоризује са порастом цена на мало и обезбеди од инфлаторних кретања (Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 535/95 од 10.1.1996. године). Слично, Виши трговински суд је у пресуди посл. број Пж. 10482/05 од 10.3.2006. године одлучио да није зеленашки Уговор о краткорочном кредиту закључен између банке као даваоца кредита и правног лица као корисника кредита којим је уговорено право банке да на износ одобреног кредита наплати камату, накнаду за послове обраде и реализације захтева за одобрење кредита, продужење рока отплате, контролу коришћења кредита, порез на промет, ревалоризацију у складу са актима пословне политике банке. Нарочито је интересантно образложење ове пресуде по коме ”да би уговор био ништав сагласно одредби из чл. 141. ст. 1. ЗОО потребно је да поред тешког материјалног положаја неког лица, то лице буде недовољно искусно, лакомислено или зависно у односу према лицу које користи његову ситуацију ради остваривања користи уговарањем узајамних давања у очигледној несразмери. Међутим, у конкретној ситуацији, то не може бити случај, с обзиром на то да је тужени правно лице и као такав не може се легитимисати као недовољно искусан или лакомислен у односу према тужиоцу. Тежак материјални положај туженог могао је бити само мотив туженог за закључење Уговора о краткорочном кредиту са тужиоцем, јер је на тај начин могао себи да обезбеди у датом тренутку неопходна новчана средства, а овај мотив не утиче на пуноважност закључених уговора.” (Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 10482/05 од 10.3.2006. године)

¹¹³¹ Такав пример налазимо у решењу Врховног суда Србије, Рев. 1813/99 од 26.5.1999. године. Реч је била о преображају уговора о зајму у уговор о купопродаји у коме енормно укамаћен износ зајма фигурира као цена. Врховни суд Србије је био јасан, доневши одлуку да се код оваквог уговора одредбе о зеленашком уговору примењују с обзиром на целину односа а не само с обзиром на закључени купопродајни уговор. Наиме, парничне странке су у децембру 1995. године закључиле уговор о зајму. Тим уговором тужени је позајмио тужиоцима 60.000,00 динара, са каматом од 120% годишње а тужиоци су се обавезали да врате 78.000,00 динара до 20. марта 1996. године. Уговором је предвиђена казнена камата за сваки дан закашњења од 2%. Пошто тужиоци нису на време вратили дуговани износ, странке су 21. јуна 1996. године закључиле купопродајни уговор по коме је тужени купио од тужилаца стамбену зграду са правом коришћења парцеле на којој је саграђена за цену од 78.000,00 динара, колико је износио увећани износ обавезе враћања зајма. Тужбом је захтеван поништај тог уговора, док је противтужбом тражено да се исти изврши. Све претходно изнето представљало је чињенични основ тужбеног захтева да се поништи купопродајни уговор. Како ни првостепени ни другостепени суд нису имали у виду одредбе ЗОО о зеленашком уговору, Врховни суд Србије је укинуо обе одлуке и вратио предмет на поновно одлучивање. Навео је да правилна примена материјалног права изискује да првостепени суд у поновном поступку разјасни све околности важне за примену члана 141. Закона о облигационим односима, имајући у виду целину односа који одређује чињенични основ тужбеног захтева а не само купопродајни уговор. Врховни суд је сматрао да се важност тог уговора не може процењивати независно од претходно закљученог уговора о зајму, те да та два уговора чине целину укупних односа релевантних за одлучивање у овој парници. Морало се имати у виду да су они су настали преображајем зајма у купопродају, односно увећаног позајмљеног износа у цену. - Решење Врховног суда Србије, Рев. 1813/99 од 26. 5. 1999. године

зеленашки уговори у области куповине пољопривредних производа, као и други у области промета робе и услуга.¹¹³²

6.6. ОДНОС ИЗМЕЂУ ИНСТИТУТА ЗЕЛЕНАШКОГ УГОВОРА И ИНСТИТУТА ПРЕКОМЕРНОГ ОШТЕЋЕЊА

Када је реч о односу између ова два института, правни системи би се грубо могли поделити у две велике групе. У прву групу спадају они правни системи у којима се сматра да је институт прекомерног оштећења заправо обухваћен институтом зеленашког уговора и да нема потребе за његовим засебним регулисањем. У другу групу спадају правни системи у којима се прекомерно оштећење и зеленашки уговор посматрају као два одвојена правна института и одвојено се регулишу. Ми ћемо изложити аргументацију и за једну и за другу теорију, уз примере како су оне реализоване у законодавству појединих земаља из обе групе.

6.6.1. Аргументи за став по коме је прекомерно оштећење институт обухваћен забраном зеленашких уговора

Један део европских правних система не познаје институт прекомерног оштећења. Образложење лежи у прихватању теорије по којој се забраном зеленашких уговора одстрањује могућност повреде принципа еквиваленције, због чега је прекомерно оштећење непотребно¹¹³³ као средство којим се такође исправља неправичност до које долази услед очигледне несразмере у међусобним престацијама.¹¹³⁴ У оба случаја реч је о довођењу у равнотежу поремећене каузе.¹¹³⁵ По овом схватању, институтом забране зеленашких уговора је у потпуности обухваћен институт лезије.¹¹³⁶

Другим речима, теорија и пракса у тим државама лезионе уговоре посматрају као врсту зеленашких уговора. Самим тим, у правним системима који прихватају овакво становиште, сматра се да се правним регулисањем зеленашких уговора сасвим ефикасно штити начело еквиваленције¹¹³⁷ и спречава његова повреда у виду евидентне диспропорције узајамних давања странака, те да је прекомерно оштећење из тог разлога сувишан,¹¹³⁸ па и застарео правни инструмент.¹¹³⁹

Један од најранијих примера таквог законодавног приступа налазимо у немачком Грађанском законнику. Члан 138. немачке грађанске кодификације прописује да оштећени уговарач може да захтева раскид уговора уколико су кумулативно испуњена два услова: први, да постоји очигледна несразмера узајамних давања, и други, да је до те несразмере

¹¹³² Ј. Салма, 1979, 378

¹¹³³ Б. Лоза, 1970, 42

¹¹³⁴ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 452

¹¹³⁵ О. Антић, 2012, 408

¹¹³⁶ Б. Лоза, 2000, 145

¹¹³⁷ Р. Тричковић, 1964, 21

¹¹³⁸ С. Перовић, 1995, 281

¹¹³⁹ Б. Лоза, 1970, 42

дошло искоришћавањем невоља, сиромаштва, беде, неискуства, недостатка способности за расуђивање или знатно ослабљене воље тим уговором оштећене уговорне стране.¹¹⁴⁰

Законици у којима прекомерно оштећење није засебно регулисано су, *inter alia*, швајцарски Законик о облигацијама, италијански Грађански законик,¹¹⁴¹ Грађански законик РСФСР, пољски Грађански законик.¹¹⁴²

Евидентно је да постоје бројне сличности између института зеленашког уговора и прекомерног оштећења. Наиме, поред тога што се примењују на двострано теретне уговоре, са циљем да се на тај начин заштити једнака вредност узајамних давања, заједничко им је и то што се првенствено препознају по очигледној несразмери узајамних давања.¹¹⁴³ Такође, ниједан од ова два института се не примењује у случају јавне продаје.¹¹⁴⁴ Да ли су ове сличности довољне да се прихвати становиште по ком су лезионарни уговори само једна подврста лихварских, у правној теорији је спорно.

6.6.2. Аргументи за став по коме је нужно засебно регулисање института прекомерног оштећења и института зеленашког уговора

Упркос сличностима између института лезије и зеленашког уговора које се пре свега односе на домен примене (оба института се примењују код двостранообавезних теретних уговора)¹¹⁴⁵ и постојање објективног елемента у виду постојања очигледне несразмере узајамних престација,¹¹⁴⁶ наша теорија, предвођена проф. Константиновићем, заузела је став да је Закоником о облигацијама нужно регулисати обе установе. Наиме, сматра се да се само на тај начин може пружити потпуна афирмација начела еквивалентности и потпуна заштита оштећене уговорне стране.¹¹⁴⁷

Образложење таквог гледишта лежи у томе што код зеленашких уговора поред очигледне несразмере узајамних давања, која је такође конститутивни елемент института прекомерног оштећења, постоји и додатни елемент у виду коришћења лакомислености, недовољног искуства, тешког имовинског стања, зависности или неке друге сличне околности са циљем да се прибави за себе или треће лице управо та, несразмерна имовинска корист.¹¹⁴⁸ Другим речима, како би постојао зеленашки уговор нужно је да је у време склапања уговора зеленаш знао за неповољне околности и критичне ситуације у којима се његов саговорач нашао, те да је имао намеру да користећи те околности склопи уговор у своју корист, а на штету свог саговорача.¹¹⁴⁹

¹¹⁴⁰ Према: М. Сич, 2006, 218

¹¹⁴¹ Према: Р. Тричковић, 1964, 21

¹¹⁴² С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 452

¹¹⁴³ И. Бабић, 2001, 470

¹¹⁴⁴ Док ЗОО изричито прописује да се прекомерно оштећење не примењује у случају јавне продаје (члан 139. став 5. ЗОО), Врховни суд Србије је у својој пресуди посл. број Рев. 1448/07 од 29.8.2007. године био дедиан у погледу тога да нема зеленашког уговора када је претходно предмет продаје био изложен јавној продаји прикупљањем понуда и одлуком надлежног органа прихваћена понуда купца. - Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1448/07 од 29.8.2007. године

¹¹⁴⁵ А. Радованов, 2009, 168

¹¹⁴⁶ Д. Николић, 2017, 364

¹¹⁴⁷ Ј. Салма, 1975, 14

¹¹⁴⁸ Б. Лоза, 2000, 145

¹¹⁴⁹ Б. Визнер, 1978, 573

Код прекомерног оштећења, пак, таква намера не постоји. У оним правним системима који прихватају искључиво објективну концепцију лезије, за њено постојање је довољно да постоји очигледна несразмера узајамних давања. У законодавствима који прихватају било субјективну било мешовиту концепцију, а у које спада и наше, субјективан елемент овог института се огледа у томе да оштећена уговорна страна није знала да је равнотежа узајамних давања озбиљно нарушена, односно није била свесна вредности ствари у моменту када је уговор закључен.¹¹⁵⁰ Код прекомерног оштећења постоји или заблуда оштећене стране, или је она преварена, док код зеленашког уговора тих елемената нема.¹¹⁵¹

Стога домаћи аутори истичу да је узрок који је довео до несразмере чинидби озбиљнији код зеленашког уговора и, са становишта јавног права, неморалан, па такав уговор не може да произведе никакво правно дејство. Насупрот томе, код уговора са прекомерним оштећењем еквивалентност је нарушена због незнања оштећеног за праву вредност чинидаба чега, најчешће, друга страна није ни свесна,¹¹⁵² па се не може говорити о намерном стицању предности уговарањем повољнијих услова за себе, као код зеленашког уговора.¹¹⁵³

У складу са тим, Б. Визнер истиче да се разликовање ова два правна института заправо и своди на субјективне услове, али да „управо овај субјективни критеријум има толико правно релевантно значење да оно у сваком погледу оправдава потребу међусобног разликовања, односно постојања и одвојеног нормирања ова два правна института”.¹¹⁵⁴ Поред тога, постојање субјективног елемента зеленашког уговора је теже доказиво, те је то додатни аргумент одвојеног регулисања ова два инструмента, нарочито у оним правним системима који прихватају чисто објективну концепцију прекомерног оштећења.¹¹⁵⁵

Занимљиво је да се, до ступања Закона о облигационим односима на снагу, разлика између прекомерног оштећења и зеленашког уговора испољавала и у објективном елементу. Наиме, док је код прекомерног оштећења објективан елемент био изражен математички и егзактно, код зеленашког уговора се примењивао еластичан стандард „очигледна несразмера”.¹¹⁵⁶ Међутим, у Закону о облигационим односима је прихваћен метод еластичног стандарда утврђивања вредности престација и код лезионих уговора, те је та разлика између ова два правна средства заштите начела еквиваленције узајамних престација нестала.¹¹⁵⁷

У складу са наведеним, јасно је и да се поље и услови примене ова два правна инструмента не морају увек поклапати.¹¹⁵⁸ Како то објашњава Б. Лоза: ”једно другог не искључује, него се само допуњују”.¹¹⁵⁹ Стога је оправдано њихово истовремено постојање у једном правном систему.

¹¹⁵⁰ М. Перовић, 2013, 725

¹¹⁵¹ А. Радованов, 2009, 168

¹¹⁵² Код прекомерног оштећења заблуда о правој вредности престација може да постоји било код једне, било код обе стране. – Ј. Салма, 1979, 374

¹¹⁵³ Ивана Симоновић, *Реституција у грађанском праву – домашај примене*, Ниш, 2012, 124

¹¹⁵⁴ Б. Визнер, 1978, 572

¹¹⁵⁵ Б. Лоза, 1970, 43

¹¹⁵⁶ Р. Тричковић, 1964, 21

¹¹⁵⁷ Ј. Салма, 1979, 377

¹¹⁵⁸ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 452 и Б. Лоза, 2000, 145

¹¹⁵⁹ Б. Лоза, 1970, 43

Поред тога, њихове правне последице се разликују.¹¹⁶⁰ Институт прекомерног оштећења се у свом субјективном концепту приближава институту мане воље,¹¹⁶¹ те „повлачи“ санкцију у виду рушљивости. Насупрот томе, зеленашки уговор због противзаконитог и злонамерног понашања зеленаша спада у ред посебно санкционисаних, забрањених уговора за које је предвиђена и посебна санкција у виду апсолутне ништавости.¹¹⁶² Као последица тога се јављају различита правна дејства. Како то духовито објашњава Д. Николић: ”Зеленашки уговор не важи, али може да важи, док уговор код кога постоји прекомерно оштећење важи, а може да не важи.”¹¹⁶³

Доиста, чини се да правна логика упућује на то да би правне последице, односно правни режим, обе групе уговора требало да буде исти. Уколико посматрамо чињеницу да и једна и друга врста уговора нарушавају начело еквивалентности узајамних давања, а да је његова обавезност успостављена императивном нормом, било би сасвим оправдано да је њихова правна последица апсолутна ништавост. Уколико пак узмемо у обзир да се и једна и друга врста уговора могу накнадно конвалидирати, могли би се сврстати у рушљиве правне послове.¹¹⁶⁴ Међутим, законодавац је предвидео другачије, имајући пре свега у виду субјективну компоненту зеленашких уговора и чињеницу да они представљају озбиљнију и вишеструку повреду јавних интереса.

У складу са тим, о ништавости зеленашких уговора се води рачуна по службеној дужности, док се лезиони уговори могу поништити само на захтев заинтересоване стране и то у законом одређеном, преклузивном року.¹¹⁶⁵

Став о засебном регулисању лезионих и зеленашких уговора је прихватио и српски законодавац,¹¹⁶⁶ по нашем мишљењу с пуним правом, јер су у питању два различита и јасно одвојена правна института.¹¹⁶⁷

¹¹⁶⁰ А. Радованов, 2009, 169

¹¹⁶¹ Ј. Салма, 1979, 374

¹¹⁶² М. Сич, 2006, 219

¹¹⁶³ Д. Николић, 2017, 364

¹¹⁶⁴ *Ibidem.*

¹¹⁶⁵ Ј. Вукосављевић, 2014, 3

¹¹⁶⁶ Како то објашњава аутор Б. Лоза: „Иако је Закон предвидео институт ”зеленашки уговор“, прихватио је и институт ”прекомерно оштећење“, с обзиром да га је пракса већ користила, а теорија подржавала.“ – Б. Лоза, 2000, 14

¹¹⁶⁷ Већ смо поменули да је бразилска кодификација грађанског права била једна од првих које су предвиђале правила о лезији. Тако и тренутно важећи Грађански законик у Бразилу, који је ступио на снагу 2002. године, садржи одредбе о прекомерно оштећењу у члану 157. Наведеним чланом је прописано да прекомерно оштећење постоји када се уговарач, услед стања нужде или неискуства, уговорно обавезе да испуни престацију која је очигледно несразмерна престацији друге уговорне стране. Несразмера давања се утврђује према њиховој вредности у време закључивања уговора. Уговор ће се одржати на снази уколико се понуди допуна до праве вредности, или ако страна која је стекла корист пристане на то да се иста смањи на правичан износ (planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, приступила 4.2.2016. године). Овакво законско решење је интересантно из више разлога. Најпре, евидентно је да бразилско право спада у ред оних који лезионе уговоре посматрају као подврсту зеленашких уговора. Стога је и субјективни елемент лезије формулисан тако да обухвата неке од субјективних елемената који постоје на страни оштећеног у зеленашким уговорима. Интересантно питање би било због чега се бразилски законодавац определио да као субјективне околности које су подстакле оштећеног уговарача да закључи уговор наведе само нужду и неискуство. Вероватно је на снази схватање по коме се остале субјективне околности могу подвести под ова два појма, или је пак реч о субјективним условима на страни оштећеног који су најчешћи у пракси. Ипак, значајно је то што се законодавац определио да лезију регулише као засебан институт, не захтевајући постојање намере искоришћавања неповољних околности оштећеног од стране његовог сауговарача. Други став члана 157. бразилске кодификације је само потврда правила прихваћеног у већини правних система који познају правни инструмент прекомерног оштећења.

С обзиром на велики утицај који је аустријски Грађански законик несумњиво имао на српско уговорно право, напоменућемо да су и у овом законуку зеленашки уговори регулисани чланом 879. законика, а прекомерно оштећење чланом 934.¹¹⁶⁸ Заједнички елеменат оба института, њихов појмовни елеменат, јесте очигледна несразмера узајамних давања уговорних страна. Ипак, постоје и разлике које оправдавају њихово одвојено регулисање. Док код зеленашких уговора постоји значајна мана приликом формирања воље, код прекомерног оштећења се акценат ставља управо на објективно велику диспропорцију престација уговорних страна. Таква диспропорција се сматра да постоји уколико давања једне стране не досежу ни половину вредности давања њеног сауговарача.¹¹⁶⁹ Управо то непостојање субјективног елемента и стављање акцента искључиво на објективне критеријуме утврђивања постојања очигледне несразмере узајамних давања јесте главни аргумент важности одвојеног регулисања наведених правних института.

Закључак који се намеће анализом ставова како наше, тако и иностране теорије али и легислатуре у овом погледу јесте да се између института прекомерног оштећења и забране закључивања зеленашких уговора не може ставити знак једнакости. Упркос постојању очигледне несразмере као појмовног елемента оба института, те чињенице да је реч о институтима који се примењују на двострано обавезне уговоре, сматрамо да има довољно разлика (поменули смо их већ, и разложили у претходном тексту, па сматрамо да нема потребе да их поново таксативно наводимо) које говоре о нужности њиховог засебног регулисања. Просто, не могу се сви случајеви прекомерног оштећења подвести под случајеве примене забране зеленашких уговора. Такође, њихове правне последице су различите. Стога се може прихватити став Б. Лозе који једноставно констатује: ”Боље је имати, у крајњој линији, двоструку могућност заштите принципа еквивалентне размене, него оставити једног од уговарача без заштите, па и у малом броју случајева”.¹¹⁷⁰ Сматрамо да је такав став, који је заузео уосталом и српски законодавац, потпуно оправдан.

Напоследку, анализом трећег става наведене одредбе долази се до закључка да је, као и у српском праву, суд обавезан да уговор одржи на снази уколико се понуди допуна до правичне цене, или смањивање користи коју је једна страна имала на износ који је правичан.

У питању је једно мешовито решење којим се узимају у обзир извесне сличности које постоје између института прекомерног оштећења и института зеленашког уговора, али се између њих не ставља знак једнакости. Овако формулисано одредбом уважена је најевидентнија разлика између ових правних инструмената, која се огледа у намери зеленаша да субјективне услове који постоје код сауговарача искористи како би на основу уговора остварио несразмерно велику имовинску корист. Међутим, показан је и значајан обзир према очувању уговора на снази, као и поступању у складу са начелом правичности. Самим тим, као и у српском праву, предвиђена је санкција у виду рушљивости, али и могућност да се уговор не поништи, уколико се вредности престације накнадно изједначе одговарајућим поступањем странака.

¹¹⁶⁸ Видети детаљније: Р. Bydlinski, Р. Apathy, 2010, 1046

¹¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹¹⁷⁰ Б. Лоза, 2000, 145

7. ОЧИГЛЕДНА НЕСРАЗМЕРА КАО ОБЈЕКТИВНИ ЕЛЕМЕНАТ ПОЈМА ЗЕЛЕНАШКОГ УГОВОРА

7.1. ПОЈАМ ОЧИГЛЕДНЕ НЕСРАЗМЕРЕ ВРЕДНОСТИ ПРЕСТАЦИЈА КОД ЗЕЛЕНАШКИХ УГОВОРА

Очигледна несразмера узајамних давања је у српском праву предвиђена као објективан елемент постојања зеленашких уговора. Још прецизније, наш законодавац користи термин „корист која је у очигледној несразмери са оним што је један уговарач другом дао или учинио, или се обавезао дати или учинити.“¹¹⁷¹

У појединим правним системима се уместо правног стандарда „очигледна несразмера“ користи термин „несразмерна корист“. У нашој старијој литератури се поред ова два термина помиње и ”прекомерна штета” коју искоришћена уговорна страна трпи.¹¹⁷²

У новијој правној теорији превладава схватање по коме је „несразмерна корист“ шири појам, који подразумева не само корист за једну уговорну страну у виду очигледне несразмере оног што је она дала или учинила, или обећала да ће дати односно учинити, већ и корист у виду неке друге погодности којом се знатно нарушава имовинска равнотежа у уговору.¹¹⁷³

Међутим, наведено разликовање је више теоријске природе, јер су судови у пракси изједначавали ова два правна стандарда, користећи идентичне критеријуме за утврђивање њиховог постојања.¹¹⁷⁴

Швајцарски федерални суд је дефинисао очигледну несразмеру узајамних давања уговорних страна која мора постојати код зеленашких уговора као ”неравнотежу која упада у очи”.¹¹⁷⁵

У домаћој теорији се очигледна несразмера код зеленашких уговора дефинише као „прекомерно, еномно примање противвредности од искоришћеног суконтрахента у односу на оно што му зеленаш по основу уговора даје или учини.“¹¹⁷⁶

Опредељење за правни стандард који на један апстрактни начин изражава повреду начела једнакости узајамних давања има позитивну страну у виду ширине примене и негативну страну у виду ”одрешених руку” које се судијама на тај начин дају. Насупрот томе, тзв. математичка формулација која предвиђа конкретна мерила и проценат оштећења неопходних за постојање зеленашког уговора. Ипак, њеном применом се пружа мања заштита како интереса оштећене уговорне стране, тако и целог друштва.¹¹⁷⁷

¹¹⁷¹ Члан 141. став 1. ЗОО.

¹¹⁷² Љ. Милошевић, 1957, 34

¹¹⁷³ А. Menyhard, 2003, 308

¹¹⁷⁴ *Ibidem.*

¹¹⁷⁵ Према: F. Taisch, 1992, 531

¹¹⁷⁶ Б. Визнер, 1978, 569

¹¹⁷⁷ Љ. Милошевић, 1957, 35

У новије време је, како у правној теорији, тако и у судској пракси, приметан став да очигледна несразмера код зеленашког уговора може да буде испољена не само као повреда начела еквиваленције, већ и као повреда начела савесности и поштења, уколико се уговоре и казнене одредбе, уговорна казна, право откупа, или ако су у питању привидни уговори или *lex commissoria*.¹¹⁷⁸ Такође, овим уговорима се вређа правичност.¹¹⁷⁹

Поставља се питање шта овај правни стандард суштински подразумева. У нашем законодавству је чланом 4, те чланом 399. став 1. прописана највиша дозвољена уговорна камата,¹¹⁸⁰ а сличан приступ је заузет и у бројним другим правима.¹¹⁸¹ Међутим, уговарање превисоке камате је само један вид зеленашке уговорне праксе и њиме нису обухваћени сви случајеви који се могу подвести под правила о измени или поништају уговора због његове лихварске и самим тим забрањене природе. Примера ради, зеленашки уговор може бити уговор о купопродаји са превисоком или прениском ценом, уговор о закупу са превисоком закупнином, уговор о раду са прениском накнадом, те уговор о ортаклуку са превисоком уговореном добити.

Поједини аутори су покушали да анализом судске праксе дођу до извесних оквирних мерила диспропорције међу престацијама уговорних страна. Тако, примера ради, Мењхард наводи да је најнижи степен диспропорције на који је наишао током проучавања праксе мађарских судова, а који је сматран „очигледном несразмером“ давања уговорних страна разлика од 24% између вредности престације и контрапрестације.¹¹⁸²

Швајцарски федерални суд је сматрао да увећање цене производа од шездесет процената представља прекомерно оштећење. Исти закључак се односио на плаћање 100 швајцарских франака по сату давне 1962. године за обављање посла који не захтева посебне вештине нити квалификације.¹¹⁸³

Неспорно је да закључци до којих се долази упоређивањем праксе судова различитих инстанци, па и у различитим државама и напослетку правним системима, могу послужити као добар путоказ, те на тај начин допринети и уједначавању судске праксе што би водило и подизању правне сигурности на виши и завиднији ниво. Међутим, морамо напоменути да је извесно да би у случају да се прихвати одређени, јасно утврђен, проценат диспропорције као гранично мерило зона примене зеленашких уговора била неоправдано сужена, и то из истих разлога које смо навели када је била реч о објективном критеријуму одређивања дозвољеног одступања вредности престација код института прекомерног оштећења.

Стога је и у нашем праву прихваћено да „код процене очигледне несразмере суд није сведен на неки унапред припремљен механизам, већ он има дужност да узимајући у обзир све чињенице конкретног случаја оцени да ли је диспропорција узајамних давања таква да флагрантно нарушава начело једнаке вредности давања и да стога представља очигледну несразмеру.“¹¹⁸⁴ Дакле, као и код института прекомерног оштећења,

¹¹⁷⁸ Видети пресуду Основног суда у Сомбору, П. 1034/12 од 3.9.2013. године, као и пресуду Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 4670/13 од 18.9.2014. године.

¹¹⁷⁹ Љ. Милошевић, 1957, 35

¹¹⁸⁰ Ј. Вукосављевић, 2014, 5

¹¹⁸¹ Према: Н. Радоњић, 1981, 27

¹¹⁸² А. Менухард, 2003, 309

¹¹⁸³ Према: Ф. Тaisch, 1992, 531

¹¹⁸⁴ С. Перовић, 1995, 282

законодавац се није определио за математички метод утврђивања престације, већ за метод еластичног стандарда.

Уз то, како смо већ навели, чак се ни у судској пракси нису искристалисали процентуални критеријуми за границе очигледне несразмере узајамних давања. Један од разлога је већ истакнута опасност од неоправданог сужења поља примене института лихварских уговора. Међутим, једнако важан разлог лежи у томе што код уговора велике вредности процентуално нижи проценат несразмере прекомерног оштећења може да доведе до велике стварне вредности оштећења једне уговорне стране, а код уговора чији је предмет ниже вредности и висок проценат несразмере може да буде занемарљив у смислу његове тржишне вредности.

Оно што је при утврђивању очигледне несразмере у нашој теорији учињено неспорним јесте правило по ком незнатна одступања у вредности међусобних престација уговорних страна нису довољна за квалификацију уговора као зеленашког.¹¹⁸⁵ Потребно је да је реч о несразмери узајамних давања која је толика да је неправичност остајања таквог уговора на снази довољан разлог за примену строге санкције ништавости зеленашког уговора.

7.2. МЕТОД УТВРЂИВАЊА НЕСРАЗМЕРЕ ВРЕДНОСТИ ПРЕСТАЦИЈА КОД ЛИХВАРСКОГ УГОВОРА

Када смо говорили о очигледној несразмери као објективном елементу правног института прекомерног оштећења, нагласили смо да је реч о правном стандарду који је преузет из института зеленашког уговора.¹¹⁸⁶

Када је за утврђивање несразмере узајамних престација код прекомерног оштећења коришћен математички метод, једна од основних разлика између лезионарних и лихварских уговора била је управо о томе што је код зеленашких уговора за установљавање несразмере узајамних престација коришћен еластични метод.

Опредељење за један тако флексибилан метод утврђивања несразмере вредности међусобних давања уговорних страна било је мотивисано врло широким спектром уговорних односа који се могу сврстати под појам зеленашког уговора. Суштина забране закључивања лихварских уговора се сводила управо на то да се спречи да се на ма који начин искористи нечији тежак положај или пак неискуство, лакомисленост или други субјективни елемент тог типа како би се закључио уговор којим се стиче превелика и неправична корист.

Управо због тога што се зеленашка природа уговора може исказати уговарањем различитих клаузула и код разних врста уговора, било је нужно да се објективни елемент овог института постави тако да је објективно утврдив, али довољно еластичан да под

¹¹⁸⁵ Ж. Ђорђевић, 1958, 6

¹¹⁸⁶ Већина правних система се опредељује за овакву, еластичну поставку очигледне несразмере код зеленашких уговора. Ипак, било је и изузетака од овог правила – на пример, у члану 1828. италијанског Грађанског законика из 1942. године предвиђено је да је за постојање лихварског уговора потребно да оштећење прелази половину вредности обећаног давања. – Према: Љ. Милошевић, 1957, 35

њега могу да се подведу сви појединачни случајеви који спадају у поље примене тог правног инструмента.

Приликом утврђивања да ли се позивањем на правила о лихварском уговору у конкретном случају може захтевати доношење деклараторне пресуде којом се утврђује ништавост уговора, односно модификација одговарајућих уговорних одредби, суд је дужан да узме у обзир све околности случаја, а нарочито вредност уговорних обавеза уговорних страна у време када је предметни уговор закључен.¹¹⁸⁷

Премда одредбама члана 141. ЗОО којим је регулисан институт зеленашког уговора, за разлику од одредби члана 139. став 1. истог закона којим је регулисано прекомерно оштећење, није децидно прописано да се узима у обзир вредност престација уговорних страна у време склапања уговора, сама суштина зеленашког уговора нас наводи на овај закључак.¹¹⁸⁸

Наиме, бит овог уговора и лежи у томе да је оштећени уговарач свестан вредности свог уговорног давања односно чинидбе, као и вредности давања или чинидбе друге уговорне стране и свестан је да ће његов сауговарач на основу уговора стећи корист која је очигледно несразмерна његовој престацији, али приступа закључењу предметног уговора јер постоје одређене субјективне околности које га на то подстичу.

При томе је, дакле, нужно, а и у складу са логиком ствари, да у време закључења уговора постоји таква евидентна диспропорција међусобних давања која представља кршење начела еквивалентности. У супротном, уколико несразмера узајамних престација не би постојала у време закључења уговора, већ само могућност да до ње некад у будућности евентуално дође, тешко би било аргументовати забрањеност и неморалност наведеног уговора, као и оштре санкције за његово закључење предвиђене законом.

Питање које је у овом контексту такође врло интересантно јесте да ли је очигледна несразмера исто вреднована код прекомерног оштећења и код зеленашког уговора. Наиме, ако узмемо у обзир постојање неких других, тежих елемената који зеленашки правни посао чине неморалним, долазимо до закључка да се код зеленашког уговора „очигледна несразмера“ може и треба тумачити према нижим критеријумима. Иако то зависи од околности конкретног случаја, чини нам се да можемо начелно рећи да није неопходно да у питању буде „оштећење преко половине“, већ да постоји таква несразмера која зеленашу омогућава прекомерну корист, а оштећеном наноси прекомерну штету.

¹¹⁸⁷ Овакво решење постоји и у швајцарском праву. Суд узима у обзир објективну вредност престације уговорних страна, али истовремено и остале околности случаја – попут променљивости цена на тржишту, алокације ризика, као и посебности уговора у питању у виду секундарних обавеза или ограничења уговорне одговорности. – Према: F. Taisch, 1992, 531

¹¹⁸⁸ Љ. Милошевић, 1982, 94

7.3. КРИТЕРИЈУМИ ОДРЕЂИВАЊА ВРЕДНОСТИ ПРЕСТАЦИЈА КОД ЗЕЛЕНАШКИХ УГОВОРА

Већ смо навели да се применом субјективног критеријума¹¹⁸⁹ нарушава начело равноправности странака,¹¹⁹⁰ као и да би ако би се прихватио овај критеријум постојала опасност од злоупотребе конкретног инструмента заштите начела еквивалентности. С обзиром на забрањеност уговарања зеленашких уговора и могућност да се под одређеним условима због тога чак и кривично одговара, последице злоупотреба од стране уговарача код овог института би биле још теже и озбиљније него што је то случај код прекомерног оштећења. Под злоупотребама сматрамо ситуације када би се дозволило да зеленаш који је по природи ствари несавесна уговорна страна одређује вредност своје престације у зеленашком уговору према свом наводном субјективном осећају исте.

У једнакој мери као оцењивање на основу процене вредности међусобних давања коју врше сами уговарачи неприхватљиво је и да се вредност престација утврђује слободном судском проценом. Суд је везан мишљењем стручних лица одговарајуће струке, и изузетно ретко се одступа од овог правила.

Како би се предупредиле негативне последице примене субјективних критеријума, али и да би се поступало у складу са начелима равноправности странака и правичности,¹¹⁹¹ код зеленашких уговора, као и код прекомерног оштећења, прихваћен је објективни критеријум утврђивања вредности престација странака, у складу са којим се процена врши на основу јединственог и егзактног стандарда.¹¹⁹² При томе се узимају у обзир како узајамне обавезе у виду чинидбе и противчинидбе,¹¹⁹³ тако и споредна права (попут права преображавања) и обавезе (попут обавезе узајамне обзирности).¹¹⁹⁴

Стандард који се најчешће примењује, премда не без извесних инхерентних потешкоћа, јесте критеријум тржишне цене. Да ли постоји еквивалентност узајамних давања утврђује се поређењем тржишне и уговорене цене престације уговарача¹¹⁹⁵ односно тржишне вредности чинидбе и противчинидбе.

Питање које се овде сасвим оправдано поставља јесте шта се сматра под „тржишном ценом“. У литератури наилазимо на дефиницију да је у питању цена која се формира на тржишту у редовној, уобичајеној трговини, која је развијена под компетитивним условима у виду вољности купца да исту плати, квантитету доступних добара на тржишту и трошкова производње.¹¹⁹⁶

¹¹⁸⁹ Подсетимо, суштина субјективног критеријума јесте да се вредности уговорних обавеза процењују или према вредности коју одређена ствар има за уговарача, или на основу слободне процене суда. – J. Salma, 1979, 380

¹¹⁹⁰ Овакво решење је прихваћено и у упоредном праву. Примера ради, и у швајцарском праву је сасвим ирелевантно која је субјективна вредност престације за уговорну страну. – F. Taisch, 1992, 531

¹¹⁹¹ A. Menyhard, 2003, 305

¹¹⁹² J. Salma, 1979, 380

¹¹⁹³ Ово решење је, како смо већ раније навели, такође присутно у швајцарском праву (Према: F. Taisch, 1992, 531). Српски теоретичари, али и практичари, сасвим су извесно имали у виду решења заступљена у швајцарском Законику о облигацијама, као и богату судску праксу која их подржава, приликом формулисања наведених правила.

¹¹⁹⁴ M. Цветковић, 2008, 192

¹¹⁹⁵ *Ibidem.*

¹¹⁹⁶ J. Gordley, 1981, 1607

У недостатку тржишне цене, узеће се у обзир уобичајена, односно разумна цена, а у појединим правним системима се инсистира на утврђивању стварне, односно „реалне цене“ престације.¹¹⁹⁷ Под разумном ценом се сматра цена која покрива трошкове производње, као и добит у уобичајеним размерама у складу са понудом и потражњом на тржишту. Фактори који такође могу бити од утицаја при формирању разумне цене јесу употребна вредност, те посебни пословни ризици који се могу јавити евентуалним умањењем тржишне цене. У аустријској правној теорији наилазимо на став да уколико не постоји тржиште на коме је цена разумна, онда се разумна цена одређује према томе колика би била када би такво тржиште хипотетички постојало.¹¹⁹⁸ Сматрамо да би се овај критеријум могао применити у нашем праву.

7.4. ЗАКЉУЧАК - ОЧИГЛЕДНА НЕСРАЗМЕРА УЗАЈАМНИХ ПРЕСТАЦИЈА КАО ПРАВНИ СТАНДАРД И ИНСТИТУТ ЗЕЛЕНАШКОГ УГОВОРА

Као што смо навели, институт зеленашког уговора представља врло значајно правно средство заштите начела једнакости узајамних давања. Њиме се штите и бројна друга начела, при чему се нарочит акценат ставља на заштиту принципа савесности и поштења и принципа правичности у уговорном праву.

Правилима о зеленашком уговору пре свега се штите приватни интереси.¹¹⁹⁹ Међутим, било би погрешно значај овог правног инструмента свести на пуку заштиту интереса појединаца као уговорних страна. Законодавац прописивањем санкције ништавости зеленашког уговора, који својом природом и намером искоришћавања туђе нужде или неповољног положаја ради прибављања несразмерне имовинске користи пркоси јавном поретку, моралу и добрим обичајима, обезбеђује заштиту сигурности промета и правног поретка у целини.

Како би правила о зеленашком уговору била правилно примењивана и како би се у потпуности остварила њихова заштитна функција како на индивидуалном, тако и на колективном плану, нужно је да њихово законско регулисање буде извршено на одговарајући начин.

На примерима из упоредног права видели смо да код института лихварског уговора постоји разлика када је реч о регулисању субјективних елемената на страни оштећеног, али да је објективан елемент у виду зеленашеве користи која је очигледно несразмерна његовој чинидби исти.

Знање зеленаша о постојању извесног тешког стања, тешких прилика или субјективне одлуке његовог сауговарача и његова намера да то стање искористи ради закључења уговора којим стиче одређену корист, није само по себи довољно. Забрањеност и неморалност зеленашког уговора највећим делом лежи управо у очигледној диспропорцији престација уговорних страна, у незајажљивости и похлепи зеленаша.

¹¹⁹⁷ А. Menyhard, 2003, 305

¹¹⁹⁸ Detlev Heinsius, *Das Rechtsgut des Wuchers: zur Auslegung des § 302 a StGB*, Frankfurt am Main, 1997, 111-112

¹¹⁹⁹ Љ. Милошевић, 1978, 37

Стицање користи на основу уговора није само по себи недозвољено. Чак би се могло тврдити да је управо циљ закључивања уговора у промету стицање одређене користи, те да у томе нема ничег противправног. Још у римском праву је коришћење одређених околности које уговарачу иду на руку сматрано „коришћењем погодности тржишта“, па би се ширим тумачењем у ту категорију могло сврстати и коришћење нужде у којој се налази друга страна, њеног недовољног искуства или лакомислености како би се стекао профит или нека друга погодност.

Оно што зеленашке уговоре чини недозвољеним јесте, поред намере искоришћавања туђег тешког положаја и прилика, управо прекомерност користи која се стиче. Критеријум да је несразмера те користи у односу на давање „очигледна“ треба тумачити тако да ова корист далеко надмашује вредност давања или чинидбе зеленаша.

У пракси су зеленашки уговори најчешће уговори о зајму у којима је уговорена несразмерно висока камата.¹²⁰⁰ Лихвар на основу таквих уговора за неколико месеци удвостручи вредност своје престације, а оштећеном уговарачу неретко и само враћање камате представља велико оптерећење. То је нарочито случај уколико се, противно одредбама закона, рачуна „камата на камату“. Иако је зеленашка природа оваквих уговора најевидентнија и несразмера међусобних давања најлакше уочљива, равнотежа вредности узајамних давања може бити нарушена и на бројне друге начине. Стога се и законодавац определио за формулацију „корист која је очигледно несразмерна“. На тај начин је узето у обзир да корист не мора бити изражена у новцу, али се њена вредност може одредити (на пример, уколико је зеленашким уговором прописано да је оштећени дужан да одради одређен број сати за зеленаша у замену за позајмљени износ, а у складу са вредности радног сата и уговореним бројем истих јасно је да је реч о очигледно несразмерним престацијама уговорних страна).

¹²⁰⁰ Тако је пресуди Вишег привредног суда у Београду пословни број Пж.1896/01 од 30.5.2001. године истакнуто да „судску заштиту може уживати само она стопа која је реална и уобичајена за такву врсту посла, јер би у супротном дошло до остваривања несразмерне имовинске користи, што би било противно основним начелима грађанског права - начелу једнаких вредности давања из члана 15. ЗОО и савесности и поштења из члана 12. ЗОО“. - Пресуда Вишег привредног суда, Пж. 1896/01 од 30.5.2001. године

**ДЕО ЧЕТВРТИ: ПРАВИЛА О ПРОМЕЊЕНИМ
ОКОЛНОСТИМА (КЛАУЗУЛА *REBUS SIC
STANTIBUS*) КАО ПРАВНИ ИНСТРУМЕНТ
ЗАШТИТЕ ЕКВИВАЛЕНТНЕ ВРЕДНОСТИ
ПРЕСТАЦИЈА И ОЧИГЛЕДНА НЕСРАЗМЕРА**

8. КЛАУЗУЛА О ПРОМЕЊЕНИМ ОКОЛНОСТИМА КАО ИНСТИТУТ УГОВОРНОГ ПРАВА

8.1. ПОЈАМ КЛАУЗУЛЕ *REBUS SIC STANTIBUS* У УГОВОРНОМ ПРАВУ

8.1.1. Клаузула *rebus sic stantibus* као институт којим се одступа од доследне примене начела *pacta sunt servanda*

Неспорно је да сигурност правног саобраћаја у знатној мери зависи од извршења уговора, који се закључују свакодневно, у великом броју и у широком спектру односа. Због тога је начело *pacta sunt servanda*, по ком „уговор обавезује као закон“¹²⁰¹ једно од најзначајнијих начела облигационог права. Суштина овог начела је у томе да се уговори који су ваљано закључени и чији је предмет допуштен¹²⁰² морају извршити онако како гласе,¹²⁰³ односно да морају између себе алоцирати ризик од наступања непредвиђених околности, које би испуњење уговора учиниле нецелисходним.¹²⁰⁴ На тај начин се чува правна сигурност¹²⁰⁵ и поверење да ће уговор остати на снази и бити извршен на начин како је то уговорено.¹²⁰⁶

У литератури се истиче да када се околности битно промене „ту постоји несразмерност, па се не може сматрати да је поремећена уговорна верност ако се жели модификовати оно што је током времена и иначе постало неодрживо“.¹²⁰⁷ Стога је погрешно водити рачуна само о оном што представља „спољну верност уговору“, односно о егзактно утврђеним чинидабама и давањима у новцу, већ треба имати у виду начело еквиваленције узајамних престација као једно од основних начела уговорног права. Тенденција да престација једне уговорне стране буде барем приближно једнака престацији друге назива се и „унутрашња верност уговору“.¹²⁰⁸

Наведено начело је нарочито значајно код уговора са роком, или са сукцесивним испуњењем, јер код њих по правилу постоји извешан временски интервал између момента закључења и тренутка испуњења уговора. Стога код ових врста уговора постоји повећан ризик од измене економских и других прилика, на основу којих су у време

¹²⁰¹ Атила Дудаш, *Настанак и развој идеје о раскидању уговора због промењених околности*, Зборних радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2015, број 2, 198

¹²⁰² Ђорђе Чобелић, *Промењене околности у привредном и грађанском праву: клаузула rebus sic stantibus*, Београд, 1972, 3

¹²⁰³ Dubravka Klasiček, Marija Ivatin, *Modification or dissolution of contracts due to changed circumstances*, Правни вјесник: часопис за правне и друштвене знаности Правног факултета Свеучилишта Јосипа Јурјс Строссмјера у Осјеку, 2018, no.2, 28

¹²⁰⁴ А. Дудаш, 2015, 199

¹²⁰⁵ Р. Ковачевић, 1973, 283

¹²⁰⁶ D. Klasiček, M. Ivatin, 2018, 28

¹²⁰⁷ К. Ковач, 1980, 18

¹²⁰⁸ *Ibidem*.

закључивања уговора одређене права и обавезе странака, односно карактер и висина њихових давања.¹²⁰⁹

Од уговорних страна се стога очекује да поступају са пажњом доброг домаћина, односно доброг привредника,¹²¹⁰ што подразумева и обавезу да приликом закључења уговора узму у обзир и предвиде одређене мере и промене околности које су редовна појава, а могу изменити ситуацију на тржишту и имати утицаја на престације уговорних страна.¹²¹¹ Такве околности, које се могу предвидети и често наступају, спадају у оно што се у теорији назива *нормални, уобичајени ризик*, са којим су стране у правном послу дужне да рачунају. Зато се, у складу са правилом да је уговор закон за уговорне стране, не може захтевати измена или раскид уговора позивањем на промену околности које су постојале у време закључивања истог, под условом да су те околности у границама предвидљивог.¹²¹²

Наиме, како се то у нашој теорији истиче, „ако би се то прихватило, тј. ако би уговорне стране имале право сваки пут кад дође до промена постојећих околности да захтевају да се те промене узму у обзир и уговор адаптира тим променама, онда би *raison d'être* тих уговора био пољуљан, не би имало никаквог смисла закључивати такве уговоре, пошто би се унапред знало да они у случају таквих, редовних промена, не би обавезивали странке на испуњење, те би ишчезли из правног саобраћаја.“¹²¹³

Пошто су у питању уговори који су нужни за несметано одвијање привредног саобраћаја и корисни за даљи развој трговачких активности, применом начела *pacta sunt servanda* се заправо осигурава њихово уредно извршавање и одржавање на снази. Из тих разлога је наведено начело од великог значаја за одржавање уговорне дисциплине, стабилности трговачких послова и успешно одвијање пословних активности.¹²¹⁴ Такође, оно је сасвим у складу са пословним моралом, јер подразумева обавезу поштовања дате речи. Имајући у виду све напред наведено, није изненађујуће што је, како у судској пракси, тако и у теорији, врло дуго и доследно заступан став по коме није дозвољено никакво одступање од овог правног принципа.

Међутим, могуће је и да се за време трајања уговора околности промене на сасвим неочекиван начин, односно да дође до неких догађаја које уговорне стране нису могле предвидети, а који утичу на извршење уговора.¹²¹⁵ По природи ствари реч је двострано теретним уговорима са трајним престацијама.¹²¹⁶ Уколико такви догађаји за последицу имају то да извршење уговора постане за једног уговарача претерано отежано, или да би она своју обавезу могла да изврши само са претерано великим губитком,¹²¹⁷ наше уговорно право предвиђа могућност да се уговор измени или чак раскине управо позивањем на правила о промењеним околностима.¹²¹⁸

¹²⁰⁹ Norbert Horn, *Adaptation and Modification of Contracts in View of a Change of Circumstances*, Tel Aviv University Studies in Law, 1992, vol. 11, 137

¹²¹⁰ Под стандардом „доброг привредника“ сматра се такав степен пажње приликом ступања у пословни, односно уговорни однос, који би показао просечно пажљив и обавештен трговац. – Ђ. Чобелић, 1972, 3

¹²¹¹ Илија Зиндовић, *Промењене околности (клаузула rebus sic stantibus) и нове тенденције у регулисању овог правила*, Право – теорија и пракса, 2012, број 7-9, 117

¹²¹² Ђ. Чобелић, 1972, 3

¹²¹³ *Ibidem*, 4

¹²¹⁴ S. Petrić, 2006, 88

¹²¹⁵ Б. Лоза, 2000, 145

¹²¹⁶ А. Радованов, 2009, 159

¹²¹⁷ И. Зиндовић, 2012, 116

¹²¹⁸ Члан 133. ЗОО.

У питању је својеврсно начело које се означава синтагмом *clausula rebus sic stantibus*,¹²¹⁹ што дословно значи „ако ствари остану такве“.¹²²⁰ Наиме, полази се од претпоставке да стране желе да изврше своје обавезе само уколико околности које су значајне за извршење њихових престација остану непромењене у време испуњења уговора.¹²²¹ Уколико се услед промене тих околности које се није могло предвидети у потпуности или делимично осујети сврха уговора, једна од уговорних страна - она која је тиме погођена, неће више желети извршење уговора.¹²²²

Циљ института промењених околности је да се ревизијом одговарајућих уговорних одредби поново успостави поремећена економска равнотежа у уговору, односно, уколико то није могуће, да се путем раскида уговора отклони ситуација у којој би један од уговарача без своје кривице претрпео прекомерну штету.¹²²³ Другим речима, штити се еквиваленција уговорних обавеза не само у моменту закључења уговора, већ и у моменту његовог извршења.¹²²⁴ На тај начин се поступа у складу са правичношћу,¹²²⁵ али и начелом савесности и поштења.¹²²⁶

Уколико имамо у виду да је број уговора са трајним престацијама у сталном порасту, да је тржиште динамично и промењиво, јасно је да би у случају непредвидивих и корених промена слепо држање принципа *pacta sunt servanda* могло да доведе до тога да се поступи супротно смислу уговора и циљу због кога је закључен. Тиме би се поред наведених начела кршило и начело еквивалентности.¹²²⁷

8.1.2. Дистинкција између случајева када се може применити *clausula rebus sic stantibus* и случајева немогућности испуњења уговорене престације

Важно је напоменути да случајеве када се може применити клаузула *rebus sic stantibus* не треба мешати са случајевима кад странке услед неких накнадно насталих околности објективно нису у могућности да испуне уговорене престације.

Још је у римском праву постојала максима по којој „не постоји обавеза да се испуни немогуће“.¹²²⁸ Уколико је испуњење уговора било немогуће у време кад је уговор закључен, узимало се као да до његовог закључења није ни дошло. Стандард „немогућности“ је при томе био процењиван не као релативна немогућност, која се односи на ту конкретну уговорну страну, већ је требало да је реч о објективној и апсолутној немогућности, која се односи на било ког уговарача.¹²²⁹ Како то В. Круљ описује, нужно је да је реч о околностима које су наступиле након закључења уговора,

¹²¹⁹ А. Дудаш, 2015, 198

¹²²⁰ Ова клаузула се у литератури често преводи и синтагмом „док ствари тако стоје“ – Према: Б. Антић, 2014, 1

¹²²¹ Ј. Салма, 2007, 378

¹²²² И. Јанковец, 1976, 217

¹²²³ Б. Визнер, 1978, 90

¹²²⁴ Ж. Ђорђевић, 1958, 65

¹²²⁵ Р. Ковачевић, 1973, 283

¹²²⁶ Egidijus Baranauskas, Paulius Zapolskis, *The effect of change in circumstances on the performance of contract*, *Juridprudencija*, 2009, no.4, 198

¹²²⁷ И. Зиндовић, 2012, 117

¹²²⁸ Према: James Gordley, *Impossibility and changed and unforeseen circumstances*, *The American Journal of Comparative Law*, 2004, no.3, 514

¹²²⁹ *Ibidem*.

које имају елементаран карактер и стихијску снагу и онемогућавају извршење уговора.¹²³⁰ Другим речима, потребно је да уговор не може да се изврши због наступања страног узрока за чије наступање дужник није крив, а чије наступање је непредвидиво и неотклоњиво.¹²³¹ Тако, примера ради, ако предмет уговора о купопродаји никад није ни постојао или је уништен пре закључења уговора у питању, такав уговор је апсолутно ништав.

Уколико је пак испуњење обавезе постало немогуће у току трајања уговора, да би се уговорна страна која је била дужна да ту обавезу испуни ослободила одговорности било је потребно да је реч о вишој сили,¹²³² односно да је облигација постала немогућа упркос томе што је дужник поступао са одговарајућим, врло високо постављеним степеном пажње (*exactissima diligentia*).¹²³³ Уговарач се није сматрао одговорним, на пример, уколико је предмет уговора, који је постојао у тренутку кад је уговор закључен у међувремену уништен у инвазији освајача.¹²³⁴

У канонском праву је важио принцип по коме нико не може бити обавезан да испуни немогућу престацију и да свако ко захтева супротно тиме крши морална правила.¹²³⁵ Један од најцењенијих хришћанских мислилаца, Тома Аквински, истицао је да сваки акт воље представља избор, али да нико не може изабрати да се учини немогуће. У складу са тим, обећање да се изврши немогуће није обавезујуће.¹²³⁶ Канонисти су надоградили ову теорију, правилом по ком она уговорна страна која је кршењем обавезе да поступа са одговарајућом пажњом узроковала немогућност испуњења престације има моралну обавезу да накнади другој страни сву штету коју је тиме изазвала.¹²³⁷

Представници школе натуралиста у XVII и XVIII веку су заступали исти став о објективној немогућности извршења престације, али су га ограничили извесним условима. Тако је С. Пуфендорф сматрао да продавац доиста није одговоран ако није извршио немогућу престацију. Међутим, уколико је у време прихватања уговорне обавезе тај продавац знао да је престација немогућа, био је дужан да купцу накнади све губитке проузроковане закључењем односно неизвршењем уговора.¹²³⁸

У француском праву је прихваћена теорија по којој уговорне стране неће одговарати у случају неиспуњења обавезе због дејства више силе, попут земљотреса, рата и сличних околности, док се у осталим случајевима немогућности испуњења уговорне обавезе захтева да је уговорна страна која се на исту позива поступала са одговарајућим, законом прописаним, стандардом пажње¹²³⁹ и ни на који начин је није скривила.

¹²³⁰ Врлета Круљ, *Промењене околности и уговорна одговорност*, Београд, 1967, 13

¹²³¹ Даница Попов, *Промењене околности и ослобођење од одговорности (виша сила) код уговора о продаји робе*, Зборник Матице Српске за друштвене науке, 1986, 69

¹²³² S. Petrić, 2006, 88

¹²³³ J. Gordley, 2004, 514

¹²³⁴ *Ibidem*.

¹²³⁵ Управо је повезивање уговорне облигације са моралним правилима било спорно у каснијој правној теорији, а таква веза није успостављана ни у римском праву. – Према: J. Gordley, 2004, 516

¹²³⁶ *Ibidem*.

¹²³⁷ Према: J. Gordley, 2004, 515

¹²³⁸ *Ibidem*, 516

¹²³⁹ Ако је у питању била облигација средства, уговорна страна обавезна да изврши престацију ће се сматрати одговорном и за обичан немар, међутим код облигације резултата одговорност се може избећи само у случају немогућности испуњења уговора услед дејства више силе или спољног узрока на који уговорне стране нису могле утицати, нити га предвидети. – *Ibidem*, 519

У Немачкој су одредбе члана 306. Грађанског законика дуго тумачене тако да је уговор ништав само ако је испуњење тог уговора било немогуће од момента његовог закључења. Немогућност која је наступила у току извршења уговора није имала исти ефекат на правну судбину уговора. Међутим, реформама из 2002. године укинута је дистинкција која се у немачком Грађанском законнику вршила између последица почетне немогућности испуњења уговора и оне која је накнадно настала.¹²⁴⁰

Када је реч о стандарду пажње који се мора поштовати, немачки теоретичар Г. Пухта је истицао да се од уговорних страна може захтевати да поступају са пажњом „разумног човека“ и да би се постављањем вишег стандарда *de facto* увела одговорност за случај.¹²⁴¹ Слично гледиште је заступао и Б. Виндшајд.¹²⁴²

Када је у питању стандард пажње који уговорне стране морају применити приликом поступања у уговорима код којих је испуњење немогуће, немачка судска пракса је и пре реформи из 2002. године показивала извештајан опрез. Према тумачењу у јуриспруденцији, уговорна страна била је одговорна за немогућност испуњења обавезе и онда када је та немогућност узрокована догађајима које уговарач није могао спречити поступајући са уобичајеним степеном пажње, ако је у питању нешто што је по редовном току ствари у оквиру њене контроле. Тако се, примера ради, дужник сматрао одговорним за неиспуњење престације и онда кад му је материјал касно стигао, или је остао без финансијских средстава, или му снабдевачи уопште нису испоручили робу. Прецизније речено, немачки судови су под „објективном немогућношћу“ испуњења уговорне обавезе сматрали само такве догађаје које странка није могла да предвиди ни предупреди у време закључења уговора.¹²⁴³ При томе су правила о неиспуњењу тумачили веома уско и примењивали крајње рестриктивно.

У енглеском праву је до XIX века изузеће од испуњења уговорне обавезе било спорадично. Анализом судске праксе долазимо до закључка да су то судови чинили када би извршење престације било противзаконито, као и у случају смрти или престанка постојања дужника давања предвиђеног уговором, односно ако је објекат уговора био уништен „Божијом вољом“. Један од примера из енглеске судске праксе за примену правила о немогућности испуњења уговора је био случај када се међу радницима на градилишту појавила куга.¹²⁴⁴

Насупрот томе, у случају *Paradine v. Jane*¹²⁴⁵ суд није ослободио од плаћања кирије лице које је изнајмило стан, иако је у то време у Енглеској беснео грађански рат и војници су му онемогућили да ступи у посед.¹²⁴⁶ Јасно је да је реч о околности коју оштећена уговорна страна није могла да предвиди, нити спречи. Ипак, суд је досудио да ”ако је дужност плаћања успостављена законом а странка је онемогућена да изврши своју чинидбу и нема правног лека, онда ће бити ослобођена такве обавезе. Међутим, уколико је уговорна страна сама уговорила одређену своју обавезу, онда је дужна исту и

¹²⁴⁰ *Ibidem*.

¹²⁴¹ Georg Puchta, *Pandekten*, Leipzig, 1845, 428 (Art.302)

¹²⁴² Bernard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1875, 57 (Art.264)

¹²⁴³ Према: J. Gordley, 2004, 520

¹²⁴⁴ *Ibidem*, 521

¹²⁴⁵ Одлука Високог суда Енглеске и Велса у предмету *Paradine v. Jane* од 26.3.1647. године

¹²⁴⁶ E. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 201

извршити, ако је то могуће”.¹²⁴⁷ Овај пример јасно говори о неуједначености судске праксе када је реч о питању немогућности испуњења уговора.

Упркос томе, чини се да је како у енглеском, тако и у америчком праву, константан услов за примену института немогућности испуњења престације био да је у конкретном случају реч о објективној и апсолутној немогућности извршења,¹²⁴⁸ односно да нико не би могао извршити ту престацију, а не само конкретни уговарач.¹²⁴⁹

У америчкој правној теорији је Блэкбурн први спојио доктрину немогућности испуњења уговора са доктрином имплицираног услова – наиме, с његове тачке гледишта, приликом склапања уговора имплицирани предуслов његовог закључења је да се странке неће сматрати одговорним за неиспуњење престације ако њен предмет пре дана уговореног испуњења нестане или пропадне без кривице иједне од уговорних страна.¹²⁵⁰

Када је реч о међународном праву, важно је поменути Бечку конвенцију о међународној продаји робе¹²⁵¹ која у члану 79. став 1. предвиђа 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 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.“¹²⁵² И у овој међународној конвенцији се, дакле, захтева да је немогућност испуњења уговорне обавезе наступила без контроле и кривице уговарача и да је она изазвана догађајем који уговорна страна није могла спречити ни избећи.

И у нашем праву, по угледу на римско, немогућност испуњења уговора може бити почетна немогућност, која подразумева непостојање уговора и накнадна, која не утиче на егзистенцију уговора, већ на његово извршење. По угледу на француско право на случајеве почетне немогућности извршења уговорне обавезе се аналогно примењују сва правила о ништавости осим оних о могућности конверзије.¹²⁵³

Објективна немогућност испуњења уговора регулисана је у члану 137. ЗОО као „немогућност испуњења за коју не одговара ниједна страна“. Ставом 1. наведене законске норме је предвиђено да се у случају да је испуњење обавезе једне стране у двостраном уговору постало немогуће гаси и обавеза друге уговорне стране. Уколико је

¹²⁴⁷ bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1647/J5.html, приступила 16.7.2020. године; према: Е. Varanauskas, P. Zapolskis, 2009, 201

¹²⁴⁸ J. Gordley, 2004, 522

¹²⁴⁹ У англосаксонској правној теорији се објективна немогућност испуњења престације назива још и „техничка немогућност“. – John M. Vogel, *Impossibility of performance – a closer look*, Public contract law journal, 1977, issue 2, 110

¹²⁵⁰ Према: J. Gordley, 2004, 522

¹²⁵¹ Конвенција Уједињених Нација о уговорима о међународној продаји робе усвојена је у Бечу 1980. године. Због тога се у литератури често назива Бечком конвенцијом о продаји робе, па ћемо и ми користити тај назив. Србија је ову конвенцију ратификовала 1984. године. Бечка конвенција о међународној продаји робе представља део унутрашњег права држава које су је ратификовале и врло се широко примењује у међународној пракси. У складу са тим, постоји и значајна судска пракса у вези са њеном применом. – Бранислав Малагурски, *Међународно право: процеси уједначавања међународног уговорног права, примјери опћег и регионалног уједначавања*, Правни вјесник, 2004, број 1-2, 274

¹²⁵² Члан 79. Закона о ратификацији Конвенције Уједињених Нација о уговорима о међународној продаји робе, „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, број 10-1/84 ; у даљем тексту: Закон о ратификацији конвенције УН о међународној продаји робе.

¹²⁵³ Јозеф Салма, *Уговорна одговорност у европском, домаћем и упоредном праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2011, број 1, 103

пак та друга страна испунила нешто од своје обавезе, она има право да захтева враћање испуњеног по правилима о враћању стеченог без основа.

Ставом 2. истог члана нормиран је случај делимичне немогућности испуњења за који уговорне стране нису одговорне. Предвиђено је да под тим околностима уговорна страна којој се престација дугује има право да раскине уговор ако делимично испуњење не одговара њеним потребама. Уколико то пак не учини, уговор ће остати на снази с тим што уговарач коме се предметна престација дугује има право да захтева да се његова обавеза сразмерно смањи.

Оно што је значајно нагласити јесте да се наступањем више силе обавеза гаси и дужник се аутоматски ослобађа исте. Судска пресуда има само декларативно дејство.¹²⁵⁴

Уколико је пак испуњење обавезе једне стране постало немогуће њеном кривицом, други уговарач може да захтева раскид уговора као и накнаду штете.¹²⁵⁵

Насупрот случајевима немогућности извршења уговора, клаузула *rebus sic stantibus* се односи на случајеве кад се накнадно промене околности на начин које странке нису могле предвидети, што за последицу има да испуњење уговорне обавезе постане нерационално.¹²⁵⁶ Разлика је у томе што је у таквим случајевима испуњење обавезе још увек могуће, али је скопчано са знатним потешкоћама или трошковима.

Гашење обавезе не наступа аутоматски, већ дужник само стиче право да се уговор преиспита. Уколико су испуњени законом предвиђени услови, постоји могућност да се његова обавеза смањи, односно уговор евентуално раскине. У том случају пресуда суда има конститутивно дејство.¹²⁵⁷

Нужност разликовања ове две ситуације објашњава Р.Ковачевић Куштримовић: „Раздвајање немогућности испуњења од института отежаног испуњења због промењених околности има теоријски и практични значај. Нескривљена немогућност извршења уговора због узајамне зависности уговорних обавеза, повлачи гашење обавезе друге стране. Поред тога „нескривљена немогућност“ најчешће подразумева стварну, физичку немогућност, а не немогућност која је то са становишта сврсисходности уговора. Појмом немогућности извршења може се обухватити и отежано испуњење, под условом да се појам немогућности схвати веома широко. То би, међутим, носило у себи опасност од ослањања на недовољно чврсте критеријуме, а то би угрозило начело правне сигурности.“¹²⁵⁸ На основу наведеног, јасно је да немогућност испуњења обавезе једне стране гаси и обавезу њеног сауговарача. Реч је о фактичкој немогућности испуњења, о томе да је уговор немогуће испунити, а не да то није целисходно. Док је немогућност испуњења због његове апсолутне природе знатно једноставније утврдити, шта ће се сматрати под ”отежаним испуњењем” много више је подложно интерпретацији и раличитим тумачењима.

Између ова два института уговорног права постоји још једна, врло значајна разлика. Наиме, примена правила о промењеним околностима је у директном сукобу са поштовањем начела *pacta sunt servanda*. Насупрот томе, гашење уговора уколико постоји

¹²⁵⁴ Р. Тричковић, 1964, 23

¹²⁵⁵ Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд, 1979, 138

¹²⁵⁶ А. Дудаш, 2015, 198

¹²⁵⁷ Р. Тричковић, 1964, 23

¹²⁵⁸ Р. Ковачевић Куштримовић, 1979, 293

фактичка¹²⁵⁹ или правна немогућност испуњења обавезе¹²⁶⁰ није у колизији са наведеним начелом.

Разликовање ове две групе случајева је јасно начињено и у Закону о облигационим односима, где су посебни услови предвиђени за случајеве када је испуњење уговора отежано а посебни када је немогуће.¹²⁶¹ Док је институт објективне немогућности испуњења уговорне обавезе регулисан већ поменутиим чланом 137. ЗОО, институт измене или раскида уговора због промењених околности предвиђен је члановима 133.-136. истог закона.

Иако је српски законодавац са правом начинио разлику између ових случајева, постоје правни системи у којима ова дистинкција није прецизно начињена. Тако се у енглеској теорији „фрустрације“, која се још назива и „теорија опструкције“ односно „осујећења уговора“, не врши јасно раздвајање између ова два института.¹²⁶²

У појединим правним системима, попут немачког, управо је екстензивним тумачењем појма „немогућности извршења уговора“ у судској пракси створена база за примену клаузуле *rebus sic stantibus* онда када су то околности захтевале.

Ипак, данас се у већини правних система који познају примену клаузуле о промењеним околностима врши разликовање између ове две групе случајева.

8.2. СХВАТАЊА У ДОМАЋОЈ ПРАВНОЈ ТЕОРИЈИ О ОПРАВДАНОСТИ ПРИМЕНЕ ПРАВИЛА О ПРОМЕЊЕНИМ ОКОЛНОСТИМА КАО ОПШТЕГ ИНСТИТУТА УГОВОРНОГ ПРАВА

У нашој теорији наилазимо на констатацију да правила о промењеним околностима, с обзиром да омогућавају не само измену већ и раскид уговора, представљају „најзначајнији ударац по начело *pacta sunt servanda*“.¹²⁶³

Упркос томе се примена овог правног инструмента оцењује као „логична и оправдана“¹²⁶⁴ а клаузула *rebus sic stantibus* описује као „нека врста друштвено-економског громобрана који треба да одстрани негативне последице настале за једну странку ни криву ни дужну због промењених и непредвидљивих околности“.¹²⁶⁵ Суштински, њеним инкорпорисањем у правни систем се тежи да се последице

¹²⁵⁹ У литератури се као један од примера фактичке немогућности испуњења уговора наводи физичка пропаст индивидуалне, незамењиве ствари услед деловања више силе. - *Ibidem*, 294

¹²⁶⁰ То би, примера ради, био случај када је предмет уговора о купопродаји ствар ван промета (*res extra commercium*).

¹²⁶¹ Страхил Пановски, *Раскид или измена уговора због промењених околности*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, 1985, број 7-8, 33

¹²⁶² Велимир Живковић, *Hardship in French, English and German law*, Страни правни живот, 2012, број 3, 241

¹²⁶³ А. Дудаш, 2015, 199

¹²⁶⁴ Карољ Ђетваи, *Промењене околности и извршење уговора*, Гласник Адвокатске Коморе за АП Војводину, 1955, број 7, 6

¹²⁶⁵ Карло Ковач, *Виша сила и промењене околности у нашем праву*, Гласник Адвокатске Коморе у АП Војводини, 1966, број 11, 18

промењених околности равномерно распореде на уговорне стране кад год је то могуће¹²⁶⁶ и у складу са законом прописаним условима.

У литератури се стога наглашава да предвиђање института промењених околности у материји грађанског и привредног права не води негацији нити елиминисању принципа аутономије воље, већ представља његово органичење и корекцију.¹²⁶⁷ Клаузулом *rebus sic stantibus* се ограничава апсолутно дејство принципа *pacta sunt servanda* које би за последицу имало деформацију уговорних односа са роком или са сукцесивним давањима. Њеном применом се уводи неопходна динамика у уговорне односе, који се чине еластичнијим и прилагодљивијим новим приликама – али не свим, већ само оним које би имале дубоке и битне последице и које би довеле до поремећаја равнотеже у узајамним престацијама странака.¹²⁶⁸

О томе приликом анализе доктрине о промењеним околностима, говори и Б.Матић: „Противници ове теорије истичу да је уговор закон за странке и да као такав мора да се поштује у свом првобитном облику. Међутим, када то тврде они сами секу грану на којој седе, јер постижу супротан ефекат од жељеног. Јесте уговор закон за странке, али у оквиру реалних околности у тренутку закључења уговора. Уколико се те околности битно промене то мора да има за последицу промену садржине уговора – чему се начело *pacta sunt servanda* не противи.“¹²⁶⁹

Б. Визнер је такође подсећао да се принцип *pacta sunt servanda* и даље примењује у већини случајева, те да је примена института промењених околности ограничена на изузетне случајеве, који наступају врло ретко.¹²⁷⁰ Самим тим, не може се сматрати да је овај институт опасан по правну сигурност и стабилност правног система у целини, како поједини теоретичари теже да то представе у својим критикама овог института.

Јасно је да се применом клаузуле о промењеним околностима превасходно штити начело еквивалентности узајамних давања.¹²⁷¹ Циљ је да се обезбеди једнакост узајамне размене у ситуацији када су се већ стекли законом предвиђени услови да се већ склопљен и обавезујући уговор не мора испунити онако како је претходно било уговорено вољом уговорних страна.¹²⁷²

Још један значајан аргумент у корист законског предвиђања могућности да се уговор раскине или измени због дејства промењених околности представља поштовање начела правичности. Наиме, истиче се да би апсолутна и безизузетна примена принципа по ком је уговор закон за уговорне стране довела до тога да се потпуно искриве циљ и смисао закључивања уговора. Последично, тиме би се нанела велика неправда угроженој уговорној страни која се обавезује да, упркос тиме што није скривила наступање

¹²⁶⁶ Б. Визнер, 1978, 541

¹²⁶⁷ Стога, као што смо већ раније навели, постоје врло снажни аргументи у корист становишта да се применом правних инструмената којим се штити начело еквивалентности истовремено помаже очувању суштине начела да *pacta sunt servanda*, јер се предвиђањем изузетака од одређеног правног правила домен и услови његове примене чине јаснијим и прецизнијим. Наведено схватање јесте смислено и логично, али оно не мења чињеницу да се применом свих инструмената заштите начела еквивалентности узајамних престација вређа начело аутономије воље. Правила којим се дозвољава измена или раскид уговора због промењених околности представљају једно од најевидентнијих задирања у некадашњу неприкосновеност примене тог правног принципа.

¹²⁶⁸ Б. Визнер, 1978, 541

¹²⁶⁹ Б. Матић, 1981, 345

¹²⁷⁰ Б. Визнер, 1978, 540

¹²⁷¹ А. Радованов, 2009, 159

¹²⁷² Б. Визнер, 1978, 210

промењених околности, нити их је могла предвидети или предупредити, сама сноси штетне последице које су на тај начин настале.¹²⁷³ Применом клаузуле *rebus sic stantibus* се спречава да уговорна страна којој промењене околности иду у корист искористи другу уговорну страну која је њима погођена. Такође се онемогућава да та страна „без икакве своје заслуге, већ једино благодарећи игри случаја и промене околности дође до претеране и неоправдане добити.“¹²⁷⁴

Извесно је да би тако тешке последице по оштећену уговорну страну довеле до стварања својеврсног зазора од закључивања уговора са роком или са сукцесивним испуњавањем престајања у пословној сфери. То би имало врло озбиљне последице по стабилност пословног промета, али и даљи развој привредног пословања.

Примена клаузуле *rebus sic stantibus* у уговорном праву такође се оправдава тиме што се њена прихватљивост не заснива само на потреби да се заштите оправдани интереси појединаца, већ и на томе да је један од најважнијих услова правне ваљаности облигационих уговора управо постојање праве и сагласне воље уговорних страна. Када се околности промене на начин који није било могуће предвидети нити пренебрегнути, што за последицу има или да испуњење оног што је уговорено постане отежано другој уговорној страни или да сам уговор више не одговара својој првобитној сврси, јасно је да наведена сагласност воља више не постоји.¹²⁷⁵

Из свих наведених разлога институт измене или раскида уговора због промењених околности је пронашао своје место у српском, али и иностраном праву, као једна врста помоћи уговорним странама у случају да је њихов уговорни однос поремећен услед дејства изванредних и непредвидивих околности. Применом овог правног инструмента уговорни односи странака се доводе у склад са економском стварношћу, која је подложна променама, а са циљем да се омогући ревизија уговора и његово прилагођавање новој ситуацији, односно да се избегне његово раскидање и теже последице које из тога могу проистећи.¹²⁷⁶

Другим речима, намера законодавца је била да прописивањем правила о промењеним околностима омогући правилнију и правичнију расподелу последица неочекиваних и изненадних измена економских и других прилика између уговорних странака.

¹²⁷³ Ђ. Чобелић, 1972, 4

¹²⁷⁴ Б. Визнер, 1978, 541

¹²⁷⁵ *Ibidem*, 542

¹²⁷⁶ Ђ. Чобелић, 1972, 5

8.3. РАЗВОЈ КЛАУЗУЛЕ *REBUS SIC STANTIBUS* КАО ПРАВНОГ ИНСТРУМЕНТА ЗАШТИТЕ ЕКВИВАЛЕНТНЕ ВРЕДНОСТИ ПРЕСТАЦИЈА

8.3.1. Клаузула *rebus sic stantibus* у римском праву

8.3.1.1. Становиште римских правника о утицају промењених околности на правну судбину уговора

Начело *pacta sunt servanda*, које је тековина римског права, суверено је вековима владало у уговорном праву.¹²⁷⁷ Римско право није познавало институт раскида ни измене уговора због промењених околности које су отежавале испуњење уговора или га чиниле економски нецелисходним.¹²⁷⁸ Промена околности је имала правни значај само уколико је, без кривице иједне од уговорних страна, довела до немогућности испуњења уговора, у складу са начелом *impossibilia nulla obligatio est*.¹²⁷⁹ То заправо значи да је дужник могао бити ослобођен своје уговорне обавезе у случају дејства више силе,¹²⁸⁰ под којом се сматрала једино апсолутна сметња да се уговор испуни, коју уговорне стране нису могле да предвиде, нити да отклоне на било који начин.¹²⁸¹ Другим речима, околности које су само отежавале испуњење уговора, али га нису онемогућавале нису биле правнорелевантне. Овакав став се објашњава тиме што у тадашњој привреди није било веће пословне активности и уговарање је углавном било краткорочно.¹²⁸² Наиме, поред снажног утицаја строгог формализма, правила о промењеним околностима нису нашла место у римском праву јер није постојала потреба за развојем такве правне концепције. Таква потреба се јавља у условима постојања са једне стране сталне и честе праксе закључивања дугорочних уговора а са друге стране релативно честих и неочекиваних промена околности које могу знатно утицати на испуњење истих.¹²⁸³

Иако је теорија и пракса тог доба чврсто стајала на становишту по ком је уговор одржаван на снази без обзира на евентуалну промену околности,¹²⁸⁴ осим ако је та промена околности за последицу имала немогућност испуњења предметне уговорне обавезе, неки од врло истакнутих римских правника су сматрали да би требало узети у обзир и наступање непредвиђених и непредвидивих околности које отежавају испуњење оног што је уговорено.

Тако је Паул, не поричући оправданост схватања да је уговор закон за уговорне стране, са извесном обазривошћу истицао да треба имати у виду и време кад је исти закључен. Он је на једном месту у Дигестима навео да код уговора који би по свом карактеру могли бити погођени променом околности може доћи до гашења обавезе ако

¹²⁷⁷ S. Petrić, 2006, 89

¹²⁷⁸ В. Живковић, 2012, 240

¹²⁷⁹ А. Дудаш, 2015, 200

¹²⁸⁰ Поред више силе, од правног значаја је у овом контексту била и пропаст ствари услед несрећног случаја, односно без кривице уговорних страна. – Pascal Pichonnanaz, *From clausula rebus sic stantibus to hardship: aspects of the evolution of the judges role*, Fundamina: A journal of legal history, 2011, issue 1, 128

¹²⁸¹ Ђ. Чобељић, 1972, 7

¹²⁸² Р. Ковачевић, 1973, 284

¹²⁸³ S. Petrić, 2006, 90

¹²⁸⁴ Р. Pichonnanaz, 2011, 130

наступе такве изненадне околности које би спречиле настанак предметне обавезе да су постојале у време закључења уговора. Међутим, овај цењени правни аутор се није доследно држао наведеног става јер на другом месту у Дигестама инсистира на принципу *pacta sunt servanda* чак и у случају да дође до промене околности која је супротна настанку и постојању уговорне обавезе.¹²⁸⁵

Марцел је отишао корак даље, наводећи да уговорне обавезе треба да престану ако наступе такве околности које да су постојале у време закључења уговора исти не би био склопљен.¹²⁸⁶

Улпијан је такође признавао утицај промењених околности на извршење уговорних обавеза. У случајевима познатим као *remissio mercedis* – ситуацијама када је земљорадник узео пољопривредни зајам, али је жетва била изузетно лоша, Улпијан је сматрао да је дужник могао да захтева опроштај целог или дела дуга због те околности. У случајевима закупа пољопривредног добра, када је жетва била изразито лоша, судија је могао да одлучи да се смањи износ закупнине или одложи њено плаћање за извршан временски период. Сматрало се да се обавеза закуподавца не састоји само у предаји предметног пољопривредног добра, већ да се истом гарантује и ефикасно убирање плодова. Ипак, утицај промењених околности на судбину оваквог уговора није био коначан, јер је закуподавац у случају добре жетве наредне године поред оног што му припада за ту годину могао захтевати и исплату до пуног износа закупнине претходне године. Сматрало се да је овакво решење у складу са принципима добре вере и расподелом ризика.¹²⁸⁷

У складу са темом овог рада, нужно је напоменути да је улога судије у оваквим случајевима била да смањи цену закупнине *сразмерно томе колико је жетва била лоша*.¹²⁸⁸ Јасно је да је сразмерност узајамних престација имала одређену улогу чак и у римском праву, као и приликом примене правних правила у судској пракси.

Занимљиво је и Африканово гледиште по ком код уговора којим је одређено да престација може да се испуни повериоцу или трећем лицу, ако у међувремену дође до такве промене у личном статусу трећег лица која за последицу има то да он не може да прихвати испуњење обавезе, испуњење том лицу ће бити искључено без обзира да ли је то изричито предвиђено уговором или не. Образложење се састоји у томе да се подразумева да стипулација о томе садржи прећутну одредбу, по којој ће могућност извршења обавезе трећем лицу постојати само под условом да оно „остане у истом статусу“.¹²⁸⁹

Међутим, наведена мишљења су дата спорадично, узгредно и углавном су била везивана за појединачне случајеве. Поред тога, већином се нису односила на случајеве када је испуњење уговорне обавезе отежано из економских разлога¹²⁹⁰ за које данашња теорија претежно везује примену клаузуле *rebus sic stantibus*.¹²⁹¹ Стога нису допринела стварању једног општег института раскида или измене уговора због промењених околности у римском праву.

¹²⁸⁵ Према: Ђ. Чобељић, 1972, 8

¹²⁸⁶ Према: А. Дудаш, 2015, 200

¹²⁸⁷ Према: Р. Pichonnanaz, 2011, 131-132

¹²⁸⁸ *Ibidem*, 131

¹²⁸⁹ Према: Ђ. Чобељић, 1972, 7-8

¹²⁹⁰ Разлози су се углавном односили на промену околности услед више силе. – Р. Pichonnanaz, 2011, 130

¹²⁹¹ Ђ. Чобељић, 1972, 8

У литератури наилазимо на различита објашњења због чега правна наука у то доба није показала значајнији интерес да регулише ту област. Један део аутора, на челу са Чобелићем и Круљем,¹²⁹² сматра да разлог лежи у натуралној привреди која је карактеристична за тај период, као и у томе што привредници у то доба нису били дугорочно повезани када је реч о размени добара и услуга.¹²⁹³ Последично, уколико би неко од њих и био оштећен уговором услед дејства изванредних околности, то није имало већег утицаја на остале, као ни на правичност и сигурност правног промета у целини¹²⁹⁴.

Овакво образложење наишло је на жустре критике. Истицано је да период развоја римског права обухвата изузетно велико временско раздобље које обухвата више векова, а да је само на почетку тог раздобља привреда доиста била натуралног типа. Са развојем римске државе и права, па све до коначне пропасти римског царства, привреда је била робно – новчана. Поред тога, институт измене или раскида уговора због промењених околности се развио у средњем веку, управо у државама са натуралном привредом, тако да је врло тешко аргументовано бранити становиште да је постојање тог типа привреде омело развој овог института у римско доба.¹²⁹⁵

Нешто другачије схватање разлога иза непостојања клаузуле *rebus sic stantibus* у римском праву стога нуди М. Ђурђевић. Овај аутор подсећа да су у почетним фазама римског права уговори били строго формални и да су уговорне обавезе настајале понављањем одређених свечаних фраза. Склопљени уговор није обавезивао због воље уговорних страна, већ због религијских формула, па је и за непоштовање уговореног следила религијска санкција. Временом је овај концепт постао превазиђен, али се непоштовање уговора сматрало противно добрим обичајима, који налажу да се обавеза испуни онако како гласи.¹²⁹⁶ Нама се ово објашњење чини занимљивим и добро аргументованим.

¹²⁹² В. Круљ, 1967, 15

¹²⁹³ На овом месту ћемо цитирати Ђ. Чобелића, који овакво становиште о натуралној привреди као једном од основних узрока непознавања клаузуле *rebus sic stantibus* у римском праву илуструје на следећи начин: „У таквој привреди промене и потреси нису могле да доведу до широких, ланчаних поремећаја и потреса, нису се могли таласасто ширити и захватати велике области привреде и привредног живота, узбуркати цео привредни организам, благодаречи изолованости и затворености те привреде, као и широкој примени робовског рада. Привредних поремећаја и потреса било је и у римско доба, и то понекад врло великих и дубоких (неродне године, ратови, побуне, устанци робова итд.) али није било оне многоструке узајамне повезаности и зависности делова привредног организма, оне широке поделе рада, специјализације и кооперације, зависности од стања на унутрашњем и светском тржишту, који карактеришу савремену индустријску епоху и савремени привредни живот. То је, по нашем мишљењу, био један од основних разлога што у основи тако правичне и привлачне идеје теорије промењених околности нису могле да ухвате дубљи корен у римском праву и да се развију у заокружену целовиту теорију коју би и правна пракса могла прихватити и даље развијати.“ – Ђ. Чобелић, 1972, 9

¹²⁹⁴ А. Дудаш, 2015, 201

¹²⁹⁵ Ово нарочито важи јер је натурална привреда у наведеним државама била на нижем ступњу развоја од оног који је досегла у Старом Риму. – *Ibidem*.

¹²⁹⁶ Марко Ђурђевић, *Раскидање или измена уговора због промењених околности*, Београд, 1994, 29

8.3.1.2. Становиште римских филозофа о утицају промењених околности на правну судбину уговора

За разлику од правника који су се овом темом бавили спорадично, филозофи тог доба су поставили темеље каснијем развоју правила о раскиду или измени уговора услед промењених околности.

Чувени Цицерон је у свом делу *Des officies* био изричит у тврдњи да ни правичност ни добра вера не захтевају да се уговор изврши када се околности промене и узму сасвим супротан карактер.¹²⁹⁷ Сматра се да је он зачетник који је таквог става међу римским правницима. Цицерон је ово правило примењивао и на појединачне случајеве, те тако на једном месту наводи да иако постоји уговор о остави чији је предмет мач, исти не треба вратити оставодавцу уколико је он у међувремену изгубио разум.¹²⁹⁸ Јасно је да је ово схватање супротно доследној примени начела *pacta sunt servanda*, као и да је обавезу враћања мача могуће испунити, али није рационално услед околности које није било могуће предвидети у време закључења уговора о остави, а које су касније наступиле. Цицерон је такође сматрао да треба водити рачуна о равнотежи и сразмери узајамних давања. У складу са тим, заступао је став да „не би било противно дужности ако би се већи интерес супротставио мањем“, те да не треба испунити обећања чије испуњење доноси више штете оном ко је обећање дао, него користи оном који његову престацију прима.¹²⁹⁹

Још је даље отишао Сенека у свом делу *De beneficiis*.¹³⁰⁰ Наиме, он је држао да ће човек изневерити своју обавезу само уколико су околности остале исте као у моменту кад је обавезу преузео, а он је не испуни.¹³⁰¹ Међутим, ако се околности промене, човек је слободан да измени одлуку и ослобађа се дате речи.¹³⁰² Другим речима, по његовом схватању обећање, односно уговор, обавезује само под условом да стање у моменту испуњења остане непромењено у односу на моменат када је реч дата, односно уговор склопљен.¹³⁰³

Упркос значају наведених разматрања, важно је подвући да она нису за резултат имала и прихватање утицаја промењених околности које резултирају у несразмери узајамних престација као позитивноправног института у римском праву.¹³⁰⁴

¹²⁹⁷ Према: Andrew Hutchinson, *Change of Circumstance in Contract Law: The Clausula Rebus Sic Stantibus*, *Journal for Contemporary Roman-Dutch Law*, 2009, issue 1, 62; А. Бикић, 2011, 82

¹²⁹⁸ Према: R.A. Uribe Momberg, *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts – comparative perspectives*, Utrecht, 2011, 30

¹²⁹⁹ Према: Ђ. Чобелић, 1972, 9

¹³⁰⁰ Према: А. Бикић, 2011, 82

¹³⁰¹ Према: R.A. Uribe Momberg, 2011, 30

¹³⁰² Према: Ђ. Чобелић, 1972, 9

¹³⁰³ Према: В. Круљ, 1967, 13

¹³⁰⁴ *Ibidem*, 15

8.3.2. Развој клаузуле *rebus sic stantibus* у средњем веку

8.3.2.1. Развој клаузуле *rebus sic stantibus* у раном средњем веку

Након што је римско царство доживело крах, многи његови институти и правила пали су у заборав јер су били сувише комплексни за натуралну привреду која је у том периоду поново постала доминантна. Приватна својина престала је да буде доминантан облик својине а економско уређење новонасталих феудалних држава више није почивало на размени добара и услуга, већ се заснивало на везаности становништва (како вазала, тако и кметова) за одређене земљишне поседе. Последично, може се рећи да се највећи корак уназад у уговорном праву догодио управо на тлу Западне Европе.¹³⁰⁵ У раном средњем веку на снази су били варварски законици који су се слепо држали начела *pacta sunt servanda*.

Када се у XI веку у градовима северне Италије кроз експанзију трговине поново развила робно – новчана привреда,¹³⁰⁶ глосатори почињу са поновним изучавањем римског права и његових тековина. Поред развоја робноновчане привреде, поновном интересовању правника за римске правне институте помогла је и културна размена која је била природна последица интернационалне трговине која је процветала на овом подручју, као и уопштено већа доступност како текстова старих прописа, тако и њихових коментара.¹³⁰⁷

Међутим, као што нам је познато, римска правна заоставштина није познавала институт нити раскида нити измене уговора због промењених околности.¹³⁰⁸ Упркос томе, проучавање дела великих римских правника створило је погодно тле за правнике тог доба да идеје о утицају промене околности на целисходност испуњења уговорне обавезе уобличи у јединствену и општу теорију.

Нестабилност тадашњих друштвених и економских прилика, као и велики утицај хришћанског морала на развој правне мисли били су чиниоци који су створили погодно тле за настанак теорије о промењеним околностима.¹³⁰⁹

8.3.2.2. Развој клаузуле *rebus sic stantibus* у канонском праву

Зачетници доктрине о клаузули *rebus sic stantibus* су канонисти.¹³¹⁰ Полазна основа за развој овог института у средњем веку била су са једне стране хришћанска правила којим се забрањивало богаћење на рачун другог,¹³¹¹ а са друге захтев да циљеви уговорних страна буду у складу са моралним нормама. При томе, није занемарљива ни

¹³⁰⁵ М. Живковић, 2006, 22

¹³⁰⁶ Предводници у овом смислу су били градови попут Болоње, Падове, Равене и других градова Апенинског полуострва. Они су постали културни и трговински центри због погодног географског положаја, који их је учинио добрим местом за трговину између Истока и Запада. – Д. Николић, 2017, 44

¹³⁰⁷ *Ibidem*.

¹³⁰⁸ D. Klasiček, M. Ivatin, 2018, 28

¹³⁰⁹ S. Petrić, 2006, 90

¹³¹⁰ J. Gordley, 2004, 525

¹³¹¹ В. Круљ, 1967, 16

чињеница да се привреда рапидно развијала у том периоду.¹³¹² Најпре су заживела правила по којим цена код уговора о купопродаји мора да буде правична, а затим се захтев за постојањем економског баланса међу престацијама уговорних страна проширио и на друге уговоре.

У раним фазама развитка начела еквивалентности међу канонистима је постојала сагласност да равнотежа уговора мора постојати у моменту његовог закључења, те су правно регулисали институт прекомерног оштећења. Касније су покушали да нађу одговор на питање како регулисати ситуацију када оштећење једне уговорне стране настане након што је уговор већ закључен.

Нова теорија о раскиду или измени уговора због промењених околности коју су развили је добрим делом била инспирисана већ поменутиим делима Сенеке и Цицерона.¹³¹³ У том контексту се често наводи као пример Грацијанов декрет из XII века¹³¹⁴ у ком децидно стоји да “нема двосмислености и лажи у томе што неко не би испунио своје обећање које је, услед непредвиђених околности постало опасно и штетно за обвезано лице”.¹³¹⁵

Још један цењени филозоф, Тома Аквински, у свом делу „*Summa theologica*“ наглашава да премда се неиспуњење обећања сматра неверством, морални прекор неће уследити уколико је то неиспуњење резултат промена у погледу лица или ствари у вези са којима је обећање дато.¹³¹⁶ При томе је важно напоменути да он под “обећањем” није сматрао само обећање које је правно обавезујуће.¹³¹⁷ Образложење је заснивао на Аристотеловој теорији по којој након доношења закона може доћи до одређених околности под чијим дејством законодавац није имао намеру да се те одредбе примене. Тома Аквински је направио паралелу са Аристотеловим схватањем, нагласивши да су обећања „закони које намећемо самим себи“¹³¹⁸ и да стога она нису обавезујућа под околностима које онај које је обећање дао није имао у виду приликом преузимања обавезе.¹³¹⁹ Његова схватања су инспирисала дела Балдоа неких пола века касније.¹³²⁰

Занимљиво је да улога судова у овом периоду није била да успостави нарушену равнотежу између чинидбе и противчинидбе уговорних страна, већ само да установи да ли је дошло до правнорелевантне промене околности. На тај начин се чини да је начињен корак уназад када је реч о накнадном успостављању еквивалентности узајамних давања уговарача, у поређењу са улогом судије у већ поменутиим случајевима смањења закупнине пољопривредног добра због лоше жетве у римском праву.¹³²¹

¹³¹² D. Klasiček, M. Ivatin, 2018, 28

¹³¹³ Ђ. Чобелић, 1972, 10; R.A. Uribe Momberg, 2011, 30

¹³¹⁴ У овом Грацијановом декрету се цитира Свети Августин, који је инспирисан Цицероном сматрао да се „нико не може сматрати обавезним да одржи обећање да врати мач лицу које је у међувремену полудело.“ – Према: J. Gordley, 2004, 526

¹³¹⁵ Према: Ивица Јанковец, *Дејство промењених околности на уговорне односе (покушај хармонизације права европских земаља)*, Ревиија за европско право, 1999, број 1, 136

¹³¹⁶ Према: А. Дудаш 2015, 205

¹³¹⁷ Према: R.A. Uribe Momberg Uribe, 2011, 30

¹³¹⁸ Поједини аутори истичу да је он пре свега мислио на случајеве накнадне субјективне немогућности испуњења. Он је истицао да је обећање ограничено на оно што дужник може да (субјективно) испуни. Уколико је за њега то испуњење постало немогуће, неће се сматрати да је на то обавезан, чак и ако би то неко други могао испунити. – Према: Pichonnanaz P., 2011, 130

¹³¹⁹ J. Gordley, 2004, 526

¹³²⁰ P. Pichonnanaz, 2011, 136

¹³²¹ *Ibidem*.

8.3.2.3. Клаузула *rebus sic stantibus* у доба глосатора

Глосатори и постглосатори су отишли корак даље, уобличивши правило о утицају промењених околности на правну судбину уговора на следећи начин: ако у уговорима код којих извршење следи након одређеног времена дође до измене услова који су постојали у моменту закључења уговора, они се могу изменити или раскинути јер се воља странака не може односити на нешто што у моменту закључења уговора није ни постојало.¹³²²

Када је реч о глосаторима, неспорно је да су они први схватили огроман значај и практичну примењивост римске правне баштине и посветили се њеном изучавању. Међутим, интересантно је да чувена Акурзијева глоса¹³²³ не садржи било какву теорију о одступању од начела *pacta sunt servanda* онда кад испуњење уговора без кривице иједне уговорне стране, услед непредвиђених околности, постане отежано и нецелисходно.¹³²⁴

Закључак је да су у тој фази развоја правне мисли, наиме у XII и XIII веку,¹³²⁵ глосатори више били окупирани сазнавањем суштине правила римског права и очувањем од заборава, те покушајима да начине један кохерентан систем који би се могао применити у условима привредне експанзије која је задесила те просторе, него даљим проширивањем видика и изграђивањем нових теорија на темељима дотад сазнатих ставова истакнутих римских правника и филозофа.

Упркос томе, у глоси под називом *Glosa Ordinaria to Gratian Decretum* која се односила на већ поменути Грацијанов декрет из XII века стоји да се приликом закључења уговора увек подразумева услов да ствари остану какве су у моменту његовог склапања.¹³²⁶ Ова формулација је преузета из Дигеста, где је употребљена у потпуно другачијем контексту. Управо је наведена глоса инспирисала касније средњевековне ауторе.¹³²⁷

Слично је писао и Бартол, који је у својој Глоси на основу бројних појединачних примера извео општи закључак по ком је прећутни услов да би уговор био испуњен, односно услов који се увек подразумева, тај да ствари остану у истом стању у ком су биле у моменту закључења.¹³²⁸ Он је тај услов дефинисао као ”док околности остану исте”.¹³²⁹

И судска пракса је у то време почела да показује извешан интерес за примену правила о промењеним околностима. У том контексту је значајно поменути две судске одлуке, које датирају из тог периода и које се могу наћи у едицији *Cologne* из 1570. године, под називом *Selectae Quaestiones juris*.¹³³⁰ Обе се односе на уговор о закупу.

¹³²² С. Пановски, 1985, 32

¹³²³ Акурзијева глоса, која датира из средине XIII века, у теорији се описује као “завршни рад глосатора у коме су резимирана њихова достигнућа и дат скоро потпун апаратус њихових ранијих дела”, што је илустровано податком по ком број Акурзијевих глоса уз Дигеста износи 6257752. - Јелена Даниловић, *Болоњска школа и ренесанса права*, Зборник радова, 1967-1968, број 2, 392

¹³²⁴ А. Дудаш, 2015, 203

¹³²⁵ Ђ. Чобелић, 1972, 9

¹³²⁶ Према: J. Gordley, 2004, 525

¹³²⁷ R.A. Uribe Momberg., 2011, 30

¹³²⁸ Према: A. Hutchinson, 2009, 64

¹³²⁹ Према: P. Pichonnanaz, 2011, 134

¹³³⁰ Geruinum Calenium, Johannis Quentelii, *Selectae quaestiones juris variae vere aureae*, Köln, 1570

У првој је суд сматрао да закупац не мора даље плаћати закупнину за место на ком је изграђен млин, јер је у току трајања уговора о закупу надошла река и однела тај млин. Јасно је да је приликом одлучивања суд узео у обзир такву промену околности коју уговорне стране нису могле предвидети ни предупредити, а која је имала значајне последице по једну уговорну страну, којој је испуњење обавезе постало знатно отежано. Наиме, у складу са редовним током ствари, закупац је могао да приушти да плаћа закупнину за земљиште на ком је млин саграђен, од прихода које му исти доноси. Али, како услед новонасталих околности тај млин више не постоји, закупац би и даље могао да плаћа закупнину (дакле није реч о немогућности испуњења уговорне обавезе) али из других извора прихода, што врло отежава извршење његове обавезе.¹³³¹

У другој одлуци се на још општији начин наводи да је имплицирани услов приликом склапања уговора о закупу да стање ствари остане као у моменту закључења, због чега се не мора плаћати закупнина уколико се околности у међувремену промене.¹³³²

У нашој правној теорији се истиче да су ове одлуке посебно значајне јер се у изразима који су у њима коришћени налази прототип формуле која ће касније бити употребљена да би се објаснило дејство промењених околности на обавезну снагу уговора.¹³³³

8.3.2.4. Клаузула *rebus sic stantibus* у доба постглосатора

Неспорно је да су највећи допринос развоју доктрине промењених околности дали постглосатори¹³³⁴ који су у периоду између 14. и 16. века објединили рад канониста и глосатора у овој области, наставили га, проширили и уобличио у јединствен институт облигационог права. Управо се за период постглосатора везује клаузула „*Omnis conventio interpretatur rebus sic stantibus*“, која подразумева да свака уговорна страна може да захтева ревизију уколико је због касније насталих околности запала у тешку економску ситуацију, а из разлога што се новонастало стање не слаже са оним на основу ког је та уговорна страна формирала вољу кад је приступила закључењу правног посла.¹³³⁵ Оно што је нарочито интересантно јесте да је оваква концепција сасвим у складу са тада доминантним схватањем по коме је обећање обавезујуће за уговорне стране. Како би се од њега одступило, било је неопходно да постоји неки имплицирани услов његове примене у самом обећању. Стога се институт измене или раскида уговора због промењених околности није посматрао као антипод, већ као допуна начела *pacta sunt servanda*, с обзиром да се оба заснивају на вољи уговорних страна.¹³³⁶

У развоју клаузуле *rebus sic stantibus* међу постглосаторима су нарочито истакнуту улогу имали Бартол, Балдо и Јасон.¹³³⁷ Бартол, као оснивач и један од најцењенијих припадника постглосаторске школе, сматрао је да свака изјава о одрицању

¹³³¹ Према: Ђ. Чобелић, 1972, 10

¹³³² *Ibidem*.

¹³³³ Ђ. Чобелић, 1972, 10

¹³³⁴ Рад постглосатора је значајан за развој уговорног права уопште, јер су управо они синтезом и анализом појмова коришћених у Јустинијановој кодификацији почели да стварају модерне правне појмове. – М. Живковић, 2006, 19

¹³³⁵ Р. Ковачевић Куштримовић, 1979, 290

¹³³⁶ R.A. Uribe Momberg, 2011, 31

¹³³⁷ А. Дудаш, 2015, 205

од неког права подразумева и клаузулу „*rebus sic se habentis*“, односно да таква изјава има правно дејство све док ствари стоје онако како су стајале као у време када је предметна изјава дата.¹³³⁸ У теорији се наводи да је он први аутор који је увео ову идеју у грађанско право.¹³³⁹ Ипак, ограничио је домен примене правила о промењеним околностима на правна акта којим се одриче од права.¹³⁴⁰

Балдо је такође сматрао да је имплицирани услов сваког уговора тај да околности остану непромењене у односу на оне које су постојале у време његовог закључења.¹³⁴¹ Штавише, он је проширио домен примене овог правила на сва обећања, држећи да она обавезују само уколико се чињенично стање не промени до момента њиховог испуњења.¹³⁴² При томе, он је под термином ”обећања” подразумевао само она обећања која правно обавезују.¹³⁴³

Јасон је пак проширио примену теорије о промењеним околностима на све изјаве воље, сматрајући да свака изјава воље садржи клаузулу *rebus sic se habentis*,¹³⁴⁴ било да је у питању изјава последње воље, уговор, заклетва и одрицање од права.¹³⁴⁵ Његов рад је нарочито значајан јер је имао велики утицај на грађанскоправне ауторе из 16. и 17. века.¹³⁴⁶

Захваљујући идејама постглосатора, доктрина о промењеним околностима је дефинитивно постала део правне теорије. Стога је присутна у различитим формулацијама у свим коментарима који датирају из тог времена. Поред формулације *rebus sic se habentis* за означавање института промењених околности користиле су се и друге фразе са истим значењем: *cassante causa cessat effectus* (ако престане узрок, престаје и последица), *voluntas non porrigitur as incognitata* (воља се не односи на оно што се није имало у виду), *quae de novo emergent novo indigent auxilio* (оно што се ново појави изискује и нова средства) и друге.¹³⁴⁷ Хуманисти су углавном користили фразу *si res in eodem stau permaneat*.¹³⁴⁸

Временом се за означавање утицаја промењених околности на садржину и важење уговора усталила формулација „*clausula rebis sic stantibus*“, која је и данас широко распрострањена. Сматра се да је ову формулацију први користио Понтанус у раном 15. веку, у једном правном мишљењу. Као опште правило тај израз је признао Децијус коју деценију касније у једном од својих правних мишљења.¹³⁴⁹

¹³³⁸ Према: Р. Pichonnanaz, 2011, 134

¹³³⁹ R.A. Uribe Momberg, 2011, 30

¹³⁴⁰ Према: В. Круљ, 1967, 17

¹³⁴¹ Р. Pichonnanaz, 2011, 135

¹³⁴² Према: А. Hutchinson, 2009, 64

¹³⁴³ Према: R.A. Uribe Momberg, 2011, 30

¹³⁴⁴ Према: В. Круљ, 1967, 17

¹³⁴⁵ Према: Ђ. Чобелић, 1972, 11

¹³⁴⁶ R.A. Uribe Momberg, 2011, 31

¹³⁴⁷ А. Дудаш, 2015, 205

¹³⁴⁸ Према: Р. Pichonnanaz, 2011, 137

¹³⁴⁹ *Ibidem*, 136

8.3.3. Развој правила о измени или раскиду уговора због промењених околности у периоду између XVI и XVIII века

Идеје о томе да је у сваком уговору имплицирана клаузула *rebus sic stantibus* су у периоду који је уследио наишле на оштре критике. Већина аутора тог времена је сматрала да би доследно прихватање таквог тумачења довело до правне несигурности, „јер би и најмања, чак и незнатна промена околности представљала основ за раскидање или измену уговора, што би обесмислило закључивање уговора са трајним извршењем престација.“¹³⁵⁰

Наиме, канонисти, глосатори и постглосатори су поставили темеље теорији о промењеним околностима, али нису се детаљније бавили претпоставкама чија је испуњеност услов примене ових правила. Насупрот њима, теоретичари су у периоду између XVI и XVIII века прецизније дефинисали услове примене клаузуле *rebus sic stantibus*. Међутим, преовладавао је став да би прихватање њене примене као генералног правила, односно имплициране клаузуле у сваком уговору, резултирало урушавањем уговорне дисциплине и озбиљном правном несигурношћу.¹³⁵¹

Овакво схватање било је у складу са доминантном позицијом начела слободе уговарања у уговорном праву тог доба, која ће, додуше, свој пуни замах и процват доживети након Француске буржоаске револуције.¹³⁵² То је последица развоја либералног капитализма у коме се тежи уклањању односно минимизирању забрана попут прекомерног оштећења, широко схваћених зеленашких уговора и ограничавања каматне стопе. У тај ред спада и институт измене или раскида уговора због промењених околности, који се коси са тада доминантном слободом уговарања и обавезом преузимања тако насталих ризика од штете.¹³⁵³

Насупрот критичарима идеје о имплицираној примени института промењених околности, припадници природне школе права који су усвојили и подржавали ову идеју, сматрали су да уговарач није дужан да испуни своју уговорну обавезу уколико је дошло до промене околности која се тиче „јединственог разлога“ или „јединственог узрока“ његовог обећања или „претпоставке постојања одређене чињенице“ на којој је сагласност воља заснована.¹³⁵⁴

8.3.3.1. Становиште француске правне теорије о клаузули о промењеним околностима

Када је реч о француској правној теорији, приметно је одсуство правила о промењеним околностима у делима најзначајнијих француских правника тог доба.¹³⁵⁵ Поједини француски правни аутори из 16. века, попут Алцијата, сматрали су да би се изузетно, кад је дошло до такве промене околности које странке нису могле предвидети, могла оправдати примене клаузуле *rebus sic stantibus*. Примера ради, Алцијат је

¹³⁵⁰ Према: А. Дудаш, 2015, 206

¹³⁵¹ Према: S. Petrić, 2006, 91

¹³⁵² М. Живковић, 2006, 23

¹³⁵³ S. Petrić, 2006, 92

¹³⁵⁴ Према: J. Gordley, 2004, 526

¹³⁵⁵ Према: S. Petrić, 2006, 92

наглашавао да се не може прихватити да у сваком уговору постоји имплицирани услов да ће се обавезе испунити уколико се околности не промене, јер би оно што су странке сагласно уговориле требало да има превласт над интересима само једног уговарача. Он је сматрао да би се примена института промењених околности могла оправдати само уколико постоји објективан стандард процене тога да ли су околности које су наступиле биле изванредне и непредвидиве за обе уговорне стране.¹³⁵⁶ Међутим, таква схватања су била усамљена.

Већ смо поменули да су француски правни теоретичари тог доба сматрали да начело аутономије воље има примат¹³⁵⁷ и да се једном склопљен уговор не може мењати ако је извршење престације и даље могуће, ма са каквим тешкоћама оно било склопљено.

И у пракси француских судова су се правила о промењеним околностима примењивала само на феудалне трајне обавезе и то у случајевима када је дошло до грубог нарушавања уговорне равнотеже. Такве одлуке су доношене позивањем на начело једнакости узајамних давања уговорних страна.¹³⁵⁸

8.3.3.2. Схватања италијанске правне теорије о клаузули *rebus sic stantibus*

Насупрот томе, италијанска доктрина и судска пракса су дале велики допринос у даљем развијању основних елемената теорије о промењеним околностима. У том контексту, нарочито су значајни радови двојице кардинала, Мантика и Жан Батисте де Лука. Из дела ове двојице црквених великодостојника произлази да се примена клаузуле *rebus sic stantibus* ограничава на уговоре са роком или са сукцесивним давањем, и то само под условом да су у питању случајеви код којих би потпуно и апсолутно испуњење обавезе једној страни нанело такву штету која би представљала очигледну неправду. Наведени ставови су били заступљени и у судској пракси тог доба.¹³⁵⁹

8.3.3.3. Клаузула *rebus sic stantibus* у холандској и немачкој правној теорији

Нарочит значај за развој теорије о промењеним околностима имала је, пак, немачка правна наука. Премда су њени припадници прихватили нужност постојања клаузуле *rebus sic stantibus* као правног инструмента заштите начела једнаких давања, они су стајали на становишту да се клаузула о промењеним околностима не може сматрати обавезним елементом свих уговора, већ само оних код којих се тумачењем заједничке намере уговорних страна долази до закључка да су оне условиле правно дејство уговора тиме да се околности које су постојале у време његовог закључења не промене.

Овакво схватање су у XVII и XVIII веку заступали јуснатуралисти, предвођени Гроцијусом и Пуфендорфом.¹³⁶⁰ Интересантно је да су оба ова аутора били прилично

¹³⁵⁶ Према: R.A. Uribe Momberg, 2011, 31

¹³⁵⁷ Према: М. Живковић, 2006, 23

¹³⁵⁸ Према: R.A. Uribe Momberg, 2011, 35

¹³⁵⁹ Према: Ђ. Чобељић, 1972, 12

¹³⁶⁰ Према: А. Дудаш, 2015, 206

загрижени заговорници примена начела *pacta sunt servanda*, те да су истицали да је обавезујућа снага обећања једна од основних принципа природног права.¹³⁶¹

Према Гроцијусу, уговор се на основу прећутно уговорене клаузуле *rebus sic stantibus*¹³⁶² може раскинути само изузетно, ако се из самог уговора може закључити да су стране преузеле обавезу под условом да ствари остану какве су биле у време склапања уговора. Он дакле није сматрао да је реч о општем правилу које је имплицирано у сваком уговору. Потребно је било да је стабилност околности које су постојале у моменту закључења уговора један од битних мотива за његово закључивање.¹³⁶³ Он наводи да постоје две групе таквих случајева: уколико би испуњење обавезе нарушило природни закон (пример би био враћање мача лицу које је у међувремену полудело) или уколико би испуњење обавезе било прекомерно оптерећујуће и несносно. Примери које наводи за другу ситуацију су следећи: ситуација када неко тражи назад ствар коју је посудио пре договореног рока јер му је преко потребна, ситуација када неко не испуни обећање да војно помогне другом јер му је дом нападнут и ситуација када се разреже такса односно порез и лицу које је изузето од плаћања истих, у условима екстремне нужде. На основу наведених примера, евидентно је да је он своју пажњу усмерио на унилатерална обећања. Но, важно је да је оставио могућност да онај ко је обећање дао не испуни своју обавезу јер му је то постало претерано отежано.¹³⁶⁴ Поред тога, према овом аутору, правила о промењеним околностима требало би примењивати и када је реч о односима између држава.¹³⁶⁵ Гроцијусова схватања су прихватили и други представници школе природног права, међу којима се истиче Пуфендорф.¹³⁶⁶

Пуфендорф је пак сматрао да промењене околности могу имати утицаја на правно дејство уговора једино у оним случајевима када је то била намера странака, или уколико би с обзиром на циљ и предмет уговора доследна примена начела *pacta sunt servanda* имала озбиљне и тешке последице.¹³⁶⁷

Када је реч о примени клаузуле *rebus sic stantibus*, немачка теорија тог доба је сматрала да би њена примена требало да се, додуше под јасно и прецизно дефинисаним условима, прошири и на домен приватноправних уговора.

Тако су Еберхард и Вебер истицали да је неприхватљиво да се правила о измени или раскиду уговора услед промењених околности примене само на основу тога што се тумачењем сагласности воља може закључити да су странке на то пристале. Еберхард је сматрао да је за примену клаузуле *rebus sic stantibus* нужно да промена околности битно утиче на главни циљ уговора, односно на околности које су се приликом закључивања истог претпостављале. Вебер је пак истицао да је услов примене правила о промењеним околностима то да промена околности у питању утиче на правну природу закљученог уговора, односно да о томе постоји изричит договор самих странака.¹³⁶⁸ У супротном, постоји злоупотреба ове клаузуле.¹³⁶⁹

¹³⁶¹ Према: R.A. Uribe Momberg, 2011, 26

¹³⁶² Он не користи термин клаузула *rebus sic stantibus*, већ *si res maneat quo sunt loco*. – Према: P. Pichonnanaz, 2011, 134

¹³⁶³ Према: A. Hutchinson, 2009, 68

¹³⁶⁴ Према: R.A. Uribe Momberg, 2011, 32

¹³⁶⁵ Према: Ђ. Чобелић, 1972, 12

¹³⁶⁶ Према: P. Pichonnanaz, 2011, 137

¹³⁶⁷ Према: М. Ђурђевић, 1994, 34 и А. Hutchinson, 2009, 69

¹³⁶⁸ Према: Ђ. Чобелић, 1972, 13

¹³⁶⁹ Према: В. Круљ, 1967, 20

Поједини аутори су хвалили јасноћу и прегледност Веберовог схватања, истичући да је оно услед начина на које је формулисано много лакше за примену од идеја његових претходника, који су се такође залагали за ограничену примену клаузуле *rebus sic stantibus* у уговорном праву.¹³⁷⁰

Занимљиво је да је Коцеји, такође цењен немачки аутор тог времена, институт измене или раскида уговора због промењених околности сматрао општим институтом који има своју примену у разним гранама права, попут међународног, грађанског и црквеног права. Упркос томе, овај аутор је прихватао рестриктивно становиште о примени овог правног средства у уговорном праву, наводећи да се не може сматрати да је клаузула *rebus sic stantibus* прећутно уговорена у свим уговорима.¹³⁷¹ По његовом гледишту, ово правно средство је везано само за одређене врсте уговора, попут уговора о налогу, о депозиту и за тестаментална располагања.¹³⁷²

Лејзер је пак заступао шире схватање по ком свако обећање неке чинидбе подразумева и могућност да се то обећање опозове ако се околности промене, под условом да давалац обећања није могао да предвиди ту промену околности у време кад је обећање дато.¹³⁷³ Према томе, он се залагао за ширу примену правила о промењеним околностима. Суштина његовог схватања се огледа у следећем: ако је било више циљева због којих је уговор склопљен, применом клаузуле *rebus sic stantibus* уговор не би требало раскинути, већ изменити. Такође, постоје три услова примене ове клаузуле: обећање не би било дато да је нова околност постојала у време његовог закључења, страна погођена променом околности их није ни на који начин изазвала и околности о којима је реч се нису могле избећи ни предвидети. На тај начин он више не ставља акценат на клаузулу *rebus sic stantibus* као имплицирани услов уговора, већ тежиште интересовања пребацује на то да ли су уговорне стране могле и у којој мери да предвиде наступање околности у питању.¹³⁷⁴

Коп се слагао са овим тумачењем, али се залагао да примена института промењених околности у области уговорног права буде што шири.¹³⁷⁵

Немачка теорија, која је генерално имала позитиван став према примени клаузуле *rebus sic stantibus* извршила је значајан утицај не само на судску праксу, већ и на тадашњу законодавну активност.¹³⁷⁶ Стога није изненађујуће што су прве кодификације грађанског права, попут Баварског грађанског законика из 1756. године¹³⁷⁷ и Пруског земаљског законика¹³⁷⁸ донетог 1794. године, садржале правила о промењеним околностима. Баварски грађански законик је предвиђао клаузулу о промењеним околностима као опште правило, док се пруски законодавац определио за нешто рестриктивнији приступ.¹³⁷⁹ У домаћој теорији се због тога истиче да је ”период XVIII

¹³⁷⁰ Ђ. Чобелић, 1972, 13

¹³⁷¹ *Ibidem*, 12

¹³⁷² Према: А. Дудаш, 2015, 207

¹³⁷³ Према: В. Круљ, 1967, 20 и А. Hutchinson, 2009, 69

¹³⁷⁴ Према: R.A. Uribe Momberg, 2011, 33

¹³⁷⁵ Према: Ђ. Чобелић, 1972, 12

¹³⁷⁶ *Ibidem*, 13

¹³⁷⁷ Баварски грађански законик је познат и као Максимилијанов грађански законик – *Codex Maximilianus Bavaricus civilis*. – Предраг Стојановић, Илија Зиндовић, *Инфлаторне и ценовне флукутације као основ за примену клаузуле rebus sic stantibus*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2013, број 64, 107

¹³⁷⁸ У оригиналу: *Allgemeines preussisches Landrecht*.

¹³⁷⁹ Према: P. Pichonnanaz, 2011, 137

века забележен као период када је клаузула *rebus sic stantibus* стекла право грађанства у законцима тог доба”.¹³⁸⁰

8.3.3.4. *Институт измене или раскида уговора због промењених околности у Баварском грађанском законуку и Пруском земаљском законуку*

Баварски грађански законик је у свом четвртном делу, 15. члану и 12. параграфу предвиђао да ће се обавезе уговорних страна угасити у случају да се околности промене, без њихове кривице и на начин који оне нису могле предвидети, под условом да је промена околности таква да „дужник не би засновао обавезу да је унапред могао да предвиди њихову промену по непристрасном и поштенном осећању разумних лица“.¹³⁸¹ Ова клаузула се могла применити само онда када није било доцње,¹³⁸² као ни кривице, нити дужниковог деловања да би до промене околности дошло.¹³⁸³ Поред тога, ценило се да ли се промена околности могла предвидети и било је важно да није реч о тривијалној измени околности.¹³⁸⁴ Уколико су сви наведени услови били испуњени, суд је могао или да раскине уговор, или да изврши његову ревизију.¹³⁸⁵

Приликом регулисања овог института¹³⁸⁶ творци Пруског земаљског законика определили су се за знатно рестриктивнији приступ, а у складу са тадашњим схватањима у германским правним круговима о томе да би овај институт требало примењивати само изузетно и то у случају када се због измењених околности не може остварити циљ уговора.¹³⁸⁷ Додатни услов био је да уговор у питању још није извршен.¹³⁸⁸ Сматрало се да је принцип *pacta sunt servanda* сувише важан да би се уговорним странама могло признати опште право да одбију извршење уговора на основу тога што су се околности промениле, што је изричито и предвиђено члановима 378. и 1974. Пруског земаљског законика.¹³⁸⁹

Како је значај и правни утицај ова два законика био несумњив, чињеница да су клаузулу о промењеним околностима прописивали у виду општег правног правила даје им посебно место у развоју тог правног инструмента. Поједини правни аутори истичу да су Баварски грађански законик и Пруски земаљски законик заправо поставили „камен темељац у изградњи и уважавању овог института“,¹³⁹⁰ те да су њихова нормативна решења утицала на изградњу ставова у правној теорији, али и инспирисала и охрабрила увођење правила о промењеним околностима у друга европска законодавства.

¹³⁸⁰ И. Зиндовић, 2017, 39

¹³⁸¹ Према: Круљ В., 1967, 20 и А. Hutchinson, 2009, 70

¹³⁸² Према: П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 107

¹³⁸³ Према: И. Зиндовић, 2017, 39

¹³⁸⁴ Према: R.A. Uribe Momberg, 2011, 33

¹³⁸⁵ Према: Ђ. Чобелић, 1972, 13

¹³⁸⁶ То је било учињено члановима 337. и 338. овог Законика.

¹³⁸⁷ Према: А. Hutchinson, 2009, 71

¹³⁸⁸ Према: Ђ. Чобелић, 1972, 14

¹³⁸⁹ Према: R.A. Uribe Momberg, 2011, 33

¹³⁹⁰ П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 107

8.3.4. Клаузула *rebus sic stantibus* у великим грађанским кодификацијама XIX и XX века

Даљи развој клаузуле о промењеним околностима је прекинут доношењем грађанских законика у XIX веку и почетком XX века. Насупрот првим, већ поменутиим грађанским законима, касније и напредније цивилне кодификације нису предвиђале клаузулу *rebus sic stantibus* као разлог преиначења или раскида уговора у форми општег правила, већ само у виду појединачних, прецизно одређених изузетака од начела *pacta sunt servanda*.

Разлог је био једноставан: постојао је снажан утицај историјскоправне школе која је подржавала апсолутно обавезујућу снагу оног што је уговорено, као и доктрине економског либерализма која је почивала на начелу аутономије воље, слободи уговарања и правној сигурности.¹³⁹¹ Поред тога, полазило се од тога да клаузула о промењеним околностима није у складу са потребама несметаног економског развоја и да је уопштено говорећи противна концептима економске слободe и приватне аутономије.¹³⁹²

8.3.4.1. Велике грађанске кодификације које не садрже правила о промењеним околностима у виду општег института уговорног права

8.3.4.1.1. Институт измене или раскида уговора због промењених околности и француски *Code civil*

Француски Грађански законик из 1804. године,¹³⁹³ који је био уједно и први велики законик новог, буржоаског друштва¹³⁹⁴ и имао огроман утицај на законодавства бројних европских земаља¹³⁹⁵ не познаје институт измене или раскида уговора због промењених околности.

Тако је у члану 1134. овог законика експлицитно наведено да је уговор закон за уговорне стране.¹³⁹⁶ Оваква одредба је била у складу са рационалистичко - индивидуалистичком теоријом која је тада доминирала.¹³⁹⁷ По тој теорији, воља је извор како субјективног, тако и објективног права. Закон и уговор су били једнаке правне снаге, те се уговор није могао мењати законом већ само сагласном вољом странака.¹³⁹⁸ Суд није имао овлашћење да се меша у уговорне односе странака,¹³⁹⁹ односно да заштити слабију уговорну страну, чак ни у случају изванредне промене околности.¹⁴⁰⁰

Такво схватање је било усклађено и са начелом поделе власти, које је типично за буржоаски друштвени систем, а по ком је улога суда стриктно сведена на примену права, а никако на његово стварање. Поједини аутори чврсту примену начела аутономије воље

¹³⁹¹ R.A. Uribe Momberg, 2011, 34

¹³⁹² В. Круљ, 1967, 21

¹³⁹³ У оригиналу: *Code civil de francais*, познат и као *Code Napoleon* (Наполеонов кодекс).

¹³⁹⁴ Ђ. Чобелић, 1972, 15

¹³⁹⁵ Д. Николић, 2017, 52

¹³⁹⁶ files.libertyfund.org/files/2353/CivilCode_1566_Bk.pdf, приступила 4.3.2020. године

¹³⁹⁷ П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 102

¹³⁹⁸ D. Klasiček, M. Ivatin, 2018, 29

¹³⁹⁹ Р. Ковачевић, 1973, 285

¹⁴⁰⁰ Ђ. Чобелић, 1972, 15

повезују са неповерењем према судијама након Француске буржоаске револуције, док други истичу да је посредни био страх од „ланчаних модификација“.¹⁴⁰¹ Поред тога, постоје мишљења да је и економска стабилност Француске у то време допринела негативном ставу законодавца о примени наведене клаузуле.¹⁴⁰² Није згорег поменути ни да институт измене или раскида уговора због промењених околности нису прихватили аутори Жан Дума и Роберт Поттијер¹⁴⁰³ на чије радове су се творци нацрта француског Грађанског законика прилично угледали.

Међутим, важно је напоменути да иако француски Грађански законик не садржи правила о промењеним околностима као једном општем институту уговорног права, она су се посредно могла извести из члана 1134, којима је предвиђено да се уговори морају извршити у складу са начелом савесности и поштења.¹⁴⁰⁴ Неки аутори у овом контексту истичу и одредбу *Code civil*-а по којој је раскид уговора могућ у случају више силе.¹⁴⁰⁵

Међутим, тадашња теорија у Француској, која је припадала класичној школи права, жустро се противила примени института промењених околности у области уговорног права.¹⁴⁰⁶ Познати француски аутор Ж. Риперт сматрао је да је ”закључивање уговора предвиђање будућности”¹⁴⁰⁷ и да у складу са тим уговорне стране морају да испуњавају оно што је уговорено, без обзира на евентуалну промену околности. Риперт је био међу најутцајнијим француским правним теоретичарима и исказао је оно о чему је у француској правној теорији постојала готово апсолутна сагласност – да би се прихватањем измене или раскида уговора због накнадне измене околности нарушила правна стабилност и правна извесност.¹⁴⁰⁸

Као изузетак би се могла навести теорија Ларомбијера по којој је „грешка у мотиву“ могла утицати на валидност уговора само ако суд утврди да је то била намера странака. По овој теорији, суд то чини утврђивањем да ли је према околностима случаја чињеница која се сматра мотивом била одлучујући разлог за закључивање уговора и да ли је консензус уговорних страна зависио од њеног остваривања.¹⁴⁰⁹ Уколико је то био случај, уговор не би могао остати на снази јер то није у складу са вољом странака. Оне нису закључиле такав уговор и нису постигле консензус воља у том погледу. Другим речима, тај уговор не би испуњавао сврху свог закључења у очима уговорних страна.

Овакво схватање Л. Тракман објашњава фикцијом да суд својим поступањем не чини ништа више од пуког омогућавања уговорним странама да добију оно што би они сами себи дале уговором да су у време његовог закључивања могле да предвиде.¹⁴¹⁰

Генерално посматрано, став француске судске праксе био да је уговор могуће раскинути само уколико је испуњење престације апсолутно немогуће због више силе. Другим речима, уговор је могао престати онда када га је немогуће испунити. У свим осталим случајевима се сматрало да су уговорне стране везане закљученим уговором и

¹⁴⁰¹ Према: В. Живковић, 2012, 243

¹⁴⁰² Према: Ђ. Чобелић, 1972, 15

¹⁴⁰³ Према: R.A. Uribe Momberg, 2011, 35

¹⁴⁰⁴ Према: К. Ковач, 1966, 23-24

¹⁴⁰⁵ Према: Б. Антић, 2014, 2

¹⁴⁰⁶ Према: Ђ. Чобелић, 1972, 16

¹⁴⁰⁷ Према: Р. Pichonnanaz, 2011, 125

¹⁴⁰⁸ *Ibidem*, 126

¹⁴⁰⁹ Према: J. Gordley, 2004, 526

¹⁴¹⁰ Leon E. Trakman, *Frustrated Contracts and Legal Fictions*, Modern Law Review 46, 1983, no. 1, 41

то без изузетака.¹⁴¹¹ Временом је дошло до разлика у схватањима између грађанских и административних судова, о чему ће касније више бити речи.

8.3.4.1.2. Аустријски Грађански законик и клаузула *rebus sic stantibus*

Аустријски Грађански законик из 1811. године¹⁴¹² је резултат шест деценија кодификаторског рада. Његов утицај је био нарочито велик када је реч о правним системима централно и источноевропских земаља. У контексту домаћег права, интересантно је да је послужио као узор за Српски грађански законик, а био је извор права и у неким од правних области Краљевине Југославије.¹⁴¹³

Овај законик такође не познаје институт измене или раскида уговора због промењених околности као општи институт уговорног права. Иако клаузула *rebus sic stantibus* није регулисана као опште законско правило, параграф 936. овог законика успоставља правило по ком се може захтевати раскид уговора „уколико се у времену између предговора и момента кад уговор треба да буде закључен деси нешто што коренито мења ситуацију између странака“,¹⁴¹⁴ односно ако се околности толико промене да обесмишљавају циљ уговора, било да је он експлицитно наведен у самом уговору или имплициран, или се услед те промене околности изгуби поверење једне од уговорних страна.¹⁴¹⁵

8.3.4.1.3. Немачки Грађански законик и клаузула о промењеним околностима

Немачки Грађански законик из 1900. године је резултат више од три деценије рада на кодификацији немачког права након уједињења немачких земаља. У питању је врло обиман законик који обилује стручном терминологијом. Такође честа су упућивања, што његову примену чини комплекснијом. Упркос наведеним недостацима, његов значај је врло велики, како на земље које припадају германском правном кругу, тако и на српско грађанско право.¹⁴¹⁶

Овај законик такође није прихватао клаузулу *rebus sic stantibus* у форми општег правила уговорног права. То је са једне стране било последица утицаја немачке историјске школе и теорије воље, а са друге стране резултат утицаја француске правне доктрине по којој је или уговор могуће извршити (у ком случају остаје на снази у изворном облику) или није (у ком случају ће бити раскинут).¹⁴¹⁷

Примена института промењених околности је посредно омогућена чланом 321. овог законика, којим је предвиђено да страна која је у уговорном односу прва обавезна да испуни престацију, уколико сматра да се имовинска ситуација друге уговорне стране у међувремену толико изменила да више није сигурно да ће моћи да изврши своју обавезу, има право да одложи испуњење своје престације док не добије одговарајуће обезбеђење или противчинидбу друге стране.¹⁴¹⁸

¹⁴¹¹ Према: В. Живковић, 2012, 242

¹⁴¹² У оригиналу: *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*.

¹⁴¹³ Д. Николић, 2017, 53

¹⁴¹⁴ Према: К. Ковач, 1966, 24

¹⁴¹⁵ Према: А. Дудаш, 2015, 209

¹⁴¹⁶ Д. Николић, 2017, 54

¹⁴¹⁷ В. Живковић, 2012, 254

¹⁴¹⁸ gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1175, приступила 12.6.2020. године

Примена клаузуле о промењеним околностима је „на мала врата“ уведена у немачки Грађански законик и кроз одредбу члана 610, којом је било прописано да код предуговора о зајму уговорна страна има право да повуче своје обећање зајма ако се имовно стање зајмопримца тако погоршало да је повраћај зајма постао упитан.¹⁴¹⁹

Јасно је да наведена правила уважавају промењене околности као правно релеватну чињеницу по судбину уговора. Међутим, због њиховог појединачног карактера и везаности за личност дужника и његову солвентност, а не за економске прилике и привредне поремећаје у којима се уобичајено примењује институт измене или раскида уговора због промењених околности, наведене одредбе чланова 321. и 610. немачког Грађанског законика нипошто нису знак значајнијег прихватања и неког већег утицаја клаузуле *rebus sic stantibus* у немачком уговорном праву тог доба.¹⁴²⁰

Поједини аутори пак истичу да се, као и када је реч о француској грађанској кодификацији, примена института промењених околности може посредно извести и из одредби параграфа 157. и 242. немачког Грађанског законика, које прописују обавезу уговорних страна да уговоре извршавају у складу са начелом савесности и поштења.¹⁴²¹

Немачка судска пракса је подржала законодавца, сматрајући да нема места примени клаузуле *rebus sic stantibus* као општег правила када су у питању уговорни односи. Тако је највиши немачки суд, *Reichsgericht*, у својој чувеној одлуци од 11.4.1902. године изразио став по коме, осим када је реч у изузетним случајевима прописаним члановима 321. и 610, промена имовног стања једног уговарача нема утицаја на облигацију другог, истовремено наглашавајући да немачки Грађански законик не усваја принцип о прећутном уношењу клаузуле о промењеним околностима у сваки уговор.¹⁴²²

Када је реч о немачкој правној теорији овог доба, важно је поменути Виндшајда који се заузимао за примену клаузуле *rebus sic stantibus*. Он је у својој теорији уговорних претпоставки¹⁴²³ изнео да странке улазе у уговорне односе под претпоставком да ће одређене правне последице наступити само ако су за то испуњени услови. Он је сматрао да уговорна обећања нису, стриктно посматрано, условна и да формално посматрано уговор остаје на снази чак и уколико се наведена уговорна претпоставка не испуни. Међутим, испуњење уговора у том случају губи своју оправданост јер није више у складу са правим намерама странака. Фокус је у овој теорији стављен на очекивања која су уговорне старне имале приликом закључења уговора. Ипак, услов примене клаузуле *rebus sic stantibus* и у овом случају јесте да је сауговарач имао у виду уговорне претпоставке друге стране која је погођена променом околности, те да је он знао да је њено испуњење кључни разлог због кога се дужник испуњења обавезе на исто и обавезао.¹⁴²⁴

Суштински, Виндшајд је дакле налазио да постојање одређених околности може бити један од „прећутних“ услова постојања уговора, које странке нису експлицитно унеле у сам уговор. Међутим, већина теоретичара XIX века је налазила да управо у томе лежи слабост његове теорије – уколико странке нису јасно и недвосмислено унеле

¹⁴¹⁹ Овај члан је каснијим реформама немачког Грађанског законика укинут.

¹⁴²⁰ Према: П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 105

¹⁴²¹ Peter Nau, *Frustration and its solution in German Law*, American Journal of Comparative Law, 1961, issue 4, 356

¹⁴²² Према: Ђ. Чобелић, 1972, 25

¹⁴²³ Ова теорија је изнета у његовом делу *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung* из 1850. године.

¹⁴²⁴ Bernhard Windscheid, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850, 10

одређени услов у уговор, како се може тврдити да су његову примену хтеле?¹⁴²⁵ Сматрало се да се његова теорија о уговорној претпоставци налази на пола пута између једностраног мотива и онога што су странке експлицитно уговориле, да је непрецизна и да суштински пребацује уговорни ризик само на једну уговорну страну.¹⁴²⁶

У годинама које су уследиле непосредно након доношења грађанске кодификације преовладало је становиште да се мора строго и без изузетака држати правила о обавезујућој снази уговора, те да је нужно водити рачуна о поштовању начела добре воље.¹⁴²⁷

8.3.4.1.4. Одсуство правила о промењеним околностима у швајцарском и италијанском праву XIX и раног XX века

У овом контексту је нарочито интересантан случај италијанског права. Упркос оном што би се могло очекивати када је реч о италијанском праву, које се у литератури назива и колевком клаузуле *rebus sic stantibus*,¹⁴²⁸ као и чињеници да су правила о промењеним околностима врло често примењивана у италијанској пракси почев од XVII века,¹⁴²⁹ институт измене или раскида уговора због промењених околности у тамошњем законодавству дуго није био прихваћен као опште правило.¹⁴³⁰

Наиме, италијански Грађански законик из 1865. године није познавао генералну примену клаузуле *rebus sic stantibus*. Правила о измени или раскиду уговора због промењених околности нису постојала као општи институт уговорног права.¹⁴³¹ Чланом 1123. Законика потврђено је начело аутономије воље.¹⁴³² Дужник се могао ослободити обавезе само у случају више силе¹⁴³³ под чиме се подразумевала само апсолутна, нескривљена и непредвидива сметња настала после закључења уговора.¹⁴³⁴ Чак су одредбе члана 1640. експлицитно предвиђале да се код уговора о грађењу не може тражити ревизија уговорне цене ако дође до повећања цене материјала или рада.¹⁴³⁵

У томе се види утицај француског Грађанског законика који такође није садржавао одредбу о институту промењених околности. Италијански законодавац је узео овај кодекс као модел јер се сматрало да одговара потребама нове, уједињене италијанске државе. Стављање акцента у француском грађанском законнику на заштиту приватне својине је одговарало новом слоју италијанске буржоазије. Уз то, многа његова решења су настала по узору на римско право, које је италијанским правницима било изузетно блиско, што је представљало додатни аргумент да се италијански законодавац угледа на француски Грађански законик.¹⁴³⁶

Међутим, упркос јасном ставу италијанског законодавца о нужности строгог поштовања уговора, судска пракса у том погледу није била уједначена. Под утицајем

¹⁴²⁵ Према: J. Gordley, 2004, 526

¹⁴²⁶ Према: R.A. Uribe Momberg, 2011, 34

¹⁴²⁷ Према: N. Horn, 1992, 138

¹⁴²⁸ П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 105

¹⁴²⁹ Према: S. Petrić, 2006, 96

¹⁴³⁰ D. Klasiček, M. Ivatin, 2018, 31

¹⁴³¹ Ђ. Чобелић, 1972, 21

¹⁴³² Члан 1123. италијанског Грађанског законика.

¹⁴³³ Ово је прописано члановима 1125. и 1126. италијанског *Codice civile*.

¹⁴³⁴ Према: П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 105

¹⁴³⁵ Чланови 1123. и 1640. италијанског Грађанског законика.

¹⁴³⁶ R.A. Uribe Momberg, 2011, 36

раније наведених идеја канониста, глосатора и постглосатора, те како је теорија промењених околности била дубоко уврежена у италијанској правној теорији и пракси, велики број судова је наставио да је примењује.¹⁴³⁷ Једна од најпознатијих одлука из тог времена у којој је то учињено јесте одлука Апелационог суда у Фиренци, донета 3.марта 1914. године, у којој је заузет став да се клаузула *rebus sic stantibus* подразумева код уговора закључених на дуги рок или са сукцесивним престацијама.¹⁴³⁸

Томе је сасвим извесно допринео значајан утицај пандектиста на италијанску правну науку. У једном делу теорије развијале су се како субјективне, тако и објективне доктрине на основу којих се оправдавао утицај промењених околности на правне обавезе настале по основу уговора.¹⁴³⁹ Тако је један део италијанских аутора сматрао да се тумачењем одредби чланова 1225. и 1226. Грађанског законика, којим су регулисани случајеви ослобађања дужника од испуњења обавезе услед дејства више силе, под условом да је поступао са пажњом доброг домаћина, може извести закључак да дужник има право да се те обавезе ослободи и у случају кад је испуњење обавезе могуће, али знатно отежано, под условом да је поступао са још вишим степеном пажње.¹⁴⁴⁰

Други аутори су пак сматрали да је овакво тумачење неприхватљиво и неосновано, истичући да је законик јасан и да су изузеци од начела *pacta sunt servanda* рестриктивно прописани. Са тим се слагао и део оних који су право примењивали у пракси. Наиме, иако је теорија о промењеним околностима, била прихваћена од дела правне теорије и извесног броја судова нижег степена,¹⁴⁴¹ највиши судови у земљи су у својим одлукама јасно и непоколебљиво заступали став о непромењивости уговора, осим ако је реч о вишој сили. Тако је у својој одлуци од 20. априла 1914.године, Касациони суд нагласио да „клаузула *rebus sic stantibus* није прихватљива у италијанском позитивном праву“ јер „промена цена представља нормалну могућност о којој се води рачуна приликом закључивања уговора, или се греша ако се таква промена није узимала у обзир.“¹⁴⁴²

Можемо закључити да је по овом питању постојала дубока подела како у теорији, тако и у пракси. На то да италијански судови на концу ипак прихвате примену клаузуле *rebus sic stantibus* утицале су извесне природне катастрофе које су задесиле Италију почетком XX века, као и последице два светска рата која су уследила.¹⁴⁴³ О томе ће касније бити више речи.

Швајцарски Законик о облигацијама из 1911. године је један од најоргиналнијих и најбољих савремених грађанских законика, захваљујући својој структури, јасноћи и избегавању упућивања. Поред великог утицаја који је имао на бројна европска, али и турско законодавство, швајцарски Законик је био узор за стварање нашег Закона о облигацијама.¹⁴⁴⁴ Овај кодекс је пример још једне „велике грађанске кодификације“ у

¹⁴³⁷ Према: S. Petrić, 2006, 93

¹⁴³⁸ Према: Ђ. Чобелић, 1972, 21

¹⁴³⁹ R.A. Uribe Momberg, 2011, 36

¹⁴⁴⁰ Аргумент за наведени став јесте да „немогућност која ослобађа дужника почиње тамо где се завршава нормална брижљивост, иако би иначе испуњење било могуће извршити уз једну већу брижљивост.“ – Према: Ђ. Чобелић, 1972, 22

¹⁴⁴¹ D. Klasiček, M. Ivatin, 2018, 31

¹⁴⁴² Исти суд је наведено гледиште потврдио у својој одлуци од 3.12.1914. године. – Ђ. Чобелић, 1972, 22

¹⁴⁴³ R.A. Uribe Momberg, 2011, 37

¹⁴⁴⁴ Д. Николић, 2017, 55-56

којој раскид или промена уговора због промењених околности није регулисан у форми општег облигационоправног института.¹⁴⁴⁵

Наиме, швајцарска теорија је одбацила доктрину клаузуле *rebus sic stantibus* сматрајући да доктрина о имплицитаном услову извршења уговора представља чисту фикцију неутемељену на било ком законском акту или правилу.¹⁴⁴⁶

8.3.4.2. Велике грађанске кодификације које садрже правила о промењеним околностима у виду општег института уговорног права

8.3.4.2.1. Законско регулисање клаузуле *rebus sic stantibus* у Општем имовинском законнику за Црну Гору

Интересантно је и вредно помена да је Општи имовински законик за Црну Гору стао у ред малобројних законика тог времена који су регулисали клаузулу *rebus sic stantibus*, те је у параграфу 359. овог законика била предвиђена могућност да се уговор о делу измени, као последица рата или особитих тешкоћа.¹⁴⁴⁷

Тако члан 359. Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору у ставу 1. предвиђа као опште правило поштовање начела *pacta sunt servanda*. Међутим, изузетак је предвиђен другим ставом истог члана који гласи: ”Тек кад би подуље ратно вријеме, које се није лако предвидјети могло, донијело каквих изванредних повишица у цијени радње или ствари, или каквих особитих тешкоћа у вршењу предузећа, тада суд, према приликама, може одређену цијену умјерено и повисити ”.¹⁴⁴⁸

На основу наведене одредбе јасно је да је врсни црногорски правник Валтазар Богишић препознао нужност да се под одређеним условима одступи од правила да је уговор закон за уговорне стране, али је наведене услове у законском тексту врло уско и рестриктивно поставио. Реч је била о изванредним, неочекиваним поскупљењима радње или ствари, које су последице дуготрајнијих ратних дејстава, или пак неких нарочитих потешкоћа другог типа. Уз то, како би се изменила уговорена цена, околности у питању су морале да испуњавају услов непредвидивости. Измене цене су при томе морале бити умереној мери.

¹⁴⁴⁵ А. Дудаш, 2015, 209

¹⁴⁴⁶ Према: Hans Smit, *Frustration of contract: a comparative attempt on consolidation*, Columbia Law Review, 1958, no.3, 289

¹⁴⁴⁷ Р. Ковачевић, 1973, 291; С. Пановски, 1985, 33

¹⁴⁴⁸ Балтазар Богишић, *Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору*, Цетиње, 1898, 125

8.3.5. Развој правила о измени или раскиду уговора због промењених околности у периоду након Првог светског рата и након Другог светског рата до почетка XXI века

8.3.5.1. Развој клаузуле *rebus sic stantibus* у периоду након Првог светског рата у француском праву

Већ крајем XIX и током XX века, француски законодавац је био принуђен да одступи од строгог става о одржавању уговора на снази по сваку цену. После извесних катастрофа, попут ратова или привредних криза, доносилац закона је неретко био приморан да донесе извесне *lex specialis* са ограниченим временским трајањем како би се спречило велико финансијско оштећење једне од уговорних страна, која такве ванредне околности није могла ни да предвиди ни да предупреди.¹⁴⁴⁹ Бројни закони овог типа донети су током Првог, а и током Другог светског рата. У периоду између два светска рата, како би се спречили немири због великог скока цена пољопривредних производа, донети су прописи којим је најпре одложено плаћање земљорадничких дугова, а затим су сведени на половину и омогућено је да се остатак дуга плати на рате.¹⁴⁵⁰

Разлоге иза овог значајног заокрета како у законодавству, тако и у судској пракси је сликовито описао Ј. Салма, објаснивши да су брзи индустријски развој на почетку XX века, велики друштвени поремећаји узроковани ратовима, промене у условима привређивања, несташице на тржишту и његове нестабилности услед дејства инфлације променили и гледишта у вези са начелом *pacta sunt servanda*. Безусловна примена овог начела доводила је до неправичног или тешког економског положаја и оних предузећа која су упркос савесном поступању, без своје кривице, у тренутку извршења уговора привређивала у неповољним привредним условима. Истовремено је тиме другој уговорној страни била омогућена незаслужена економска корист. Следи да је у условима привредне и друштвене кризе безизузетна примена правила да је уговор закон за уговорне стране доводила у питање функционисање привредног система, пошто би безусловно (немодификовано) испуњење могло у крајњој линији резултирати стечајем предузећа или макар парализом производње. Због тога је у условима привредних тешкоћа укинута безусловно важење начела *pacta sunt servanda*.¹⁴⁵¹

Оваква судбина задесила је Француску, чија су и теорија и судска пракса дотад били беспоговорни заговорници примене тог начела.¹⁴⁵²

Колико су се француски судови слепо придржавали начела да је уговор закон за уговорне стране можда и најбоље илуструје чувени *случај Крапонски канал (Cannal de Craponne)*¹⁴⁵³ у ком је пресуда донета 6. марта 1876. године.¹⁴⁵⁴ Наиме, уговор о снабдевању водом из Крапонског канала закључен је 1567. године. До 1873. године,

¹⁴⁴⁹ D. Klasiček, M. Ivatin, 2018, 30

¹⁴⁵⁰ Према: К. Ковач, 1966, 19

¹⁴⁵¹ Ј. Салма, 2007, 379

¹⁴⁵² Према: Ђ. Чобељић, 1972, 16; В. Круљ, 1967, 25

¹⁴⁵³ Одлука Касационог суда Француске у случају *Cannal de Craponne* од 6.3.1876. године

¹⁴⁵⁴ Касациони суд је и пре овог, вероватно најчувенијег случаја, доследно одбијао да примени теорију о промењеним околностима. Тако је одлучио и 1856. године, током Кримског рата, у спору поводом уговора о осигурању, односно у току француско – пруског рата 1870. године, поводом уговора о испоруци робе. – Према: Ђ. Чобељић, 1972, 18

уговорна накнада коју су корисници плаћали преко три стотине година у истом, фиксном износу више није била адекватна нити довољна да покрије трошкове одржавања самог канала. На захтев власника канала, Апелациони суд је повећао износ накнаде у складу са промењеним околностима.¹⁴⁵⁵ Касациони суд је, међутим, укинуо ову пресуду, позивајући се управо на начело *pacta sunt servanda* предвиђено чланом 1134. француског Грађанског законика.¹⁴⁵⁶ Овај суд је истакао да је у питању опште правило и да без обзира на евентуални став суда о правичности или неправичности оног што је уговорено, промена околности није разлог за измену уговора.¹⁴⁵⁷

Такав став подржала је и француска теорија, чији су представници истицали да суд не треба да се води неким неодређеним осећањем правичности већ да има у виду да је у складу са правдом да човек држи реч коју је дао.¹⁴⁵⁸

Међутим, већ након Првог светског рата дошло је до изузетно високе инфлације и последичног повећања цена сировина,¹⁴⁵⁹ што је опет резултирало у порасту цена роба и услуга.¹⁴⁶⁰ Све то је за последицу имало нужност да се дозволи ревизија појединих врста уговора, услед промењених околности. Како измена закона није долазила у обзир јер је процедура била компликована и дуга, а и начело аутономије воље је било неприкосновено када је реч о грађанскоправним уговорима, до измене уговора због промењених околности долази пред административним судовима.¹⁴⁶¹ Административни судови су наимае још од средине XIX века задужени за спорове у вези са јавним набавкама и уопште функционисањем јавних служби.¹⁴⁶²

Прво одступање од доследне примене начела аутономије воље налазимо у одлуци Врховног административног суда Француске, који се још назива и Државни савет¹⁴⁶³ из 1916. године, која се односила на један административно-привредни уговор. У питању је чувена пресуда у случају *Gaz de Bordeaux*.¹⁴⁶⁴ Наимае, 1904. године једна компанија је закључила уговор са општином у Бордоу, на основу ког је добила концесију за снабдевање тог града плином и струјом.¹⁴⁶⁵ Међутим, услед немачке окупације рудника угља, дошло је до наглог, више од троструког, раста цене те сировине.¹⁴⁶⁶ Стога компанија у питању није могла да преда робу по уговореној цени.¹⁴⁶⁷ Како је у питању била привредна организација која је имала значајну улогу у снабдевању становништва у ратним условима, Врховни административни суд Француске је приступио екстензивном тумачењу члана 1134. француског Грађанског законика кроз примену члана 1156¹⁴⁶⁸ и модификовао уговорне одредбе како организација у питању не би престала да постоји.¹⁴⁶⁹ Град Бордо је био обавезан да јој плати разлику у цени за испоручену робу.¹⁴⁷⁰ Другим

¹⁴⁵⁵ Према: В. Живковић, 2012, 242

¹⁴⁵⁶ Према: Е. Varanauskas, P. Zapolskis, 2009, 199

¹⁴⁵⁷ Према: Б. Антић, 2014, 3

¹⁴⁵⁸ Према: В. Круљ, 1967, 25

¹⁴⁵⁹ П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 102

¹⁴⁶⁰ Ђ. Чобељић, 1972, 16

¹⁴⁶¹ И. Зиндовић, 2017, 36

¹⁴⁶² Д. Николић, 2017, 127

¹⁴⁶³ Према: Р. Ковачевић, 285; П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 102

¹⁴⁶⁴ Ова пресуда је донета 30.3.1916. године. – П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 103

¹⁴⁶⁵ Према: П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 103

¹⁴⁶⁶ Према: Е. Varanauskas, P. Zapolskis, 2009, 199

¹⁴⁶⁷ Према: В. Живковић, 2012, 244

¹⁴⁶⁸ Према: П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 102

¹⁴⁶⁹ Према: Ј. Салма, 2007, 379

¹⁴⁷⁰ Према: Е. Varanauskas, P. Zapolskis, 2009, 199

речима, премда није модификовао одредбе самог уговора, Државни савет је усвојио захтев за накнаду штете позивајући се на поремећену равнотежу уговора и чињеницу да је након светског рата настала изванредна ситуација.¹⁴⁷¹

Наведена одлука је била темељ на основу ког је у француском праву након Првог светског рата настао институт измене или раскида уговора због промењених околности, под називом „теорија импревизије“¹⁴⁷² (*la théorie de l'imprévision*)¹⁴⁷³ или теорија о промењеним околностима¹⁴⁷⁴ (у нашој теорији се наилази и на назив теорија непредвидивости).¹⁴⁷⁵ Њоме су административни уговори издвојени из општег режима уговора.¹⁴⁷⁶ Нагласићемо да су административни уговори типични за француско право.¹⁴⁷⁷ У њих се убрајају они уговори који су закључени између јавноправних субјеката (јавне управе) са једне стране и приватноправних субјеката (приватних компанија или предузимача) са друге, а путем којих јавна управа додељује другој уговорној страни концесије за снабдевање грађана¹⁴⁷⁸ основним потребама попут осветљења, превоза и грејања.¹⁴⁷⁹ У питању су опште узев уговори којим се регулише пружање јавних услуга,¹⁴⁸⁰ односно функционисање јавних служби.¹⁴⁸¹ Реч је о пословним активностима које су изузетно значајне за друштвену заједницу и у којима државни органи не наступају са позиције власти, већ као равноправни уговорни партнери.¹⁴⁸²

У складу са теоријом импревизије, суд је био овлашћен да изврши ревизију административног уговора онда кад независно од воље странака наступе догађаји који су „ненормални и непредвидиви“ и услед тога буде нарушена економија уговора,¹⁴⁸³ тако да би у случају извршења првобитног уговора уговорна страна трпела губитке и штете који би увелико превазилазили очекивања које је имала у време закључења уговора.¹⁴⁸⁴

Дакле, услови за измену уговора због промењених околности су били следећи: најпре, да је у току трајања уговора дошло до изванредних догађаја; затим да су ти догађаји били непредвидиви у време закључења уговора, у односу на оно што је уобичајено у редовном току пословања; и напослетку да је услед наступања тих изванредних догађаја који се нису могли предвидети дошло до поремећаја економије уговора што је једној страни изазвало претеране тешкоће приликом испуњења њених уговорних обавеза, са чим она није била дужна да рачуна у моменту његовог закључења.¹⁴⁸⁵

Разлог за промену дотад чврстог става у француској јуриспруденцији о томе да се уговор мора поштовати као закон лежао је, како смо већ раније навели, у томе што је

¹⁴⁷¹ Према: И. Зиндовић, 2017, 37

¹⁴⁷² J. Gordley, 2004, 526

¹⁴⁷³ E. Varanauskas, P. Zapolskis, 2009, 198 и Ж.С. Ђорђевић, 1958, 70

¹⁴⁷⁴ J. Салма, 2007, 379

¹⁴⁷⁵ Ђ. Чобелић, 1972, 17; S. Petrić, 2006, 94

¹⁴⁷⁶ П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 103

¹⁴⁷⁷ Д. Николић, 2017, 126

¹⁴⁷⁸ E. Varanauskas, P. Zapolskis, 2009, 199

¹⁴⁷⁹ П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 102

¹⁴⁸⁰ E. Varanauskas, P. Zapolskis, 2009, 199

¹⁴⁸¹ S. Petrić, 2006, 94

¹⁴⁸² Д. Николић, 2017, 126

¹⁴⁸³ Р. Ковачевић, 1973, 285

¹⁴⁸⁴ Ђ. Чобелић, 1972, 17

¹⁴⁸⁵ П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 104

услед инфлације порасла цена сировина, што је за последицу имало велике губитке за концесионаре као вршиоце услуга. Стога они нису били у могућности да наставе да врше испоруке и јавне услуге по уговореним ценама. Заступници примене теорије импревизије истицали су да је оправдано дозволити ревизију уговора због промењених околности, јер је реч о уговорима по приступу у којима је изражен јавни интерес.¹⁴⁸⁶ Уколико би извршење таквих уговора било отежано или значајно успорено услед економских неприлика, то би имало негативне последице по веома велики број корисника.¹⁴⁸⁷ Ограничавање начела обавезујуће снаге уговора и начела аутономије воље оправдава се нужношћу осигурања правилног и стабилног функционисања јавних служби.¹⁴⁸⁸ Стога је прихватање теорије импревизије кад је реч о административним уговорима било и најцелисходније.¹⁴⁸⁹

Поред тога, поједини аутори су истицали да су административни уговори другачији од уговора грађанског права, јер припадају јавноправним уговорима и не почивају на начелу аутономије воље, јер је њихов садржај унапред одређен од стране јавне управе. По правилу, у питању су уговори по приступу и у њима је превасходно заступљен јавни интерес.¹⁴⁹⁰ Њихов циљ није стицање профита, већ потпуније, економичније и ефикасније остваривање општег интереса. Самим тим, интереси странака нису супротстављени, као што је то случај са уговорима приватног права.¹⁴⁹¹

Ми се не слажемо са констатацијом да су код приватноправних уговора интереси уговарача супротстављени. Напротив, разлог закључења уговора лежи управо у сагласности воља уговорних страна о томе да уговор произведе извесне правне ефекте. Обе уговорне стране имају интерес да се предметни уговор закључи и изврши.

Аутори који су критиковали примену теорије импревизије су жустро и аргументовано оспоравали наведене ставове, подсећајући да концесионар закључује уговор како би стекао личну имовинску корист, те да је самим тим дужан и да сноси одговарајући ризик. За концесионара није једини циљ закључивања административног уговора да се обезбеди функционисање одређених јавних служби,¹⁴⁹² јер он предметни правни посао закључује превасходно ради стицања профита.¹⁴⁹³ Француска теорија је такође успешно оповргла и тврдњу да код административних уговора интереси странака нису у супротности, наводећи да концесионар тежи да оствари личну зараду, а јавна управа да прође што јефтиније.¹⁴⁹⁴

Стога су противници теорије импревизије сматрали да су разлози за њено увођење недовољно убедљиви и без одговарајуће потпоре у правној теорији. Други су аутори пак истицали да примена института промењених околности није имала покриће у одредбама закона.¹⁴⁹⁵

¹⁴⁸⁶ *Ibidem*, 103

¹⁴⁸⁷ E. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 199

¹⁴⁸⁸ S. Petrić, 2006, 94

¹⁴⁸⁹ Ђ. Чобелић, 1972, 18

¹⁴⁹⁰ E. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 199

¹⁴⁹¹ Ђ. Чобелић, 1972, 17

¹⁴⁹² И. Зиндовић, 2017, 37

¹⁴⁹³ П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 103

¹⁴⁹⁴ Према: Ђ. Чобелић, 1972, 17

¹⁴⁹⁵ Према: П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 104

Када је реч о грађанским уговорима, француски судови су остали неумољиви и чврсто се држали начела аутономије воље.¹⁴⁹⁶ Типичан пример оваквог поступања је пресуда од 6.6.1921. године, у којој је Касациони суд још једном потврдио ранији став по ком судови не могу да измене услове уговора позивајући се на начело еквивалентности узајамних давања. У овом случају се радило о томе да је земљорадник по уговору имао обавезу да врати свом сауговорачу стоку и суму новца чији износ је фиксно одређен 1910. године. Позивајући се на то да је услед инфлације реална вредност оног што је требао да добије знатно опала (чак читавих 5 пута), поверилац је захтевао од суда да узме у обзир неочекивану и непредвидиву промену околности и увећа суму која треба да му буде враћена. Позивајући се на одредбе члана 1134. *Code civil*-а, Касациони суд је своју одлуку образложио схватањем по ком су странке тиме што су закључиле уговор имплицитно пристале да преузму ризик промене вредности њихових престација.¹⁴⁹⁷

Један део француске правне теорије је подржавао овакву праксу, сматрајући да је у складу са начелом правне сигурности. Међутим, знатно је већи број аутора критиковао наведени став француских судова, истичући да је задатак судске праксе да тумачи право на начин који одговара реалним приликама у друштву, што подразумева, *inter alia*, и уважавање социјалних и економских промена које су се у међувремену одиграле.¹⁴⁹⁸ Тако су се између два светска рата развиле теорија заједничке намере и теорија праведног решења. Прва за полазну тачку узима идеју да уговорни однос као резултат сагласности воља не може обухватати оно што није обухваћено сагласношћу воља, односно оно што је странкама било непредвидиво. Граница обавезности уговора је у складу са овом теоријом граница предвидивих околности.¹⁴⁹⁹ Друга теорија се пак позива на нужност еквивалентности узајамних престација, те истиче да је одржавање овог баланса у складу са моралом, правдом и друштвеним редом. Уколико до нарушавања једнакости узајамних давања странака дође због наступања околности које се у време закључења уговора нису могле предвидети, правично је пронаћи начин да се утицај тих околности "излечи".¹⁵⁰⁰

У литератури је такође оштро критиковано то што је примена теорија о промењеним околностима била ограничена искључиво на административне уговоре.¹⁵⁰¹ Тако наш аутор В. Живковић истиче да иако постоје извесне разлике између административних и редовних грађанскоправних уговора када је реч о њиховој форми, садржају и дејствима, „строго правно посматрано, не постоји неки очигледан разлог због кога би се између њих правила разлика када је реч о примени клаузуле о промењеним околностима“.¹⁵⁰² Исти аутор сматра да је аргумент да је код административних уговора присутан јавни интерес неубедљив и слаб. Он заступа гледиште да није прихватљиво различито третирање уговора којим се штите приватни интереси, нарочито ако се узме у обзир да уговори приватноправног карактера често имају позитиван учинак по заштиту јавних интереса.¹⁵⁰³

¹⁴⁹⁶ Према: Р. Ковачевић, 1973, 285

¹⁴⁹⁷ Према: В. Живковић, 2012, 243

¹⁴⁹⁸ Према: Ђ. Чобелић, 1972, 19

¹⁴⁹⁹ Према: В. Круљ, 1967, 26

¹⁵⁰⁰ *Ibidem*, 27

¹⁵⁰¹ И. Зиндовић, 2017, 37

¹⁵⁰² В. Живковић, 2012, 243

¹⁵⁰³ *Ibidem*, 245

Делимична потврда оваквих ставова може се наћи и у чињеници да су француски судови овог доба, упркос томе што нису дозвољавали примену правила о промењеним околностима на уговоре грађанског права, донекле признавали утицај промењених околности на извршење уговорних обавеза. Наиме, они су прибегавали екстензивном тумачењу појма ”више силе”, не захтевајући да је последица апсолутна немогућност испуњења обавезе и еластичније тумачећи непредвидивост околности које су до исте довеле.¹⁵⁰⁴

Руковођен разлозима правичности, у покушају да ублажи последице тешке економске кризе, француски законодавац је био принуђен да интервенише два пута: у јануару 1918. и у априлу 1949. године, доневши законе којим је дозволио странкама да траже раскидање уговора закључених пре почетка Првог, односно Другог светског рата.¹⁵⁰⁵

Закон који је донет у јануару 1918. године¹⁵⁰⁶ на захтев француских индустријалаца¹⁵⁰⁷ предвиђао је могућност да се, на захтев било које уговорне стране, раскину трговачки уговори закључени пре почетка рата 1914. године, који су се односили на испоруку робе или намирница, односно на друга одложена и sukcesивна давања.¹⁵⁰⁸ Услов под којим је раскид таквих уговора био могућ био је да би, услед ратног стања, извршење уговора за једну уговорну страну значило терете и штете чија висина знатно премашује предвиђања која су се разумно могла начинити у време закључења уговора у питању.¹⁵⁰⁹ Важно је нагласити да је овим законом предвиђена могућност да се уговор због промењених околности раскине, али не и да се модификује. При томе, раскид је могла захтевати било која уговорна страна.¹⁵¹⁰ Иако је овакав захтев био сврсисходан, било је критичара који су истицали да се њиме „изврћу сва правна начела“.¹⁵¹¹

Након Другог светског рата је наступио још један кризни период за француску привреду, који је имао сличне последице као и раст инфлације након Првог светског рата. То је значило и поновно суочавање са потешкоћама приликом извршења уговорних обавеза у појединим уговорима код којих је еквивалентност узајамних давања услед економских флукуација озбиљно нарушена.

Како би се описаним проблемима стало на пут, законодавац је у априлу 1949. године¹⁵¹² донео закон којим је дозволио судовима да раскину уговоре који су закључени пре 1939. године, а чији предмет је била испорука робе, фабричких производа или намирница, као и уговора закључених пре тог датума који су се односили на извршење радова, или друге sukcesивне или одложене престације, са изузетком давања у новцу.¹⁵¹³ Као и закон из 1918. године, и овај који је донет три деценије касније имао је привремени карактер.¹⁵¹⁴

¹⁵⁰⁴ Према: S. Petrić, 2006, 94

¹⁵⁰⁵ С. Пановски, 1985, 32

¹⁵⁰⁶ У оригиналу, назив овог закона који је донет 21. јануара 1918. године је *Loi Faillot*. – И. Зиндовић, 2017, 37

¹⁵⁰⁷ Д. Попов, 1986, 68

¹⁵⁰⁸ Према: В. Круљ, 1967, 27

¹⁵⁰⁹ Према: П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 104

¹⁵¹⁰ Према: Ђ. Чобелјић, 1972, 19

¹⁵¹¹ Према: Р. Ковачевић, 1973, 285

¹⁵¹² Тачан датум доношења закона у питању је 22.4.1949. године. – П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 104

¹⁵¹³ Према: В. Круљ, 1967, 28

¹⁵¹⁴ Према: Ђ. Чобелјић, 1972, 20

Поред наведеног закона из 1939. године, у периоду након Другог светског рата донет је већи број посебних закона, *lex specialis*, којима је судовима дато право да измене поједине уговорне одредбе применом института промењених околности.¹⁵¹⁵ Сви ти закони су имали ограничено временско трајање и односили су се само на поједине врсте уговора, попут уговора о закупу и уговора о доживотној ренти. Циљ њиховог доношења је био да се у датом тренутку отклоне негативна дејства раста инфлације, као и валутних, ценовних и промена на тржишту.¹⁵¹⁶

Описана законодавна активност је принудила и тадашњу француску судску праксу да положи оружје и допусти ревизију уговора уколико наступе непредвиђене околности које отежавају његово испуњење.¹⁵¹⁷

Када је теорија у питању, реакције на повећану активност законодавца и званично, нормативно увођење клаузуле *rebus sic stantibus* у француски правни систем биле су подељене.

Критичари законодавчевог приступа решавању проблема који су се неспорно јавили приликом извршавања уговорних обавеза услед економске кризе која је погодила Француску у том периоду, истицали су да је описаном законодавном активношћу угрожена правна сигурност, на тај начин што је *de facto* створен један паралелни правни систем који се примењује само на поједине врсте уговора.¹⁵¹⁸ Они су се оштро противили овом „изузетном законодавству“, сматрајући да је оно неприхватљиво због своје фрагментарности и провизорности, те селективне примене.¹⁵¹⁹

Насупрот томе, у покушају да оправда законодавчево одступање од до тада неприкосновеног начела одржавања уговора на снази све док је испуњење престација могуће, један део представника француске правне мисли је теоријски основ и својеврстан темељ за изградњу правног института промењених околности нашао у развијању тзв. „теорије о редукацији воље на обавезе под нормалним околностима“.¹⁵²⁰

У складу са том теоријом, сматрало се да уговор доиста важи као закон за уговорне стране, све док треба да се изврши у околностима које спадају у уобичајене, редовне. Међутим, уколико се околности извршења уговорне обавезе промене услед неких изванредних и непредвиђених догађаја, који се не могу сматрати ни очекиваним ни „нормалним“, односно уобичајеним, по гледишту тог дела француске правне теорије постојао је и основ да се уговор измени и прилагоди новонасталим околностима.¹⁵²¹

Прихватањем потоње теорије француско право је могло постићи исте ефекте као и прихватањем клаузуле о промењеним околностима, без да заправо исту унесе у своје позитивно право.

¹⁵¹⁵ И. Зиндовић, 2017, 38

¹⁵¹⁶ П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 104

¹⁵¹⁷ Према: С. Пановски, 1985, 32

¹⁵¹⁸ Према: П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 104

¹⁵¹⁹ Према: Ђ. Чобелић, 1972, 20

¹⁵²⁰ Према: Ј. Салма, 2007, 380

¹⁵²¹ Према: В. Круљ, 1967, 35

8.3.5.2. *Примена правила о промењеним околностима у периоду након Првог светског рата у немачком праву*

8.3.5.2.1. *Теорија економске немогућности испуњења уговорне обавезе*

Судови у Немачкој су се нашли пред још тежим задатком, јер немачко законодавство није предвиђало могућност измене или раскида уговора због промењених околности.¹⁵²² Немачки Грађански законик из 1900. године није познавао тај институт.¹⁵²³ Ослобођење од одговорности било је могуће само ако је реч о немогућности испуњења коју дужник није скривио.¹⁵²⁴ Та ситуације се није изменила чак ни након Првог светског рата када је ову земљу погодила страховита инфлација, као и оскудица добара и сировина, те огроман раст цена.¹⁵²⁵

Свесни комплексности ситуације и далекосежних последица оваквог стања,¹⁵²⁶ немачки судови су излаз пронашли у врло екстензивном тумачењу појма „немогућности испуњења уговорне обавезе“ услед ког је, у складу са чланом 275. немачког Грађанског законика, било могуће ослободити се уговорне обавезе.¹⁵²⁷ Тако се у судској пракси формирао став по коме немогућност не мора бити „апсолутна“, која се углавном односила на случајеве више силе, већ може бити и „економска“.¹⁵²⁸ Под „економском немогућношћу испуњења уговора“ сматрали су се случајеви кад је *de facto* могуће испуњење уговора, али је то скопчано са изузетним напорима или великим финансијским издацима,¹⁵²⁹ односно кад би то захтевало од дужника претерано велике жртве.¹⁵³⁰ Судска пракса није била доследна кад је реч о условима примене овог института – у појединим случајевима прихватан је приговор да би у случају да испуни своју обавезу дужникова егзистенција била угрожена, док је у другим случајевима прихватано да економска немогућност постоји онда када напор испуњења дужникове обавезе прелази границу напора који је дужник дужан да у исто уложи.¹⁵³¹

Илустрације ради, навешћемо пример одлуке Савезног суда Немачке који је екстензивним тумачењем под „немогућност испуњења уговорне обавезе“ сврстао случај када је једна уговорна страна због Иранске револуције била онемогућена да изврши своју уговорну обавезу доставе и инсталације опреме иранском сауговорачу.¹⁵³² Образложење је било управо то да иако немогућност извршења уговорне обавезе није апсолутна, њено

¹⁵²² E. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 204

¹⁵²³ И. Зиндовић, 2017, 40

¹⁵²⁴ Према: В. Круљ, 1967, 36; Д. Попов, 1986, 69

¹⁵²⁵ П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 109

¹⁵²⁶ У литератури се ова флексибилност делилаца правде делимично приписује томе што је у поменутом периоду већина судија припадала средњој класи која је била жестоко погођена инфлацијом, те су били врло добро упознати са проблемима које је изазвала велика инфлација. – Б. Антић, 2014, 12

¹⁵²⁷ Према: E. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 204

¹⁵²⁸ Према: S. Petrić, 2006, 95

¹⁵²⁹ В. Живковић наводи да је „економска немогућност извршења уговора“ постојала уколико би испуњење уговорне обавезе вероватно резултирало економском пропашћу дужника, односно ликвидацијом ако је у питању правно лице. По његовим наводима, једна од главних слабости ове теорије се огледала управо у њеном ограниченом домену примене, јер се овај критеријум тешко могао применити на све уговоре код којих је услед околности ван утицаја уговорних страна дошло до таквог нарушавања имовинске равнотеже уговора да су вредности њихове престације постале очигледно несразмерне и само извршење уговорне обавезе врло отежано. – В. Живковић, 2012, 254

¹⁵³⁰ Према: И. Зиндовић, 2017, 40

¹⁵³¹ Према: В. Круљ, 1967, 37

¹⁵³² Према: N. Horn, 1992, 141

испуњење је изузетно отежано и повезано са знатним трошковима услед догађаја на који уговорне стране нису могле да утичу нити су биле дужне да их предвиде.

Иако је на овај начин суд кроз своју праксу донекле „премостио“ велики јаз између законске регулативе и тешког положаја у коме су се савесни уговорници нашли услед околности на које нису могли да утичу нити да их предвиде, овакво решење је било далеко од идеалног.¹⁵³³ Наиме, наведени став судске праксе предвиђао је могућност да се дужник ослободи уговорне обавезе, али није омогућавао и да се уговор измени.¹⁵³⁴ Могућност измене уговора била би нарочито корисна у случајевима када су тешкоће испуњења уговорне обавезе за дужника последица промене вредности новца.¹⁵³⁵

8.3.5.2.2. Примена правила о промењеним околности у складу са концептом тумачења уговора у складу са начелом добре вере

Немачким делиоцима правде је требао чвршћи и убедљивији теоријски основ примене правила о промењеним околностима. Како то објашњава Чобелић, „немачки суд увиђа да се услед девалвације марке не ради у ствари о немогућности испуњења престације већ о битном поремећају еквивалентности престација странака, наиме, о томе да се појављује *очигледна несразмера између давања једне и друге странке*,¹⁵³⁶ те да се равнотежа између тих давања може успоставити само ако се суду призна право интервенције, тј. ако му се да могућност да ревалоризира противчинидбу. То би омогућило да се, уместо раскида, уговорни однос одржи у важности и прилагоди битно промењеним околностима.“¹⁵³⁷

Другим речима, у складу са овим схватањем, сама нееквивалентност престација која је неминовна последица промене околности представља довољан разлог за ревизију уговора, јер „противно је начелу добре вере тражити испуњење уговора код кога странка за своју чинидбу прима умањену или незнатну вредност.“¹⁵³⁸ Теорија еквиваленције коју су развили немачки судови заснивала се на поштовању начела добре вере. Ова теорија се заснивала на идеји да је услед утицаја промене околности на уговор дужникова обавеза постала потпуно другачија него што је то дефинисано у уговору.¹⁵³⁹ Стога би било противно начелу добре вере инсистирати на неизмењеном испуњењу уговора.¹⁵⁴⁰ Напоменућемо да је начело добре вере, односно савесности и поштења, било предвиђено члановима 157. и 242. немачког Грађанског законика и спадало у ред основних начела, на основу којих се између осталог вршила процена правне ваљаности обавеза уговорних страна.¹⁵⁴¹

Иако је највиши суд у Немачкој, *Reichstagsgericht*, у почетку оклевао, 21. септембра 1920. године по први пут је донео одлуку којом је дозволио да се уговор одржи на снази, али у измењеном облику, применом клузуле *rebus sic stantibus*. У конкретном случају, тужилац је одбио да даље врши испоруке водене паре за покретање машина, на шта је био обавезан уговором, јер је услед пада вредности немачке марке јако

¹⁵³³ Е. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 204

¹⁵³⁴ Према: Б. Антић, 2014, 11

¹⁵³⁵ S. Petrić, 2006, 95

¹⁵³⁶ Подвукао аутор (Д.М.)

¹⁵³⁷ Ђ. Чобелић, 1972, 26

¹⁵³⁸ Р. Ковачевић, 1973, 287

¹⁵³⁹ В. Круљ, 1967, 40

¹⁵⁴⁰ S. Petrić, 2006, 95

¹⁵⁴¹ Према: И. Зиндовић, 2017, 40

порасла цена угља. Поред тога, тражио је да му тужилац надокнади губитак који је претрпео. Схватање суда је било да се престација уговарача толико изменила да би у случају да давање друге стране остане неизмењено дошло до „неподношљиве диспропорције“, те да економски поремећаји захтевају судску интервенцију.¹⁵⁴² У супротном би, наводи се у одлуци, дошло до ситуације која је неспојива са поступањем у доброј вери и условима правде и правичности.¹⁵⁴³

Чобелић наводи да је ова одлука суда била заснована на идеји еквивалентности у зајамним давањима странака, те да „ако услед промене околности противчинидба не би више била еквивалентна чинидби онако како је то било у време закључења уговора, онда дужник не би добио праву накнаду за своју престацију, па следствено не би био ни обавезан да је изврши, осим у случају ако би добио противвредност која би одговарала вредности његове чинидбе.“¹⁵⁴⁴ Стога би он имао право да, позивајући се на одредбе Грађанског законика којим се гарантује поступање у складу са начелом добре вере, оспори повериочев захтев за испуњењем чинидбе.

На овај начин је немачки Врховни суд по први пут омогућио да се, услед битне промене околности, као санкција примени и измена уговора, а не искључиво раскид. Међутим, како би уговор могао подлећи ревизији, постављена су три услова на којима је *Reichstagsgericht* доследно инсистирао и у својој каснијој пракси: да постоји сагласност странака да се уговор одржи на снази, да је у питању изузетна и изванредна промена околности и да суд изврши правичну расподелу штете између обе странке, водећи притом подједнако рачуна о њиховим интересима.¹⁵⁴⁵

Немачки судови су тако напустили пређашње схватање по ком је примена клаузуле *rebus sic stantibus* заснивана на ослобађању уговорне обавезе услед „економске немогућности“ испуњења истог, односно на основу члана 275. немачког Грађанског законика. Уместо тога, измену или раскид уговора услед дејства промењених околности су заснивали на примени начела добре вере, које је, како смо већ навели, било предвиђено члановима 157. и 242. немачке грађанске кодификације.¹⁵⁴⁶ Наиме, чланом 157. Законика предвиђено је да уговоре треба тумачити у складу са добром вером, док члан 242. којим је регулисано начело савесности и поштења успоставља обавезу дужника да своју престацију испуни у складу са захтевима добре вере и пословним обичајима.¹⁵⁴⁷

У складу са наведеним члановима, у судској пракси се развило тумачење по ком се прилагођавање уговорних обавеза промењеним приликама оправдава тиме што се услед измене економских прилика изменила и дужникова обавеза, те се више не може сматрати престацијом коју су странке „предвиделе и хтеле у време закључења уговора“.¹⁵⁴⁸ Стога би, сматрали су немачки судови тог доба, било противно начелу добре воље и пословним обичајима уколико би се такве обавезе принудно извршавале.¹⁵⁴⁹

У теорији преовлађује схватање по ком је концепт „добре вере“ као основ прихватања теорије о промењеним околностима знатно еластичнији од раније

¹⁵⁴² Према: В. Круљ, 1967, 40

¹⁵⁴³ *Ibidem.*

¹⁵⁴⁴ Ђ. Чобелић, 1972, 26

¹⁵⁴⁵ *Ibidem.*

¹⁵⁴⁶ Према: П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 109

¹⁵⁴⁷ Према: Према: Н. Horn, 1992, 139

¹⁵⁴⁸ Према: Ђ. Чобелић, 1972, 27

¹⁵⁴⁹ Према: И. Зиндовић, 2017, 40

примењиваног концепта „економске немогућности“, јер се њиме суду пружа више слободе и омогућује да прилагоди своју одлуку околностима сваког конкретног случаја.¹⁵⁵⁰

8.3.5.2.3. Теорија поремећаја основе уговора (теорија о отпадању основа правног посла)

Тумачење у складу са начелом добре вере је преовладавало у одлукама немачких судова у првој половини треће деценије XX века. Теорија је међутим све чешће истицала да је позивање на ово начело сувише уопштен правни основ за тако грубо кршење начела *pacta sunt servanda*.¹⁵⁵¹

Средином тог периода долази до заокрета у пракси Врховног, а потом и немачких судова нижег ранга. Иако су судови и даље примењивали концепт добре вере, сада је то било у оквиру тзв. „теорије поремећаја основе уговора“, која се још назива и „теорија о отпадању основа правног посла“¹⁵⁵² (у оригиналу *Wegfall der Geschäftsgrundlage*).¹⁵⁵³ Њу је по узору на Виндшјајдову теорију после Првог светског рата развио професор Оертман.¹⁵⁵⁴

Виндшјајд је био познати немачки професор права и један од твораца првог немачког Грађанског законика. Суштина његове теорије је била у томе да уговорне стране закључују уговор под претпоставком да ће он производити правно дејство само под одређеним околностима. Ако се те околности знатно промене, уговор губи своју материјалну основу и уговорна страна погођена том променом има право да исти оконча.¹⁵⁵⁵ Он се залагао за то да се постави граница користи коју једна уговорна страна може да стекне на рачун друге стране.¹⁵⁵⁶ Ова теорија није нашла своје место у немачком Грађанском законнику.

Оертман је схватао основу уговора као од обе стране прихваћену представу о наступању или ненаступању одређених околности,¹⁵⁵⁷ односно управо као темељ пословне воље.¹⁵⁵⁸ Реч је о томе да странке закључују правне послове како би оствариле одређене циљеве, што представља основ тог правног посла.¹⁵⁵⁹ Другим речима, и он је полазио од тог да су странке приликом закључивања уговора имале у виду одређене околности и рачунале са њиховим трајањем. То су такве околности које нису биле обични мотиви склапања правног посла, већ су опредељујуће утицале на одлуку странака да правни посао склопе. У складу са тим, премда основ посла није саставни део посла, на њему се граде обостране изјаве странака. Као примери за чињенице које чине основ посла се тако наводе, *inter alia*, приближно једнака вредност чинидбе и противчинидбе, приближна стабилност цена и могућност да се набави роба.¹⁵⁶⁰ Јасно је да се основна

¹⁵⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵⁵¹ П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 109

¹⁵⁵² А. Дудаш, 2015, 210; П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 109

¹⁵⁵³ Е. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 198

¹⁵⁵⁴ Према: S. Petrić, 2006, 95

¹⁵⁵⁵ Према: Е. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 204

¹⁵⁵⁶ Bernard Windscheid, Theodor Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Dusseldorf, 1982, 665

¹⁵⁵⁷ Према: H. Smit, 1958, 289

¹⁵⁵⁸ Према: S. Petrić, 2006, 96

¹⁵⁵⁹ Атила Дудаш, *Правна релевантност циља уговора у немачком праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2013, број 1, 274

¹⁵⁶⁰ В. Круљ, 1967, 41

разлика између Виндшајдове и Оертманове теорије огледа у томе што Оертман инсистира на заједничком, усаглашеном очекивању уговорних страна у погледу основа посла, односно правног дејства уговора и околности под којима он исто производи.¹⁵⁶¹

Стога, ако се након закључења уговора околности под којима је склопљен битно промене, тиме се ремети или чак потпуно губи основа уговора. По Оертмановом мишљењу, ако дође до наступања таквих догађаја, супротно је начелу савесности и поштења да се инсистира на поштовању уговора,¹⁵⁶² јер је основ због ког је правни посао и закључен измењен или више не постоји. Такво поступање није у складу са начелом добре вере.¹⁵⁶³ Стога се од суда¹⁵⁶⁴ може захтевати или раскид или измена уговора.¹⁵⁶⁵

Иако је Оертманова теорија имала много сличности са схватањима класичне теорије о клазули *rebus sic stantibus*, њен обим примене је доста шири јер обухвата и заблуду о основи уговора.¹⁵⁶⁶ Такође, основа уговора се по овој теорији не сматра правним, већ фактичким елементом правног посла.¹⁵⁶⁷

Немачки Врховни суд је прихватио теорију о отпадању основа посла као теоријску основу за примену правила о промењеним околностима у својој одлуци из 1922. године, а за њим су то учинили и остали судови у земљи.¹⁵⁶⁸ Разлог је био једноставан: ова теорија је омогућавала да се стане на пут великим диспропорцијама узајамних давања странака и измене одредбе раније закључених уговора у складу са начелом правичности.¹⁵⁶⁹

Ипак, постојали су јасни и прецизно одређени услови који су морали бити испуњени како би странка могла да захтева примену клазуле *rebus sic stantibus*.

Први услов је био да се околности које су промењене нису могле предвидети, као и да ниједна уговорна страна није преузела ризик њиховог наступања.¹⁵⁷⁰

Поред тога, захтевало се да је промена околности довела до *очигледне несразмере међу узајамним престаџама странака*.¹⁵⁷¹ У теорији се поставило питање када се сматра да је овај услов испуњен.

Поједини аутори, предвођени Ларенцом, сматрали су да очигледна несразмера постоји онда када је „сразмера у давањима странака нарушена у тој мери да се више не може разумно говорити о противчинидби и ако је уговор услед тога изгубио смисао и карактер акта размене“.¹⁵⁷²

Суд није имао превеликих потешкоћа да утврди постојање такве диспропорције у давањима странака у условима снажне девалвације вредности немачке марке, те страховите инфлације која је уследила 1918. године. Међутим, када је 1923. године

¹⁵⁶¹ Према: Е. Varanauskas, P. Zapolskis, 2009, 204

¹⁵⁶² Начело савесности и поштења регулисано је у параграфу 242. немачког Грађанског законика на следећи начин: „Дужник је обавезан извршити чинидбу онако како то поштење и савесност, с обзиром на схватање саобраћаја, захтевају.“ – Према: Р. Ковачевић, 1973, 286

¹⁵⁶³ Према: И. Зиндовић, 2017, 41

¹⁵⁶⁴ Према: Е. Varanauskas, P. Zapolskis, 2009, 205

¹⁵⁶⁵ Према: Б. Антић, 2014, 1

¹⁵⁶⁶ Према: S. Petrić, 2006, 96

¹⁵⁶⁷ Према: Б. Антић, 2014, 1

¹⁵⁶⁸ Према: П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 110

¹⁵⁶⁹ В. Живковић, 2012, 255

¹⁵⁷⁰ Е. Varanauskas, P. Zapolskis, 2009, 205

¹⁵⁷¹ Подвукао аутор (Д.М.)

¹⁵⁷² Према: Б. Чобелић, 1972, 28

дошло до стабилизације домаће валуте монетарном реформом¹⁵⁷³ судови су били принуђени да напусте Ларенцов критеријум и упусте се у потрагу за адекватнијим.¹⁵⁷⁴

Приликом примене клаузуле о промењеним околностима, судска пракса је давала предност измени уговора на начин који би одговарао новим економским околностима, дакле или повећавањем престације коју врши поверилац, или смањењем обавезе дужника.¹⁵⁷⁵ Само онда када би се показало да ревизија није могућа, или да је друга уговорна страна не прихвата, приступало се раскиду уговора.

Премда је, како смо навели, била широко прихваћена од стране судова, критичари су теорију о отпадању основа правног посла сматрали сувише субјективном, истичући да критеријуми на основу којих се утврђује да ли основ правног посла постоји и у измењеним околностима нису довољно јасни, прецизни и одређени.¹⁵⁷⁶ Поред тога, као мањкавост ове теорије се истицало што не пружа објашњење зашто би се, ако о томе нема договора међу странкама или позитивноправног правила, сматрало да наступање или ненаступање одређених околности има утицаја на судбину уговора, односно његово постојање, те како се дошло до закључка да то правило не важи за околности које се сматрају за "мање значајне" у овом контексту.¹⁵⁷⁷

Наиме, у немачкој правној литератури постојали су бројни покушаји да се ближе дефинише „основ правног посла“. Дефиниције овог појма се начелно могу поделити у три групе: субјективне, објективне и мешовите.

Оертманова дефиниција спада у ред субјективних, јер он основ правног посла дефинише као представу једне уговорне стране о правном послу приликом његовог закључења, коју друга уговорна страна не оспорава, односно њихову заједничку представу у погледу постојања или наступања извесних околности које чине основу правног посла.¹⁵⁷⁸

Прихватање овакве, строго субјективне теорије могло је довести до дискутабилних одлука у пракси. Пример који се често наводи када се критикује начин на који су правила о промењеним околностима примењивана од стране немачких судова јесте случај из 1953. године. У том случају је тужилац закључио са туженим уговор о купопродаји, по ком је тужилац као продавац био дужан да туженом као купцу испоручи одређени број машина по уговореној цени. Тужиоцу је било познато да тужени купује предметне машине како би их препродао ДР Немачкој.¹⁵⁷⁹ Међутим, о томе није било помена у самом уговору. Када је због блокаде Берлина постало немогуће да се роба

¹⁵⁷³ Монетарном реформом 1.11.1923. године је 1000 милијарди немачких марака конвертовано у једну нову немачку марку. – Према: N. Horn, 1992, 138

¹⁵⁷⁴ Занимљиво је да је и наведена монетарна реформа била у неку руку последица судске примене теорије осујећења уговора. Наиме, присиљен условима хиперинфлације, Врховни суд је 1923. године донео пресуду по којој немачка марка више није валидно средство плаћања када је реч о испуњењу уговорних обавеза. То је резултирало жустром дебатом између представника власти и представника судства о томе која је улога судске власти и који су њени лимити. Уследила је законодавна активност у виду већ наведене монетарне реформе, а која је за циљ имала ублажење и санирање негативних дејстава хиперинфлације. – Према: В. Живковић, 2012, 255

¹⁵⁷⁵ Према: N. Horn, 1992, 142

¹⁵⁷⁶ Р. Ковачевић, 1973, 287

¹⁵⁷⁷ Н. Smit, 1958, 290

¹⁵⁷⁸ Према: Ђ. Чобелић, 1972, 28

¹⁵⁷⁹ Према: E. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 205

препрода,¹⁵⁸⁰ купац је одбио да прими машине које су дотад произведене а тужилац се обратио суду са захтевом да обавезе туженог на испуњење уговора. Суд је тужбени захтев одбио, позивајући се на теорију отпадања основа правног посла. Образложење је било да због немогућности извоза машина у ДР Немачку треба извршити ревизију уговора, тако да се губитак равномерно распореди на обе уговорне стране.¹⁵⁸¹ Стога је наложио продавцу бушилица да исплати купцу једну четвртину траженог износа¹⁵⁸² на име трошкова израде машина.¹⁵⁸³

У покушају да уважи критике и Оертманову теорију учини објективнијом, Ларенз је отишао у другу крајност. Према његовом схватању, основ посла чине све оне околности које се претпостављају према садржини уговора, према његовом циљу и економском значају, као и „свака околност чије постојање или даље остајање је објективно потребно да би уговор у смислу интенција обе стране уговорнице још могао да постоји као целисходно регулисање.“¹⁵⁸⁴

Ларензовој теорији се замерало то што не узима у обзир психолошки моменат код странака приликом закључивања уговора. Такође, критиковало се што не води довољно рачуна о правној сигурности, односно нужности поштовања уговора као инструмента којим се правно регулишу имовински односи.¹⁵⁸⁵

Мешовите дефиниције основа правног посла су, са мање или више успеха, комбиновале субјективне и објективне елементе теорије о отпадању основа правног посла.

Поред начела савесности и поштења, као основ примене правила о промењеним околностима истицано је и начело правичности. Тако је у једној од својих одлука највиши суд у Немачкој објаснио да с обзиром на огроман пад немачке валуте судови морају да буду креативни и да при доношењу пресуда „водећи принцип мора да буде правична измена уговора“.¹⁵⁸⁶ И у великој кризи која је у Немачкој наступила после Другог светског рата судови су се одлучили за исти приступ.

У појединим случајевима примене клаузуле *rebus sic stantibus* судови су се позивали и на поступање у складу са добрим обичајима, што је начело предвиђено чланом 138. Грађанског кодекса.¹⁵⁸⁷

Након завршетка Другог светског рата, економска ситуација је била врло слична и двадесетих и тридесетих година ХХ века, заједно са великом стопом инфлације и општом оскудицом. Законодавац је реаговао 1952. године, доневши Акт о помоћи судовима. Међутим, изван број случајева из судске праксе се просто није могао подвести под решења из наведеног акта, што је условило даљи развој теорије о осујећењу уговора у немачкој судској пракси.¹⁵⁸⁸

¹⁵⁸⁰ Предмет уговора су биле бушилице чији је модел био прилично застарео и стога је продавац једино у Источној Немачкој за њих могао да нађе купце. – В. Живковић, 2012, 256

¹⁵⁸¹ Према: Р. Ковачевић, 1973, 287

¹⁵⁸² Према: В. Живковић, 2012, 256

¹⁵⁸³ Према: Е. Varanauskas, P. Zapolskis, 2009, 206

¹⁵⁸⁴ Према: Р. Ковачевић, 1973, 287

¹⁵⁸⁵ Ђ. Чобељић, 1972, 28

¹⁵⁸⁶ Према: Б. Антић, 2014, 14

¹⁵⁸⁷ Према: N. Ногн, 1992, 143

¹⁵⁸⁸ Према: В. Живковић, 2012, 255

И поред њене врло широке примене, немачки Савезни суд¹⁵⁸⁹ је 70-тих година XX века кроз своју праксу поставио границе примене теорије поремећаја основе уговора. Наиме, у чувеном случају из 1978. године који се тичао последица кризе која је наступила пет година раније, суд је упозорио да ову теорију треба примењивати само на случајеве код којих је то нужно како би се „избегли неподношљиви ризици, неспојиви са законом и правдом.“¹⁵⁹⁰ Наглашено је да акценат треба ставити на објективну расподелу ризика, а не на једнаку вредност престација уговорних страна. Касније је овај став потврђен кроз судску праксу и извршио је знатан утицај на законско формулисање ове доктрине у измењеном грађанском кодексу.

Сличну улогу је имала одлука истог суда из 1992. године у којој је истакнуто да теорија осујећења уговора треба да буде имплементирана тако да се уговор одржи на снази, водећи рачуна о поштовању начела добре вере.¹⁵⁹¹

8.3.5.3. Клаузула *rebus sic stantibus* у италијанском праву у периоду након Првог светског рата до данас

Први светски рат је имао једнако катастрофалне последице и на Италију као и на већину других земаља Европе. Све су учесталији били спорови изазвани тиме што је испуњење уговорних обавеза постало претерано отежано услед ратом изазване кризе. Законодавац је одлучио да то питање реши на тај начин што ће, привремено и у ограниченом обиму, дозволити измену односно раскид уговора због промењених околности.

То је спроведено у дело 27. маја 1915. године, када је донет Декрет којим је, услед ратних догађаја, проширен појам више силе, тако да су њиме обухваћени и случајеви кад је испуњење обавезе постало претерано отежано.¹⁵⁹² На тај начин је Италија постала прва западна земља чија је Влада донела пропис којим је омогућила примену института промењених околности.¹⁵⁹³ Поред његовог привременог карактера,¹⁵⁹⁴ постојало је још једно ограничење кад је реч о примени Декрета из 1915. године – примењивао се само на уговоре који су закључени пре почетка Првог светског рата.¹⁵⁹⁵

Непуних месец дана касније, 20. јуна исте године, донет је још један декрет, овај пут како би се заштитило становништво и омогућило његово уредно и неометано снабдевање робом и услугама од стране јавних служби. На основу овог декрета, домен примене мајског декрета је учињен још ужим, јер су из њега изузети уговори о јавним услугама.¹⁵⁹⁶

Примена правила о промењеним околностима ће у италијанском праву добити општи карактер тек неколико деценија након доношења ових декрета, о чему ће касније бити више речи.

¹⁵⁸⁹ У оригиналу „*Bundesgerichtshof (BGH)*“.

¹⁵⁹⁰ Према: В. Живковић, 2012, 256

¹⁵⁹¹ *Ibidem*.

¹⁵⁹² Према: И. Зиндовић, 2017, 38

¹⁵⁹³ Ђ. Чобелић, 1972, 22

¹⁵⁹⁴ D. Klasiček, M. Ivatin, 2018, 31

¹⁵⁹⁵ Према: П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 105

¹⁵⁹⁶ Према: И. Зиндовић, 2017, 38

У времену након Првог светског рата, италијански судови су се вратили првобитном тумачењу по којем је уговор закон за уговорне стране и од тога се може одступити само у случају више силе. Истина, било је пресуда у којима је суд приликом одлучивања о уговорним обавезама имао у виду утицај промењених околности на њихово испуњење. У литератури се као пример наводи пресуда суда у Ливорну од 10.12.1920. године, у којој је применом клаузуле *rebus sic stantibus*, фабрици која је производила гвоздене ланце, због великог пораста цене сировина, дозвољено да повиси уговорену цену за своју престацију и одређен нови рок за њено испуњење. Образложење за такву одлуку суда је било да је дужнику испуњење уговорене престације постало изузетно отежано због околности на које није могао утицати, нити је предупредити.¹⁵⁹⁷ Међутим, такве одлуке су биле малобројне и без неког значајнијег утицаја на даљи развој судске праксе тог доба.

У правној теорији је и даље постојао знатан број аутора који су сматрали да би клаузула *rebus sic stantibus* требало да постане општи институт уговорног права. У ту сврху, развили су велики број теорија о основу примене правила о промењеним околностима.

Оне би се могле поделити у две велике групе: субјективне и објективне теорије. У прву групу се убрајају теорије које су сматрале да тај основ лежи у претпостављеној вољи странака приликом закључења уговора и њиховој прећутној сагласности о томе да се уговорне обавезе преузимају под условом да ствари и прилике остану исте као у време склапања уговора. У другу групу спадају теорије по којима основ примене клаузуле *rebus sic stantibus* лежи у поремећају равнотеже узајамних престација.¹⁵⁹⁸

Дакле, можемо закључити да док је у неким државама попут Француске у кризним периодима законодавац „узео ствар у своје руке“ и донео прописе којим је омогућио примену клаузуле *rebus sic stantibus* све док околности и ситуација у држави то захтевају, у другим правним системима је у време великих ратова и економских криза примена клаузуле о промењеним околностима омогућена применом метода еластичног тумачења већ постојећих прописа. У Немачкој и Швајцарској се у ту сврху позивало на начело савесности и поштења, а у Аустрији на недостижност престација.¹⁵⁹⁹

8.3.5.4. Клаузула *rebus sic stantibus* у енглеском праву (англосаксонски тип правног система)

8.3.5.4.1. Немогућност извршења уговора као правни основ ослобађања уговорне обавезе

Навешћемо и пример једног правног система који припада англосаксонском праву. У Енглеској промењене околности нису предвиђене као основ за измену или раскид уговора. Како енглеско право није било под великим утицајем нити римског ни

¹⁵⁹⁷ Према: Ђ. Чобелић, 1972, 22

¹⁵⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹⁹ Према: С. Пановски, 1985, 33

касније канонског права¹⁶⁰⁰, већ управо обичајног права које је уговорну обавезу схватало веома строго, принцип одржања уговора на снази је у њему био доминантан.¹⁶⁰¹

У раном периоду, енглеско право није дозвољавало да се уговор измени или раскине чак ни у случајевим да га је немогуће извршити,¹⁶⁰² услед околности које потпадају под вишу силу.¹⁶⁰³ Пример за то је случај *Paradine v. Jane*, о коме је већ раније било речи.

Временом, услед захтева правног промета, начињена су и одређена одступања од схватања о апсолутном карактеру уговора. Први кораци ка лабављењу строго формалистичких схватања су учињени тек у другој половини XIX века.¹⁶⁰⁴ Прецедентни случај за признање немогућности извршења уговора био је случај *Taylor v. Caldwell*.¹⁶⁰⁵ У овом судском предмету, једна уговорна страна је ради одржавања концерата изнајмила музичку дворану на четири вечери. Међутим, пре почетка испуњења уговора и без кривице иједне од уговорних страна, дворана је изгорела.¹⁶⁰⁶ Иако уговор о закупу није садржавао клаузулу поводом овог случаја, суд је раскинуо уговор, са образложењем да када испуњење уговора зависи од постојања одређене особе или ствари, као што је то овде случај, уколико је уговор немогуће испунити јер та особа или ствар нестане, обавеза извршења уговора је тиме искључена.¹⁶⁰⁷

Овде је судија Блеквел поступио супротно ранијој судској пракси и поставио ново правило, по ком у случају да испуњење уговорних обавеза зависи од постојања одређене особе или ствари током читавог трајања тог уговора¹⁶⁰⁸ имплицирани услов опстанка уговорне обавезе јесте да та особа не умре или ствар не пропадне,¹⁶⁰⁹ онемогућивши на тај начин извршење дуговане престације. Уколико се то ипак деси, уговор се раскида али је дужник обавезан да исплати све што је дуговао по спорном уговору до момента његовог раскида.¹⁶¹⁰

Након овог случаја, у енглеском праву је прихваћено правило да се дужник ослобађа обавезе онда кад наступи немогућност извршења уговора због пропасти ствари.¹⁶¹¹ У те сврхе су судови приликом тумачења уговора прихватили став по коме је

¹⁶⁰⁰ В. Живковић, 2012, 248

¹⁶⁰¹ У Енглеској је обичајно право имало изузетно велик утицај како на законодавство, тако и судску праксу. Према правилима обичајног права, уговорна обавеза је схватана изузетно строго и лице које је такву обавезу прихватило било је дужно да је и испуни. Сматрало се да странка увек има могућност да своју одговорност ограничи, те да је право и да сноси ризик уколико то није благовремено учинила. Уопште, у енглеском обичајном праву су били заступљени принципи апсолутне обавезе и објективне одговорности. - Према: Р. Ковачевић, 1973, 288

¹⁶⁰² J.M. Vogel, 1977, 110

¹⁶⁰³ П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 110

¹⁶⁰⁴ Према: И. Зиндовић, 2017, 42

¹⁶⁰⁵ Одлука Високог суда Енглеске и Велса у предмету *Taylor v. Caldwell* од 6.5.1863.године

¹⁶⁰⁶ Према: Е. Varanauskas, Р. Zapolskis, 2009, 201

¹⁶⁰⁷ Према: Б. Антић, 2014, 7

¹⁶⁰⁸ Према: Р. Pichonnanaz, 2011, 139

¹⁶⁰⁹ Према: J.M. Vogel, 1977, 113

¹⁶¹⁰ Према: В. Живковић, 2012, 249

¹⁶¹¹ Основна разлика између европског континенталног права и система *common law*-а јесте што се у првом типу правних система захтева да је постојао у најмању руку немар код једне уговорне стране како би се могла сматрати одговорном за неиспуњење уговорне обавезе. У складу са тим, када је реч о вишој сили, уговорна одговорност је искључена. У *common law* систему су уговарачи везани уговором независно од њиховог евентуалног немара приликом закључивања или испуњења истог. Упркос томе, британски судови су направили изузетак када је реч о опструкцији уговора услед дејства више силе, сматрајући да у том случају уговор престаје да постоји, или бива модификован. – N. Horn, 1992, 140-141

у сваком уговору имплициран услов да ће дужник бити ослобођен обавезе онда када њено испуњење постане немогуће услед пропасти ствари.¹⁶¹² Ипак, поред физичке немогућности извршења уговора енглески судови су имали у виду и ситуације када у уговору постоји фундаментални захтев да одређено лице у време испуњења уговора буде способно да исти и изврши (тзв. ”уговори о строго личној служби”) а лице у питању умре или тешко оболи тако да није у могућности да испуни обавезу. У тим ситуацијама су обе уговорне стране ослобађане своје обавезе. Под немогућношћу испуњења уговора подводили су и случајеве када каснија промена у праву учини испуњење уговора незаконитим.¹⁶¹³

8.3.5.4.2. Теорија осујећења уговора

Временом, у енглеској судској пракси се поред апсолутне немогућности извршења уговора признају и други разлози за ослобођење од обавезе извршења истог.¹⁶¹⁴ Средином XIX века створена је тзв. „теорија осујећења уговора“ (која се још назива и теорија фрустрације уговора¹⁶¹⁵ - *frustration of contract*)¹⁶¹⁶. Она је спојила случајеве у којима је уговор немогуће испунити са оним где могућност извршења уговора и даље постоји, али је сврха извршења уговора осујећена.¹⁶¹⁷

Темеље признања осујећене сврхе уговора представили су тзв. „крунидбени случајеви“.¹⁶¹⁸ У овим случајевима радило се о томе да је велики број људи закупио собе из којих се могла посматрати манифестација крунисања краља Едварда VII, по вишој цени од уобичајене. Када се краљ разболео и крунисање је одложено, многи закупци соба су одбили да плате уговорене цене, иако церемонија крунисања није споменута у уговору. Први такав случај је био *Krell v. Henry*¹⁶¹⁹ из 1903. године.¹⁶²⁰ Било је јасно да не постоји никаква физичка препрека да се уговор изврши и да је испуњење уговорних престација могуће.¹⁶²¹ Међутим, суд је заузео став да је та церемонија била основ уговора¹⁶²² и да је отказивање исте спречило да се уговор изврши, те је пресудио у корист закупца.¹⁶²³

На тај начин је проширењем теорије имплицитног услова настала нова теорија осујећења уговора, по којој ће странке бити ослобођене уговорних обавеза ако се њиховим испуњењем не би остваривао циљ који су странке првобитно имале у виду.¹⁶²⁴

¹⁶¹² Тзв. теорија имплицитног услова или у оргиналу „*theory of implied condition*“ – Р. Ковачевић, 1973, 288

¹⁶¹³ Пример би био када након закључења уговора Влада донесе закон којим забрани увоз или извоз продатих производа, али само у ситуацијама када таква забрана удара у саму базу уговора и њено дејство није привременог карактера. – В. Круљ, 1967, 50

¹⁶¹⁴ Према: J.M. Vogel, 1977, 111

¹⁶¹⁵ У оргиналу: „*frustration of contract*“ – М. Драгичевић, 2012, 304

¹⁶¹⁶ Е. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 198

¹⁶¹⁷ Б. Антић, 2014, 7

¹⁶¹⁸ Р. Ковачевић, 1973, 288

¹⁶¹⁹ Одлука Апелационог суда Енглеске и Велса у предмету *Krell v. Henry* од 13.7.1903. године

¹⁶²⁰ Према: В. Круљ, 1967, 52

¹⁶²¹ Према: В. Живковић, 2012, 249

¹⁶²² На то је указивала висока цена закупа, која је конкретно у предмету *Krell v. Henry* била троструко већа од уобичајене. – И. Зиндовић, 2017, 42

¹⁶²³ Према: Е. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 201

¹⁶²⁴ Р. Ковачевић, 1973, 288

Даљи развој судске праксе у овом погледу је донео правила по којим да би дошло до осујећења уговора мора доћи до промене сврхе истог,¹⁶²⁵ односно до његове суштинске измене.¹⁶²⁶ Као последица промењених околности предвиђен је искључиво раскид уговора, али не и његова измена.¹⁶²⁷

У том контексту је интересантан случај *Herne Boy Steem Baat Co v. Huton*¹⁶²⁸ из 1903. године. У том случају су се тужиоци уговором обавезали да 28. јуна 1902. године, на дан кад је требало да буде одржано крунисање краља Едварда VII туженом ставе на располагање брод за прихват путника и одрже једнодневно крстарење. Премда је смотра флоте отказана, флота је остала у луци. Захтев тужилаца је био да им се исплати уговорена накнада од 250 фунти. Евидентно је било да циљ уговора јесте осујећен, али се поставило питање која треба да је граница осујећења како би се дужник ослободио преузете обавезе? Суд је у овом случају повукао границу, нашавши да циљ уговора није осујећен у потпуности јер посматрање смотре није био његов једини циљ – уговор је закључен и ради крстарења око флоте, што је било могуће пошто је флота и даље била у луци.¹⁶²⁹

Иако бисмо ово становиште могли да прихватимо, мало је теже објашњива одлука суда у још једном ”крундибеном” случају – *Chandler v. Webster*¹⁶³⁰ из 1904. године. У овом случају је тужени закупио салу како би посматрао поворку поводом поменутог крунисања. Уговорена цена је била 141 фунта и требало је да се исплати одмах по закључењу уговора. Тужени је платио 100 фунти а остао је дужан остатак новца у моменту када је свечаност отказана. Иако је циљ уговора у потпуности осујећен, суд је обавезао туженог да исплати остатак дугованог износа са образложењем да је та обавеза доспела у време када је уговор још важио и циљ уговора није био осујећен. Из тога би се могао извести закључак да се по схватању тадашње судске праксе уговор може раскинути само за будућност, као и да се дужник може ослободити само оних обавеза које наступају након што је циљ уговора осујећен.¹⁶³¹

Поред тога, јасно је да немогућност измене уговора услед измењених околности неретко странке доводи у незавидан положај. Законодавац је покушао да донекле ублажи последице тог решења 1943. године, тако што је донео тзв. *Law Reform Act*.¹⁶³² Тим актом је било прописано да у случају да је одређена сума исплаћена или постала исплатива пре него што је уговор осујећен, та сума мора да се врати, с тим што уговорна страна која је ту исплату примила или је требало да је прими, има право да задржи одређену суму новца, у износу трошкова испуњења уговора које је претрпела пре но што је исти био осујећен.¹⁶³³ Колики ће тај износ бити, одређује суд. Ова правила су се примењивала уколико је испуњење уговора постало немогуће или је његова сврха била осујећена, чак и уколико то осујећење није било у потпуности.¹⁶³⁴ Као што видимо, у питању је био покушај законодавца да регулише последице осујећења уговора услед догађаја на које

¹⁶²⁵ Погледати, на пример, случај *Davus Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council*.

¹⁶²⁶ Видети *The Suez Canal case*.

¹⁶²⁷ Према: Р. Pichonnanaz, 2011, 139

¹⁶²⁸ Одлука Апелационог суда Енглеске и Велса у предмету *Herne Boy Steem Baat Co v. Huton* од 6.8.1903. године

¹⁶²⁹ Према: И. Зиндовић, 2017, 42

¹⁶³⁰ Одлука Апелационог суда Енглеске и Велса у предмету *Chandler v. Webster* од 4.2.1904. године

¹⁶³¹ Према: И. Зиндовић, 2017, 43

¹⁶³² Такође познат и под називом „*Frustrated Contracts Act*”. – М. Драгичевић, 2012, 305

¹⁶³³ Према: Б. Антић, 2014, 9

¹⁶³⁴ Према: И. Зиндовић, 2017, 43

уговорне стране нису могле утицати.¹⁶³⁵ Циљ је био да се на неки начин успостави равнотежа између губитака странака поводом раскида уговора. Ипак, ефикасност овог закона је доведена у питање чињеницом да су његове норме биле диспозитивне природе и примењивале су се само уколико странке нису другачије уговориле. Такође, поједини уговори су били изузети од примене наведеног акта. Још једна његова мањкавост се огледала у томе што је као последицу дејства промењених околности предвиђао само раскид, а не и измену уговора.¹⁶³⁶ И поред тога, овај закон је врло ретко примењиван у пракси.¹⁶³⁷

Све у свему, енглеска судска пракса је била врло опрезна при прихватању правила о немогућност извршења уговора и теорије о осујећењу уговора, а са још већим опрезом је поставила границе примене ових правила. У теорији се налази на коментар да у енглеском праву промена околности мора бити или тако важна да се сматра да је уговор тако суштински измењен да је извршење обавезе постало немогуће (што је суштински теорија осујећења) или да није толико значајна и уговорне стране остају обавезане уговором сем ако њиме нису предвиделе неко решење за такав случај.¹⁶³⁸

8.3.5.5. Теорија неразумности (неизводљивости испуњења) као основ примене правила о промењеним околностима у америчкој судској пракси

Напоменућемо да институт „неизводљивости испуњења“¹⁶³⁹ (*impracticability*)¹⁶⁴⁰ који је настао у америчкој јуриспруденцији има велике сличности са појмом осујећења уговора. Доктрина о неизводљивости испуњења назива се још и „теорија неразумности“. Према овој теорији, неразумност испуњења уговора изазивају околности које се нису могле предвидети у време закључења уговора, а знатно га мењају.

Њоме је проширен појам немогућности, тако да су њиме поред немогућности испуњења уговора у дословном смислу, обухваћене и ситуације када је испуњење уговора неразумно због великог губитка или „несхватљивих тешкоћа до којих би дошло услед испуњења уговора“. Оно што овај податак чини нарочито занимљивим јесте да су америчке судије, иако припадају потпуно различитом типу правних система, екстензивним тумачењем појма немогућности испуњења уговора дошли до сличних решења као и њихове немачке колеге.¹⁶⁴¹ Подсетимо, како би омогућили примену правила о промењеним околностима, немачки судови су прибегли екстензивном тумачењу појма „немогућности испуњења уговорне обавезе“ услед ког је у складу са законом било могуће ослободити се уговорне обавезе. Стога су под случајеве немогућности испуњења уговора подвели и „економску немогућност“, односно ситуације када је извршење уговорних обавеза могуће само са изузетним напорима или великим губицима.

¹⁶³⁵ М. Драгичевић, 2012, 304

¹⁶³⁶ И. Зиндовић, 2017, 43

¹⁶³⁷ Према: М. Драгичевић, 2012, 304

¹⁶³⁸ Р. Pichonpanaz, 2011, 139

¹⁶³⁹ М. Драгичевић, 2012, 305

¹⁶⁴⁰ Е. Vaganauskas, Р. Zapolskis, 2009, 198

¹⁶⁴¹ Према: Р. Ковачевић, 1973, 289

8.3.6. Начин на који је институт измене или раскида уговора због промењених околности регулисан након Другог светског рата у појединим земљама Европе

8.3.6.1. Правила о измени или раскиду уговора услед промењених околности у пољском Законику о облигацијама

Законик о облигацијама који је донет у Пољској 1934. године је ушао у правну историју као први грађански законик који је садржао правила о измени или раскиду уговора услед промењених околности¹⁶⁴² у виду општег института облигационог права.¹⁶⁴³

8.3.6.2. Клаузула *rebus sic stantibus* у италијанском Грађанском законуку

Након тога, наведена правила су нашла своје место и у италијанском Грађанском законуку из 1942. године, који је и данас на снази.¹⁶⁴⁴ Италијански законодавац је у овој кодификацији грађанског права изричито предвидео клаузулу *rebus sic stantibus*.¹⁶⁴⁵ Приликом прописивања услова за њену примену водио се теоријом „претеране тешкоће“.

Наиме, у складу са чланом 1467. Законика, који регулише примену института промењених околности на двостране теретне уговоре, било са трајним или са повременим давањима, раскид уговора допуштен је само ако извршење престације једне уговорне стране постане претерано тешко услед наступања догађаја који су били изванредне и непредвидиве природе.¹⁶⁴⁶ Под тиме се не сматрају такве нове околности које, премда отежавају испуњење уговора, спадају у редован уговорни ризик.¹⁶⁴⁷ Изузетак од овог правила су само алеаторни уговори.¹⁶⁴⁸

Иако законска формулација не садржи ближе критеријуме о томе за које се догађаје сматра да су „изванредне и непредвидиве природе“, то је учинила судска пракса. Критеријум који су судови користили приликом оцењивања да ли извесни догађај може да се подведе под члан 1467. Грађанског законика био је критеријум пажње просечно пажљивог човека у врсти делатности на коју се односи уговорна обавеза дужника.¹⁶⁴⁹

Истим чланом, италијански Грађански законик предвиђа и могућност да друга уговорна страна избегне раскид уговора због промењених околности, тако што ће понудити праведну измену услова уговора.¹⁶⁵⁰

¹⁶⁴² Члан 269. пољског Законика о облигацијама.

¹⁶⁴³ А. Дудаш, 2015, 210

¹⁶⁴⁴ Према: П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 105

¹⁶⁴⁵ Чланови 1467.-1469. италијанског Грађанског законика.

¹⁶⁴⁶ Према: Р. Ковачевић, 1973, 289

¹⁶⁴⁷ Према: П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 106

¹⁶⁴⁸ Члан 1469. италијанског Грађанског законика.

¹⁶⁴⁹ Према: П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 107

¹⁶⁵⁰ Према: Ђ. Чобелјић, 1972, 23; S. Petrić, 2006, 98

Судови су одредбе члана 1467. тумачили тако да суд није овлашћен да врши измену садржине уговора нити да мења дужникову престацију, те да је у случају да уговарач против кога је предложен раскид уговора понуди измену услова уговора, улога суда ограничена на оцену да ли би се прихватањем те понуде отклонила претерана отежаност чинидбе, или пак не.¹⁶⁵¹

Италијански законодавац је отишао и корак даље - одредбе наредног, 1468. члана Грађанског законика, односе се на примену клаузуле *rebus sic stantibus* на једностране уговоре, односно оне код којих је само једна страна преузела обавезу.¹⁶⁵² Наведеним чланом је прописано да странка која је обавезна да изврши престацију може да захтева да иста буде смањена или праведно измењена како би се свела на разумну меру, ако јој испуњење уговорне обавезе постане „претерано отежано“.¹⁶⁵³ Јасно је да је законодавац доследно применио исту теорију и правну логику као и у претходном члану.

Међутим, постоји и једна значајна разлика у односу на примену института промењених околности на двострано обавезујуће уговоре. Она се односи на улогу суда, који је у складу са одредбама законика код теретних уговора пасиван и неутралан, јер се измена уговорних одредби може извршити само сагласном вољом странака.¹⁶⁵⁴ Насупрот томе, на основу одредби члана 1468. Законика, суду је код једностраних уговора додељена далеко активнија улога. Управо је дужност суда да, у случају да странке не постигну сагласност, на основу објективних критеријума процени на који начин треба да се модификује уговор како би се прилагодио новонасталим околностима и на тај начин задовољио захтев праведности.¹⁶⁵⁵

Овај законик је предвиђао примену правила о промењеним околностима на све уговоре са трајним или сукцесивним престацијама, као и на уговоре са одређеним роком испуњења. Једини изузетак законодавац је начинио у погледу алеаторних уговора, за које је чланом 1469. изричито предвидео да су изузети од примене овог правног инструмента.¹⁶⁵⁶

Судска пракса је „створила“ још један изузетак од примене клаузуле *rebus sic stantibus* у италијанском уговорном праву. Наиме, судови су заузели став по ком се не може захтевати ни измена ни раскид уговора о зајму због промењених околности, јер би се у супротном наведени уговор сасвим обесмислио.¹⁶⁵⁷

Законик из 1942. године није дао децидан одговор на питање које се често јављало у судској пракси, нарочито када је била реч о уговорима о кредиту или шпекулативним правним пословима: *да ли уговорна страна може да тражи измену или раскид уговора због изгубљене добити, уколико је изгубљена добит последица промењених околности?*

Иако законодавац није одговорио на ово питање, судска пракса јесте. Италијански судови су заузели чврст став по ком изгубљена добит, без обзира на њену висину, спада у уобичајени ризик пословања и стога не може бити основ да се захтева раскид уговора позивањем на институт измене или раскида уговора због промењених околности.¹⁶⁵⁸

¹⁶⁵¹ Према: Ђ. Чобелјић, 1972, 24

¹⁶⁵² Према: S. Petrić, 2006, 99

¹⁶⁵³ Према: И. Зиндовић, 2017, 39

¹⁶⁵⁴ Према: П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 106

¹⁶⁵⁵ *Ibidem.*

¹⁶⁵⁶ Према: М. Драгичевић, 2012, 304

¹⁶⁵⁷ Према: П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 107

¹⁶⁵⁸ Према: Ђ. Чобелјић, 1972, 23

Према доминатном становишту у италијанској судској пракси, институт измене или раскида уговора због промењених околности пружа уговорној страни заштиту од губитка у њеној имовини, али се њиме не штити и неки будући, очекивани добитак из закљученог уговора.¹⁶⁵⁹

8.3.6.3. Клаузула *rebus sic stantibus* у грчком, португалском и мађарском праву

Након Другог светског рата, клаузула *rebus sic stantibus* постаје предмет легислативне активности широм Европе, те тако бива, *inter alia*, унета у грчки, португалски и мађарски грађански законик.

Грчки грађански законик донет је одмах по завршетку Другог светског рата, већ 1946. године. У члану 388. грчке кодификације грађанског права правила о промењеним околностима су регулисана на следећи начин: „Ако се околности на које су се странке с обзиром на добру веру и прихваћене пословне обичаје првенствено базирале приликом закључења синалагматичког уговора, после тога измениле због изванредних разлога који нису могли бити предвиђени тако да је због ове промене престације дужника, узимајући у обзир и противпрестацију, постала претерано тешка, суд може, на захтев дужника, а према својој савести, свести на разумну меру или чак одлучити да се уговор раскине цео или у оном делу у ком је неизвршен.“¹⁶⁶⁰

Португалски грађански законик ступио је на снагу 1967. године. Институт измене или раскида уговора због промењених околности предвиђен је чланом 437. став 1. овог законика, који гласи: „Ако дође до изванредне промене оних околности на којима су уговорне стране засновале своју одлуку да закључе уговор, оштећена страна има право да захтева раскид тог уговора или његову измену у складу са принципом еквивалентности, ако би захтев да она испуни своју уговорну обавезу представљао озбиљно кршење начела добре вере и ако наступеле изванредне околности не спадају у ризик који је преузет приликом склапања уговора.“¹⁶⁶¹

Најпре унета у мађарско право Грађанским закоником из 1959. године, *клаузула rebus sic stantibus* је регулисана и новим мађарским Грађанским закоником који је донет 2013. године.¹⁶⁶² Његове одредбе су сличне као и у грчком и португалском праву.

8.3.6.4. Правила о промењеним околностима у тзв. социјалистичком праву

Насупрот наведеним тенденцијама све ширег регулисања института промењених околности као општег института уговорног права, теорија земаља у којима је важило тзв. социјалистичко право је све до седамдесетих година прошлог века показивала извештан скептицизам према уношењу наведеног института у своје правне системе, који су били строго планског типа.¹⁶⁶³ Неки теоретичари разлог томе виде како у примарној улози

¹⁶⁵⁹ Према: П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 107

¹⁶⁶⁰ Према: Р. Ковачевић, 1973, 290

¹⁶⁶¹ internationallawoffice.com/Newsletters/Litigation/United-Kingdom/RPC/Snowball-interest-rate-swap-upheld-by-High-Court, приступила 12.2.2016. године.

¹⁶⁶² Према: А. Дудаш, 2015, 210

¹⁶⁶³ Према: Ј. Салма, 2007, 380

плана у привреди,¹⁶⁶⁴ тако и у увек присутној могућности судске интервенције. Други наводе и одредбу која је била прихваћена у великом броју социјалистичких држава, а по којој се при вршењу права и обавеза сви морају придржавати правила социјалистичке заједнице.

Међутим, поједини теоретичари попут Агракова, сматрали су да су правила о промењеним околностима „заобишла“ социјалистичке државе тог доба из разлога што је управо принцип стабилности уговора основно начело на коме почивају односи међу социјалистичким привредним организацијама.¹⁶⁶⁵ О томе да ли би требало увести правила о промењеним околностима у социјалистичка права постојала су опречна мишљења у правној теорији.¹⁶⁶⁶ За разлику од Гордона и Зајца, који су се залагали за увођење ревизије уговора услед промењених околности у совјетски правни систем, Аграков је сматрао да не треба дозволити примену клаузуле *rebus sic stantibus* на уговоре између социјалистичких предузећа, истичући да се односи међу уговорним странама могу мењати само одлукама органа совјетске власти.¹⁶⁶⁷

Након либерализације привреде социјалистичких земаља, постепено се и у њихово законодавство уводи клаузула *rebus sic stantibus*. Тако је у члановима 234. и 235. Грађанског законика РСФСР из 1964. године предвиђено да се уговор гаси или мења када се промени план народне привреде на којим се исти заснива, те да уговор престаје уколико његово извршење постане немогуће услед околности које дужник није скривио.¹⁶⁶⁸ Са коначним преласком на систем тржишне привреде који је наступио у последњој деценији XX века правило о промењеним околностима постаје прихваћено и у законима бројних европских земаља које су некада припадале тзв. „источном блоку“¹⁶⁶⁹ – у том смислу је интересантно законодавство Демократске Републике Немачке,¹⁶⁷⁰ као и Чехословачке.¹⁶⁷¹ Наиме, премда је реч о државама које више не постоје, правила по којим је могуће да се уговор раскине или измени ако се у току планирања појаве повољније могућности испуњења планских задатака (немачко право) или у случају наступања околности које искључују одговорност (чехословачко право)¹⁶⁷² представљају одличну илустрацију промене става према институту промењених околности у правима социјалистичких држава, те услова под којим се тај институт могао применити.

8.3.7. Институт измене или раскида уговора због промењених околности у савременом праву европских земаља

Када је реч о савременом праву, начин на који је правни инструмент промењених околности регулисан се разликује у земљама са различитом правном традицијом. У

¹⁶⁶⁴ Миливој Киждобрански, *Промењене околности и право извођача на повећање цене код уговора о грађењу*, Нови Сад, 1987, 4

¹⁶⁶⁵ Према: Р. Ковачевић, 1973, 289

¹⁶⁶⁶ Према: Ж. Ђорђевић, 1958, 70

¹⁶⁶⁷ Према: Д. Попов, 1985, 210

¹⁶⁶⁸ Према: Д. Попов, 1986, 73

¹⁶⁶⁹ Према: Ј. Салма, 2007, 380

¹⁶⁷⁰ Параграф 20. став 1. и 2. Закона о уговорном систему у социјалистичкој привреди Немачке Демократске Републике од 25.2.1965. године.

¹⁶⁷¹ Параграф 252. Законика међународне трговине ЧССР из 1963. године.

¹⁶⁷² Д. Попов, 1986, 74

складу са поделом система уговорних права на романски, германски и англосаксонски систем¹⁶⁷³ овде ћемо изложити по један пример за сваки од тих система.

8.3.7.1. Клаузула *rebus sic stantibus* у француском уговорном праву

До 2016. године у француском праву није постојало опште правило о клаузули *rebus sic stantibus*,¹⁶⁷⁴ премда се она могла уговорити. На пример, уговор је могао да садржи посебну индексациону клаузулу којом је дозвољено да се уговорна цена аутоматски промени ако било стопа инфлације било берзански индекс пређу одређени ниво.¹⁶⁷⁵ Поред тога, могла се уговорити и тзв. *hardship* клаузула, која у случају да се испуне у њој одређени услови обавезује странке да поново приступе преговорима.¹⁶⁷⁶ У погледу могућности уговарања ових клаузула мишљења су била подељена. Извесно је да се на тај начин странкама омогућавало да аутономно одреде своја права и обавезе у случају промењених околности и да се на тај начин елиминише потреба за мешањем неког трећег у судбину њиховог уговорног односа. Међутим, њима се нису могли предвидети сви могући случајеви промењених околности, тако да упркос томе што су уговорене било је могуће да буду неефикасне.¹⁶⁷⁷

У складу са тим, правила о промењеним околностима су се у савременом француском праву могла применити у једном од два случаја: ако су уговорне стране изричито уговориле њихову примену, или уколико случај у питању спада у ред уско дефинисаних случајева за које је законодавац специјално прописао да се на њих примењује клаузула *rebus sic stantibus*.¹⁶⁷⁸

Када је реч о уговорним клаузулама којим се изричито предвиђала примена института промењених околности, интересантно је да је у француском праву најчешће била реч о једној клаузули којом се обухвата не само случај који спада под клаузулу *rebus sic stantibus* већ и случај више силе (*force majeure*). Француски Врховни суд се деценијама држао праксе по којој уговарач мође бити ослобођен своје чинидбе само у случајевима наступања догађаја који се не могу предвидети, избећи ни савладати, попут ратова, природних катастрофа, ембарга, штрајка и сличних. У свим осталим случајевима, француски законодавац је остајао при начелу аутономије воље – ако клаузула о промењеним околностима није изричито уговорена, суд не може да модификује одредбе уговора позивањем на начело правичности, поступање у доброј вери ни обичајно право. Сматрало се да постојање оваквог правила има историјску позадину – од француске револуције, француски судови показују неповерење према утицају друштвених промена на судбину уговора, као и велики отпор према препуштању судбине уговора на милост припадницима судске власти.¹⁶⁷⁹

¹⁶⁷³ И. Јанковец, 1999, 136

¹⁶⁷⁴ Постоји извештај број случајева који су уско дефинисани за које је специјално прописано да је дозвољена измена, односно раскид уговора због промењених околности. – Б. Антић, 2014, 5

¹⁶⁷⁵ Према: Е. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 201

¹⁶⁷⁶ Према: Б. Антић, 2014, 6

¹⁶⁷⁷ Е. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 201

¹⁶⁷⁸ У овом контексту погледати пресуду Париског апелационог суда пословни број JCP 1979.ІІ.18810. од 28.9.1976. године (*Cour d'appel de Paris*, 28.9.1976, JCP 1979.ІІ.18810.).

¹⁶⁷⁹ Према: Е. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 199

Такође је постојала могућност да се при примени клаузуле о промењеним околностима начини разликовање између индексационих клаузула које се односе на смањење вредности валуте у којој је уговор закључен са једне стране, и генералне клаузуле о промењеним околностима која се односи на све остале случајеве са друге.¹⁶⁸⁰

Како је чланом 1895. француског Грађанског законика предвиђено строго придржавање начела монетарног номинализма, приступ када је реч о индексним клаузулама је варирао. Најпре је извршено разликовање између интернационалних индексних клаузула, које су биле прихватане и домаћих, које нису биле дозвољене. Иако су поједине одлуке Касационог суда, попут оне у случају *Guoyot*, ишле у правцу укидања свих забрана уговарања индексне клаузуле, законодавац је таквој пракси стао на пут доношењем Наредбе из 1958. године. У том правном акту је наведено које врсте индексних клаузула није дозвољено уговорити. Уговарање осталих врста је дозвољено, под условом да су у директној вези са предметом уговора.¹⁶⁸¹ Временом су постајали све гласнији захтеви да се наведене рестрикције укину и дозвола уговарања индексних клаузула добије статус општег правила.

Уколико је долазило до кршења уговорене генералне клаузуле, пракса је показала да су се странке најчешће одлучивале да за такав случај предвиде поновне преговоре, као и да су француски судови неретко приморавали уговарача који одбија да поступи по уговореној процедури да то учини и приступи преговорима под надзором треће стране.¹⁶⁸² Та улога се често поверавала и арбитрама.¹⁶⁸³

Годинама су се чули предлози да се овако ригидно тумачење законских одредби, а самим тим и досадашња пракса судова промени, тако што би се предузели одређени кораци да се искористи овлашћење судова да модификују уговор на основу чланова 1134. став 3. и 1135. Грађанског законика и начела поступања у доброј вери.¹⁶⁸⁴

Међутим, Касациони суд је у својим одлукама наизменично прихватао прогресивна, па традиционална становишта о модификацији или раскиду уговора због дејства промењених околности. Пример за приклањање новијој струји јесте недавно наметнута обавеза да се изнова одреде услови уговора како би се поново успоставила нарушена имовинска равнотежа међу давањима уговорних страна, која је успостављена позивањем на начело добре воље. Премда представља значајан корак напред, наведена одлука се ипак не може посматрати као знак дефинитивног приклањања теорији импревизије.¹⁶⁸⁵

Чак и они аутори који су се залагали за реформе француског система, нису били уједињени у визији како би се то тачно требало учинити. Један пројекат, врло омиљен и често цитиран, под називом *Avant projet Catala* акценат је стављао на поновне преговоре у вези са садржином уговора. Суштина овог предлога лежала је у томе да председник суда, на захтев једне од уговорних страна, може да нареди приступање поновним преговорима, који треба да се изврше у складу са начелом *bona fides*. По овом предлогу, у случају да упркос томе што су уговорне стране поступале у доброј вери преговори не

¹⁶⁸⁰ Према: В. Живковић, 2012, 247

¹⁶⁸¹ *Ibidem*.

¹⁶⁸² *Ibidem*.

¹⁶⁸³ Према: В. Живковић, 2012, 248

¹⁶⁸⁴ *Ibidem*, 245

¹⁶⁸⁵ Према: В. Живковић, 2012, 246

уроде плодом, остављала им се могућност да раскину уговор, али не и да га модификују.¹⁶⁸⁶

Према предлогу из *F. Terré* пројекта, уговорне стране би имале обавезу да приступе преговорима увек када вредност обавезе једне од њих постане очигледно несразмерна вредности давања друге. Међутим, уколико преговори у разумном року не би дали резултата, судија би био овлашћен да измени или раскине уговор позивањем на клаузулу *rebus sic stantibus*.¹⁶⁸⁷

Као што видимо из наведеног, предлагачи су били врло опрезни када је реч о овлашћењима суда да заправо измени оно што су уговорне стране првобитно уговориле. Док по неким предлозима та могућност није постојала, други су је у својим пројектима ограничавали претходним неуспелим преговорима. Занимљиво је да је француски приступ у овом питању инспирисао легислатуру у Белгији, Луксембургу, Квебеку, Чилеу и Луизијани.¹⁶⁸⁸

До промене је дошло у фебруару 2016. године. Према члану 1195. Француског грађанског законика, оштећена уговорна страна може да захтева да се поново приступи преговорима због дејства промењених околности на уговор које чине испуњење њене обавезе прекомерно отежаном, али је дужна да за време трајања преговора уредно испуњава своје обавезе по првобитном уговору. Уколико друга страна одбије преговоре, или се они покажу неуспешним, суд има на располагању две опције. Прва је да, под условом да се странке са тим сложе, правично измени услове уговора. Друга је да, у случају да уговарачи одбију измену уговора, приступи његовом раскиду под условима за које процени да су одговарајући.¹⁶⁸⁹

Из наведеног је јасно да не само да је француски законодавац прихватио нужност увођења генералне клаузуле о промењеним околностима у француски правни систем, већ и да је прихватио решење по којем се акценат ставља на преговоре а у случају да они не уроде плодом, суду се даје овлашћење како да раскине, тако и да измени уговор. На тај начин је Француска, као једна од земаља која се најдоследније држала начела аутономије воље, положила оружје и стала у ред земаља у којима се признаје утицај промењених околности на судбину уговора.

Када је реч о очигледној несразмери, напоменућемо да Француски законик број 597. о интелектуалној својини из 1992. године предвиђа да очигледна несразмера постоји уколико разлика између износа ауторског хонорара и прихода оствареног искоришћавањем ауторског дела износи седам дванаестина и више.¹⁶⁹⁰ Примићемо да је ово решење блиско стандарду који је постојао у француском праву када је реч о институту лезије.

¹⁶⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁶⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁶⁸⁸ Према: В. Живковић, 2012, 245

¹⁶⁸⁹ Према: D. Klasiček, M. Ivatin, 2018, 28

¹⁶⁹⁰ Према: Владимир Винш, *Право аутора на ревизију уговорне одредбе о износу ауторског хонорара*, Страни правни живот, 2017, број 2, 196

8.3.7.2. *Институт измене или раскида уговора због промењених околности у немачком уговорном праву*

Великом реформом немачког Грађанског законика из 2001. године, одредбама члана 313. регулисано је право на измену или раскид уговора „због поремећаја основе уговора“.¹⁶⁹¹ Ове одредбе се односе на све уговоре, не само на двострано обавезујуће.¹⁶⁹² На овај начин је немачки законодавац практично кодификовао правна решења која су се развила и дуго низ година примењивала у судској пракси,¹⁶⁹³ која је деценијама стварала један прилично кохерентан систем примене правила о промењеним околностима.¹⁶⁹⁴

Тако први став члана 313. Грађанског законика Немачке предвиђа да „уколико су се околности које су постале основа уговора значајно промениле од момента кад је уговор закључен и ако уговорне стране не би закључиле уговор или би закључиле уговор са другачијим садржајем да су могле да предвиде ту промену околности, може се захтевати измена уговора ако се, узевши у обзир све околности конкретног случаја, нарочито уговорну или законску расподелу ризика, од једне уговорне стране не може разумно очекивати да испуни своју обавезу из уговора без његове измене.“¹⁶⁹⁵

У складу са наведеном законском одредбом, јасно је да је услов примене клаузуле *rebus sic stantibus* тај да је дошло до промене околности које представљају основ правног посла.¹⁶⁹⁶ Поред тога, нужно је да је до те промене околности исте дошло након што је уговор закључен.¹⁶⁹⁷ Такође, захтева се да странке, да су предвиделе такву промену околности, не би уговор ни закључиле или би га закључиле под другим условима.¹⁶⁹⁸ Другим речима, наступеле измене морају тако битно изменити чињеничну основу посла да би странке да су у време закључења уговора могле то предвидети, закључиле уговор са другачијом садржином, или га не би закључиле уопште.¹⁶⁹⁹ Неопходно је и да, с обзиром на све специфичне околности случаја, није разумно очекивати да оштећени уговарач остане везан уговором у његовом непромењеном облику.¹⁷⁰⁰ При процени да ли је испуњен овај услов нарочито се узима у обзир алокација ризика, у складу са новијим развојем доктрине промењених околности у немачкој судској пракси.¹⁷⁰¹

Ставом 2. истог члана је прописано да је еквивалентан правилима о промењеним околностима и случај када се испостави да су чињеничне концепције на којим је заснован уговор нетачне.¹⁷⁰² Према томе, како би се позивало на промењене околности, неопходно је да се измењене околности односе на чињеничну основу посла. Ова правила се такође могу применити и на случајеве у којима је постојала заблуда¹⁷⁰³ обе стране о материјалним околностима које су према схватањима уговорних страна постале основа

¹⁶⁹¹ Према: D. Klasiček, M. Ivatin, 2018, 31

¹⁶⁹² Према: Б. Антић, 2014, 15

¹⁶⁹³ Према: В. Живковић, 2012, 253

¹⁶⁹⁴ Према: S. Petrić, 2006, 99

¹⁶⁹⁵ gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html, приступила 16.09.2016. године

¹⁶⁹⁶ А. Дудаш, 2013, 271–289

¹⁶⁹⁷ S. Petrić, 2006, 100

¹⁶⁹⁸ А. Дудаш, 2013, 279

¹⁶⁹⁹ S. Petrić, 2006, 100

¹⁷⁰⁰ E. Varanauskas, P. Zapolskis, 2009, 205

¹⁷⁰¹ В. Живковић, 2012, 256

¹⁷⁰² gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html, приступила 16.09.2016. године

¹⁷⁰³ Процена да ли је реч о заблуди врши се на основу члана 119. немачког Грађанског законика. – S. Petrić, 2006, 99

посла.¹⁷⁰⁴ Како то законик предвиђа, са правилима о промењеним околностима се изједначавају ситуације када се показало да битне представе страна које чине основ уговора нису тачне.¹⁷⁰⁵ Ово је интересантан елемент немачког законског решења, који није типичан за остале европске кодификације. Но, он је последица прихватања теорије поремећаја основе посла која у овом погледу има шири домен примене.¹⁷⁰⁶

Наредним ставом члана 313. немачког цивилног кодекса предвиђено је да ако измена уговора није могућа или није разумно очекивати да један од уговарача такву измену прихвати, оштећена уговорна страна има право да захтева поништај уговора, односно, ако је реч о трајном уговору, да захтева његов раскид.¹⁷⁰⁷ Према томе, на оштећеној уговорној страни је да предложи измену уговора а на суду да одлучи да ли је тај захтев основан.¹⁷⁰⁸

Немачки законодавац предност даје измени уговора, а тек ако то није могуће или није „разумно“ дозвољава се да страна која је погођена променом околности раскине уговор.¹⁷⁰⁹ Као генерално правило, немачки судови не захтевају обавезне преговоре уговорних страна пре него што се приступи модификацији уговора.¹⁷¹⁰

У питању није раскид по сили закона, већ је нужна изјава о раскиду уговора, односно код уговора са трајним престацијама отказ уговора¹⁷¹¹. Наведена правила се не примењују само на двострано обавезујуће, већ на све уговоре.¹⁷¹²

За разлику од француског права, у немачком је регулатива када је реч о клазули *rebus sic stantibus* прилично темељна и свеобухватна, због чега уговарање индексне клазуле није толико учестало. Ипак, ове клазуле су биле под стриктном контролом откако је 1948. године извршена реформа монетарног система, уведена немачка марка као средство плаћања и уговарање индексне клазуле условљено претходним одобрењем Савезне банке. Иако је Савезна банка Немачке имала прилично рестриктиван приступ када је реч о ауторизацији индексне клазуле, судови су правило по ком је за уговарање те клазуле потребна њена претходна дозвола прилично уско тумачили.¹⁷¹³

Премда је четири деценије касније у Немачку уведен евро, индексне клазуле су остале у режиму претходне дозволе. Са том праксом је прекинуто 2007. године када је донет Акт о ценовним клазулама који децидно прописује да за њихово уговарање није потребна претходна ауторизација неког од државних тела. Истим актом је забрањено и уговарање индексних клазула, али је истовремено утврђен и широк спектар изузетака од наведеног правила, заснован како на судској, тако и на ранијој пракси Савезне банке Немачке.¹⁷¹⁴

Што се тиче генералне клазуле о промењеним околностима, њена главна сврха у немачком праву јесте што се уговарањем те клазуле може предвидети процедура поновних преговора у случају промењених околности, што није предвиђено у члану 313.

¹⁷⁰⁴ Према: Б. Антић, 2014, 15

¹⁷⁰⁵ А. Дудаш, 2013, 279

¹⁷⁰⁶ S. Petrić, 2006, 99

¹⁷⁰⁷ gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html, приступила 16.09.2016. године

¹⁷⁰⁸ S. Petrić, 2006, 100

¹⁷⁰⁹ Према: D. Klasiček, M. Ivatin, 2018, 50

¹⁷¹⁰ Према: В. Живковић, 2012, 257

¹⁷¹¹ Б. Антић, 2014, 15

¹⁷¹² М. Драгичевић, 2012, 304

¹⁷¹³ Према: Hugh Baele, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart, 2010, 1155-1156

¹⁷¹⁴ *Ibidem*.

Грађанског законика. Реформом из 2002. године уведено је једно ограничење када је о генералној клаузули реч: уговор се не може закључити тако да се њиме озбиљно подрива равнотежа предвиђена чланом 313. Законика. Другим речима, мора се водити рачуна о начелима еквивалентности и правичности.¹⁷¹⁵

Интересантно је да након што је законодавац регулисао клаузулу промењених околности није дошло до значајне промене у немачкој судској пракси. Разлог је једноставан: законска регулатива је заснована на судској пракси која јој је претходила. Упркос томе, успостављањем одговарајуће регулативе судовима је онемогућено да своје одлуке доносе позивањем на слово закона и правни институт измене или раскида уговора због промењених околности.¹⁷¹⁶

8.3.7.3. *Измена или раскид уговора због промењених околности у аустријском и швајцарском послератном праву XX и XXI века*

Када је реч о аустријском правном систему, општи институт раскида или измене уговора због промењених околности је развијан кроз судску праксу као ванкодексни институт који се позивао на то да су давања постала „недостижна“.¹⁷¹⁷

Швајцарска судска пракса је такође заслужна за развијање теорије о промењеним околностима. С обзиром на то да ни швајцарски законодавац није инкорпорисао овај институт у опште законско правило, њихови судови су по угледу на аустријску и немачку судску праксу решење нашли у екстензивном тумачењу правила о престанку уговорних обавеза због немогућности испуњења. При томе су примену клаузуле *rebus sic stantibus* најпре образлагали тиме што је испуњење уговора постало „практично немогуће“, да би касније по угледу на своје немачке колеге увели и концепт „економске немогућности испуњења уговора“. Наведена тумачења су заснивали на примени начела правичности.¹⁷¹⁸

Допринос швајцарске јуриспруденције доктрини о промењеним околностима ипак се није завршио на пуком „преписивању“ аустријских и немачких решења. У појединим одлукама у којим је уговор измењен или раскинут због промењених околности, основ су пронашли у институту битне заблуде¹⁷¹⁹ што је такође била подлога за поједина теоријска разматрања правне суштине овог института.

8.3.7.4. *Енглеско уговорно право и правила о измени или раскиду уговора због промењених околности*

У англосаксонском праву важи начело по коме је уговор закон за уговорне стране.¹⁷²⁰ У енглеском праву су и даље на снази правила по којим судови немају могућност да мењају услове уговора, чак ни када се примењује теорија осујећења

¹⁷¹⁵ *Ibidem.*

¹⁷¹⁶ E. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 199

¹⁷¹⁷ А. Дудаш, 2015, 209

¹⁷¹⁸ Р. Ковачевић, 1973, 287

¹⁷¹⁹ А. Дудаш, 2015, 210

¹⁷²⁰ Alexander Schramm, *The English and German Law on Change of Circumstances: An Examination of the English System and Potential Advantages of the German Model*, Anglo-German Law Journal, 2018, vol. 4, 26

уговора.¹⁷²¹ Другим речима, дужник је обавезан да испуни своју престацију без обзира на то да ли је то уопште могуће и да ли је евентуална немогућност испуњења уговора скривљена.¹⁷²² Једини изузетак су случајеви реституције. И даље постоји оштро противљење већој флексибилности судова у овом погледу, са образложењем да странке могу својевољно да унесу у уговор тзв. *hardship* клаузуле и заштите се од евентуалних невоља у које могу запасти уколико дође до битне промене околности.

Неки аутори разлог за овако крут став виде у чињеници да Енглеска није имала тако снажну економску кризу после Првог и Другог светског рата као што је то, на пример, био случај са Француском и Немачком.¹⁷²³ Наиме, управо су велике инфлације и немаштина натерали судове у овим државама да промене дотадашње ставове о одржању уговора на снази без обзира на промену околности које су постојале при његовом закључењу, те да прилагоде своја схватања новонасталим околностима.

Међутим, као што смо раније подробије објаснили, тзв. теорија фрустрације односно теорија осујећења уговора пружа извесну могућност да се успостави нарушена економска равнотежа уговора.

Модерне темеље овој теорији је поставио лорд Радклиф у својој одлуци у случају *Davis Contractor Ltd. v. Fareham UDC*.¹⁷²⁴ У овом случају реч је била о томе да се тужилац обавезао да за туженог изгради 78 кућа у року од осам месеци, за фиксну цену. Због потешкоћа на тржишту рада које се нису могле предвидети, те лошег времена и других разлога, било је потребно 22 месеца да се радови заврше и коштали су 17000 фунти више од уговорене цене. Тужилац је тврдио да је уговор осујећен због недостатка радне снаге и захтевао је правичну накнаду позивајући се на неосновано обогаћење друге стране.¹⁷²⁵ Међутим, такав захтев је одбијен од стране Дома лордова, који је о њему одлучивао. Лорд Радклиф је одбацио као нелогичан део о имплицираном услову уговора у виду догађаја које странке нису могле предвидети, а који је раније био саставни део те теорије.¹⁷²⁶ Прецизирао је да до осујећења уговора долази када закон предвиђа да се „без кривице иједне од уговорних страна уговорна обавеза не може извршити јер би услед утицаја одређених околности извршење исте учинило тај уговор радикално другачијим у односу на оно што је првобитно уговорено“.¹⁷²⁷

На овај начин је успоставио нове критеријуме за примену теорије осујећења уговора – у литератури се стога његов приступ карактерише као „модеран тест осујећења“. Занимљиво је да, међутим, економске потешкоће приликом испуњења обавезе нису саме по себи довољан услов да се примене правила о промењеним околностима. У већ поменутом случају *Davis Contractor Ltd. v. Fareham UDC*, изричито је наведено да „потешкоће, проблеми или материјални губици приликом испуњења не доводе сами по себи до примене теорије осујећења. Како би се ова теорија применила, нужно је да постоји таква промена у значају облигације да би ефекти извршења уговора били потпуно другачији од оног што је њиме првобитно уговорено.“¹⁷²⁸ Другим речима,

¹⁷²¹ Е. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 205

¹⁷²² В. Круљ, 1967, 47

¹⁷²³ Б. Антић, 2014, 10

¹⁷²⁴ Одлука Куће Лордова Уједињеног Краљевства у предмету *Davis Contractor Ltd. v. Fareham UDC* од 19.4.1956. године, доступна на bailii.org/uk/cases/UKHL/1956/3.html, приступила 5.4.2020. године.

¹⁷²⁵ Према: Е. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 202

¹⁷²⁶ Према: Р. Pichonnanaz, 2011, 141

¹⁷²⁷ bailii.org/uk/cases/UKHL/1956/3.html, приступила 5.4.2020. године

¹⁷²⁸ Е. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 202

битно је да промењене околности осујећују основу уговора, циљ због кога је он закључен.¹⁷²⁹ Сматраће се да је осујећен циљ уговора када суд у конкретном случају утврди да су се након закључења уговора околности толико промениле да би дужник када би испунио уговорену престацију испунио нешто на шта уопште није рачунао у време закључења уговора, односно оно што се суштински није ни обавезао да испуни.¹⁷³⁰

Слично образложење суд је дао и у случајевима везаним за Суецки канал, у којима су тужиоци тврдили да је затварање Суецког канала због ратних збивања резултирало у осујећењу уговора о продаји робе. Суд је сматрао да блокада канала није суштински учинила ситуацију другачијом и да су продавци били дужни да размотре алтернативне, премда скупље и дуже, руте.¹⁷³¹

Јасно је да се у складу са оваквим тумачењем теорија осујећења не може применити на случајеве у којима се у европско-континенталном праву обично примењује доктрина промењених околности. Нарушавање економске равнотеже у енглеском праву није довољан фактор како би се применила *hardship* клаузула, премда је било случајева попут *Krell v. Henry* у којима је обавеза једне уговорне стране практично постала безвредна, док је друга уговорна страна по ономе што је уговорено имала обавезу да плати пуну цену те престације. У таквим случајевима су судови примењивали теорију осујећења уговора.¹⁷³² Међутим, тиме њен домен примене није знатно проширен јер су овакви случајеви врло ретки у пракси.

Услови примене теорије осујећења јесу следећи: мора постојати фактичка и правна могућност испуњења, сврха уговора треба да буде посредни циљ који се надовезује на непосредни циљ закључења истог, тај циљ мора бити познат и другој уговорној страни и ако се тај циљ макар делимично остварио неће постојати право друге уговорне стране да се ослободи даљег извршења уговора.¹⁷³³ Уговор ће спадати у ову категорију ако је немогућност испуњења сврхе уговора последица догађаја који је наступио након што је уговор закључен, за чије наступање није одговорна ниједна уговорна страна и који би се по закону сматрао оправданим разлогом да се уговор не изврши.¹⁷³⁴

Убрзо је постало јасно да правне последице примене теорије осујећења уговора, које се огледају у раскиду уговора са дејством *ex tunc*,¹⁷³⁵ али не и реституције, могу да доведу до нарушавања начела еквивалентности, али и начела правичности. Наиме, реституција је у енглеском праву дозвољена само уколико једна уговорна страна није уопште извршила своју престацију, али не и ако је исту извршила делимично или њена вредност није била сразмерна вредности контрапрестације.¹⁷³⁶

Стога је законодавац умешао своје прсте, доневши *Law reform Act* 1943. године, којим је модификовао одредбе о правним последицама код теорије осујећења. Тако је овим актом прописано да ће се у случају осујећења уговора свака исплаћена сума вратити, уз признавање трошкова које је друга страна евентуално имала приликом

¹⁷²⁹ З. Илкић, *Престанак уговора о доживотном издржавању*, Мегатренд ревија, 2014, број 1, 2014, 138

¹⁷³⁰ М. Станковић, 2012, 84

¹⁷³¹ casebooks.eu/contractLaw/Chapter23/excerpt.php?excerptId=4678, приступила 5.4.2020. године

¹⁷³² Gad Tedeschi, *Frustration of Purpose (Cessation of Promisee's Interest in Promisor's Performance)*, Israel Law Review, 1975, issue 1, 1

¹⁷³³ М. Станковић, 2012, 84

¹⁷³⁴ Д. Попов, 1986, 71

¹⁷³⁵ Е. Ваганаускас, Р. Заполскис, 2009, 203

¹⁷³⁶ В. Живковић, 2012, 251

извршења уговора.¹⁷³⁷ Евентуална добит која је настала на основу уговора који је осујећен, мора се такође вратити оштећеној уговорној страни.¹⁷³⁸ Приликом одређивања тачних износа које странке једна другој евентуално треба да врате, односно исплате на име трошкова или несразмерне добити, суду је дата велика дискреција.¹⁷³⁹ Међутим, овај акт је врло ретко примењиван у судској пракси.¹⁷⁴⁰

Поред теорије осујећења, у енглеској судској пракси је на неке случајеве који у нашем праву редовно потпадају под домен примене клаузуле о промењеним околностима примењивана и теорија о конструкцији уговора. Прецедент који се најчешће помиње у литератури јесте *Staffordshire Area Health Authority v. South Staffordshire Waterworks Co.*¹⁷⁴¹ Према уговору који је закључен 1929. године, тужени је био дужан да испоручује воду по уговореној цени „у свако доба након закључења“, што је престао да чини пола века касније,¹⁷⁴² када реална вредност уговорене цене више није покривала ни трошкове које је испоручилац имао. Суд је донео одлуку да тужени има право да раскине такав уговор, уколико претходно обавести другу уговорну страну. Образложење је било да се приликом закључивања (конструкције) уговора о снабдевању робом или услугама по фиксно утврђеној цени који је закључен на неодређено време подразумева право снабдевача да исти раскине (али не и модификује) уколико трошкови извршења престације толико порасту да учине такав уговор неисплативим.¹⁷⁴³

Иако су ове две теорије далеко скромнијег домена примене него што је то случај са институтом раскида или измене уговора услед дејства промењених околности у европско-континенталним правним системима,¹⁷⁴⁴ занимљиво је да у данашњој енглеској правној теорији, али и судској пракси, предлози да се постојеће стање измени нису нарочито бројни.¹⁷⁴⁵ Чини се да преовладава став да су решења која су тренутно на снази одговарају потребама енглеског друштва и на прави начин осликавају његове правне традиције. У том контексту је корисно имати у виду да у енглеском уговорном праву, за разлику од права која припадају европско-континенталном типу, не постоји обавеза поступања у доброј вери.¹⁷⁴⁶

Енглески судови крајње селективном применом ове доктрине не желе да олакшају уговорним странама да се „ратосиљају“ уговора који постану непрофитабилни.¹⁷⁴⁷

Поред тога, очекује се да ће уговорне стране саме унети у уговор одговарајуће заштитне одредбе. Наиме, у енглеском праву постоји могућност уговарања како индексних, тако и генералних *hardship* клаузула. Према индексним клаузулама су судови

¹⁷³⁷ Примери би биле ситуације када је неко ко се бави оправкама бродова већ извршио део оправки пре него што је брод уништио пожар, или пак ситуација када је уговорено да власник стамбеног објекта подигне бину како би могао да види пролазак краљеве поворке, те је у време раскида уговора већ купио грађу за поменути бину. - Arnold D. McNair, *The Law Reform (Frustrated Contracts) Act, 1943*, *Law Quarterly Review* 60, 1944, no. 2, 165-166

¹⁷³⁸ legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/section/1, приступила 5.4.2020. године

¹⁷³⁹ Према: Pauline Moran, *Restitutory Principles and the Frustrated Contracts Act 1944*, *Auckland University Law Review* 4, 1980, no. 1, 58-59

¹⁷⁴⁰ Према: В. Живковић, 2012, 251

¹⁷⁴¹ Ова пресуда Апелационог суда Енглеске и Велса је из 1978. године.

¹⁷⁴² Према: E. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 203

¹⁷⁴³ Према: Hugh Collins, *The Law of Contract*, Edinburgh, 2003, 362

¹⁷⁴⁴ Према: E. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 203

¹⁷⁴⁵ Према: В. Живковић, 2012, 252

¹⁷⁴⁶ E. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 203

¹⁷⁴⁷ A. Schramm, 2018, 32

на Острву заузели изузетно либералан став, сматрајући да нема потребе за судском интервенцијом код уговора који су индексирани у иностраној валути.¹⁷⁴⁸

Генералне клаузуле о промењеним околностима се некад специјално уговарају а код појединих врста уговора, попут уговора о грађењу, њихово уговарање је толико уобичајено да се сматра сасвим стандардним. Најчешће се приликом уговарања ове клаузуле прецизно излистају ситуације у случају чијег наступања ће се применити одговарајући правни лек. Другим речима, правна последица нарушавања начела еквивалентности код ових уговора не мора нужно бити њихов раскид. Позитивна страна оваквог решења је, ван сваке сумње, што се њиме уводи могућност уговарања евентуалне измене уговора која по генералном току ствари није дозвољена. Међутим, за разлику од француског права, енглеско право не дозвољава могућност да се генералном *hardship* клаузулом уговори обавеза поновног приступања преговорима у случају да дође до промене околности од утицаја на еквивалентност узајамних престација, осим уколико у те преговоре није укључена и трећа уговорна страна.¹⁷⁴⁹

Још један разлог због ког примена теорије осујећења уговора није узела превеликог маха у енглеској судској пракси јесте и строгост предвиђених последица.¹⁷⁵⁰

Када је реч о даљем развоју енглеског права по овом питању, нарочито ће бити занимљиво посматрати како ће енглески судови да прихвате увођење правила из *Common European Sales Law (CESL)*. Ова правила би требало да успоставе секундарни режим када је реч о уговорном праву а познају институт прекомерног оштећења и регулишу га много подробније него што је то случај у савременом енглеском праву.¹⁷⁵¹

8.3.7.5. Правила о промењеним околностима у америчком уговорном праву

Развој института промењених околности се одвијао слично и у америчком праву. Ригидан став о непромењивости уговора без обзира на накнадно наступање околности које његово испуњење могу знатно отежати ублажен је применом теорије "неразумности". Наведена теорија се ослања на раније прихваћену теорију имплицитног услова, проширујући случајеве на коју се потоња примењује не само на ситуације када је испуњење уговора немогуће, већ и на ситуације када је обавеза постала неразумна. Према параграфу 454. америчког *Restatement of the Law of Contracts* који је донет 1923. године¹⁷⁵² ова правила ће се применити ако је престација уговорне стране постала неразумна услед тешкоће, трошка, штете или губитка. Касније је теорија покушала да прецизира наведене законске услове. Према њиховом схватању, суштинска разлика између немогућности и неразумности испуњења није разлика између тешкоће и немогућности, већ у томе да ли је наступање једне непредвиђене околности чији ризик није правично да дужник сноси учинило испуњење обавезе суштински различитим од оног што се разумно може очекивати.¹⁷⁵³

¹⁷⁴⁸ Према: В. Живковић, 2012, 252

¹⁷⁴⁹ *Ibidem*, 253

¹⁷⁵⁰ А. Schramm, 2018, 32

¹⁷⁵¹ В. Живковић, 2012, 259

¹⁷⁵² О овом интересантном пројекту детаљније видети: Charles E. Clark, *The restatement of the law of contracts*, Yale Law Journal, 1933, issue 5, 643-667

¹⁷⁵³ Према: Д. Попов, 1986, 72

У шестој деценији двадесетог века донет је Јединствени (Једнообразни) трговачки законик. Чланом 2-625 предвиђено је да задоцњење у испоруци односно потпуна или делимична неиспука од стране продавца неће бити сматрани повредом уговорне обавезе у случају да је уговорено испуњење постало неразумно јер је наступио неки догађај чије је наступање представљало основну претпоставку да би уговор у питању био закључен. Сматра се да последице наступања таквог догађаја имају ретроактивно дејство – дакле, од тренутка закључења а не од тренутка њиховог настанка. Ту лежи разлика у односу на енглеску теорију фрустрације уговора.¹⁷⁵⁴

Имајући у виду ограничен дomet законских одредаба у америчком праву које је прецедентно, јасно је да је упркос доношењу Јединственог трговачког законика домен примене клаузуле *rebus sic stantibus* знатно ужи него што је то случај у земљама тзв. континенталне Европе.

8.4. КЛАУЗУЛА *REBUS SIC STANTIBUS* У СРПСКОМ ПРАВУ

8.4.1. Период до доношења Закона о облигационим односима

8.4.1.1. Српски грађански законик и правила о измени или раскиду уговора услед промењених околности; правна правила предратне Југославије

У нашој земљи, постојала су различити периоди примене правила о промењеним околностима. Правна правила предратне Југославије нису предвиђала клаузулу *rebus sic stantibus*. Иако је његов аустријски узор¹⁷⁵⁵ у поменутом параграфу 936. допустио позивање на промењене околности у посебно одређеним случајевима, у Српском грађанском законнику овај институт није био предвиђен.¹⁷⁵⁶

Мишљења о оправданости Хаџићеве одлуке да не регулише институт измене или раскида уговора због промењених околности Закоником из 1844. године су углавном била позитивна. Тако је, на пример, цењени професор Анђелковић сматрао да би другачији законодавчев приступ био опасан како за тадашње, тако и за будуће право.¹⁷⁵⁷

Занимљив је став који су заступале поједине судије Касационог суда. Наиме, према њиховом мишљењу, правила о промењеним околностима су се могла посредно извести из десетог параграфа Српског грађанског законика, који предвиђа одлучивање на основу савесности и правичности.¹⁷⁵⁸ Према наведеном схватању, овом одредбом су

¹⁷⁵⁴ *Ibidem*, 73

¹⁷⁵⁵ И. Зиндовић, 2012, 118

¹⁷⁵⁶ Ипак, Б. Визнер истиче да се примена правног инструмента промењених околности могла извршити у појединачним случајевима који су потпадали под одредбу параграфа 653. Српског грађанског законика. – Б. Визнер, 1978, 530

¹⁷⁵⁷ Према: Р. Ковачевић, 1973, 290

¹⁷⁵⁸ Параграф број 10. СГЗ-а притом гласи: „Ако би се случај какви на суду појавио, за који нарочитог прописа не би било, онда ће се исти по општим, у овом законнику постављеним основама или опште познатом досадашњем обичају разумно и савесно решавати, никако не испуштајући из вида законске прописе за подобне случајеве.“ – Грађански Законик за Краљевину Србију (текст Закона од 11. марта 1844. године, са изменама и допунама)

на општи начин постављене основе за решење случајева насталих у вези са промењеним околностима. Заступници овог тумачења су у те опште постављене основе примене клаузуле *rebus sic stantibus* убрајали, *inter alia*, заблуду. Они су наиме сматрали да се код правила о промењеним околностима и ради о посебној врсти заблуде, те да би странке сасвим извесно изјавиле да то што треба да се испуни није њихова уговорна воља и да су оне биле у заблуди.

Међутим, у домаћој правној теорији овакав став није наишао на прихватање, а становиште да је заблуда основ за корекцију уговора у случају промењених околности је окарактерисано као „неприхватљиво“.¹⁷⁵⁹

Може се наићи и на схватање по којем се промењене околности посредно узимају у обзир, јер члан 636. Српског грађанског законика предвиђа да уговор престаје (сматра се да није учињен) ако је ствар законском забраном престала, односно ако је наступила законска немогућност испуњења. Предвиђена санкција је била раскид, али не и модификација таквог уговора.

Та одредба се не би могла изједначити са клаузулом о промењеним околностима, јер је реч о немогућности испуњења, а не ситуацији када је исто претерано отежано. Поред тога, правне последице су различите него кад се примењује клаузула *rebus sic stantibus*.

Када је реч о територији Војводине, пре стварања Краљевине СХС, на тој територији се примењивало мађарско уговорно право,¹⁷⁶⁰ које је познавало институт измене или раскида уговора због промењених околности у ситуацијама када је дужникова обавеза постала толико тешка да начело правичности захтева да се дужник њоме не оптерети.¹⁷⁶¹

И након стварања нове државе по завршетку Првог светског рата, на територији Војводине судови су се придржавали раније успостављене праксе, те су тако ослобађали дужника обавезе предвиђене уговором ако је набављање или израђивање робе постало тако скупо услед ратних догађаја да би извршење исте, када се узму у обзир и све сличне обавезе дужника, довело до његовог уништења.¹⁷⁶²

Другим речима, узимале су се у обзир ратне околности и начини на које је могло доћи до отежавања испуњења уговора као последице истих. Ипак, чини нам се да је правни стандард који је постављен у контексту нивоа оног што би се могло подвести под очигледну несразмеру узајамних давања исувише висок. Захтева се не само да је испуњење обавезе дужника знатно отежано, већ и да би га оно суштински финансијски упропастило. Закључак који следи јесте да уколико је постојала могућност да дужник уз знатне потешкоће ипак испуни своју обавезу, а да при томе не банкротира, војвођански судови тог времена не би примењивали правила о промењеним околностима. Стога је наш закључак да је тај услов био превисоко постављен, премда се не може порицати да је примена клаузуле *rebus sic stantibus* под било којим условима била по дужнике повољније решење од оног у остатку Србије, где она није била могућа.

Како би се ипак олакшао положај дужника, држава је одлучила да умеша прсте. То је учињено доношењем Уредбе о правној ликвидацији стања изазваног ратом. Тим

¹⁷⁵⁹ Р. Ковачевић, 1973, 290

¹⁷⁶⁰ М. Живковић, 2006, 169

¹⁷⁶¹ Према: И. Зиндовић, 2017, 44

¹⁷⁶² Према: Звонимир Пићкулић, Имре Ђерђ, *Основи приватног права у Војводини*, Београд, 1924, 137

правним актом је био омогућен раскид двостраних уговора који су били закључени пре рата а код којих ниједна уговорна страна није извршила своје обавезе. То се могло учинити на захтев било које стране и без додатних трошкова.¹⁷⁶³ Међутим, ова уредба се није примењивала на уговоре који су закључени након ратних збивања,¹⁷⁶⁴ те је њен домен примене био прилично уско постављен. То је утицало, сасвим логично, и на њену свеукупну ефикасност.

8.4.1.2. Период административног управљања и институт измене или раскида уговора због промењених околности

Након Другог светског рата започео је тзв. период административног управљања привредом. У том периоду, који је трајао од 1945. до 1950. године, цене су биле строго нормиране, као и услови и начин ступања у уговорни однос. Захтевало се да се уговор стриктно извршава и поштује,¹⁷⁶⁵ јер би у супротном дошло до поремећаја у планској привреди. Одступање од уговора је било дозвољено само у случају укидања или промене плана,¹⁷⁶⁶ више силе или уколико је изостао увоз сировина из иностранства од ког је искључиво зависило извршење уговора.¹⁷⁶⁷ Клаузула о промењеним околностима се није признавала као институт облигационог права, нити примењивала у виду општег правила.¹⁷⁶⁸

Важно је истаћи да су се и у овом периоду правила о промењеним околностима примењивала када је у питању домен права који се односио на физичка лица.¹⁷⁶⁹ Наводи се пример Основног закона о односима родитеља и деце¹⁷⁷⁰ који је у члану 38. предвиђао да суд може, по предлогу заинтересованог лица, да повиси, снизи или укине издржавање досуђено правоснажном одлуком, ако су се околности на основу којих је донета одлука касније измениле. Такође, чланом 69. Основног закона о браку¹⁷⁷¹ прописано је да се суд може изменити одлуку о чувању и васпитавању деце и о односима разведених супруга према деци, ако то захтевају промењене прилике.

8.4.1.3. Период друштвеног управљања и институт измене или раскида уговора због промењених околности

Наредни период примене правила о промењеним околностима почео је 1951. године, када је почео процес осамостаљивања привредних предузећа и прелазак на систем друштвеног управљања. Пошто је захваљујући наведеним привредним процесима омогућено слободно закључивање уговора и слободан избор како уговорног партнера тако и садржине уговора, теорија је почела све гласније и одлучније да се залаже за шире прихватање института промењених околности. Једноставну али врло

¹⁷⁶³ Према: И. Зиндовић, 2017, 44

¹⁷⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁷⁶⁵ И. Зиндовић, 2012, 118

¹⁷⁶⁶ Б. Визнер, 1978, 530

¹⁷⁶⁷ Према: К. Ковач, 1966, 16

¹⁷⁶⁸ И. Зиндовић, 2017, 45

¹⁷⁶⁹ К. Ковач, 1966, 17

¹⁷⁷⁰ Основни закон о односима родитеља и деце, „Службени лист ФНРЈ”, бр. 104/47

¹⁷⁷¹ Основни закон о браку је објављен у Службеном листу ФНРЈ број 29 од 9.4.1946. године.

прецизну илустрацију због чега се то сматрало нужним пружио је А. Гамс, рекавши: „Са гледишта принципа грађанског права требало би уважити клаузулу *rebus sic stantibus*. Очевидно је да странке имају у виду нормалну, објективну ситуацију са којом рачунају и каузе (економске ефекте својих послова) одређују према тој ситуацији. Ако се економски ефекат услед објективно промењене околности онемогући, правни посао губи један од својих елемената, каузу.“¹⁷⁷²

Исте, 1951. године је и државна арбитража допустила да се клаузула *rebus sic stantibus* примени ако наступе промењене околности које у знатној мери отежавају испуњење уговора.

8.4.1.4. Измена или раскид уговора услед промењених околности у Општим узансама за промет робом

Како би се домаћим привредним организацијама олакшало пословање, раније важећа правила трговачких законика, која су одавно „изгубила корак са временом“ и постала неадекватна, замењена су новим, модерним и унифицираним правилима 1954. године, када су ступиле на снагу Опште узансе за промет робом. Опште узансе су постале главни извор уговорног права када је реч о привреди,¹⁷⁷³ у недостатку јединственог грађанског, односно трговачког законика. Оне нису представљале само кодификацију обичаја, већ прописе који су донети управо да би се уједначила судска пракса и повратила правна сигурност.¹⁷⁷⁴ Важила је претпоставка да су странке пристале на њихову примену у пословима у којима је у случају спорова надлежан привредни суд (раније: државна арбитража), осим ако су изричито искључиле њихову примену.¹⁷⁷⁵

У Општим узансама члановима број 55-59. су регулисани измена и раскид уговора због промењених околности.¹⁷⁷⁶ Наиме, узансом број 55 је прописано да странка може тражити измену или чак раскид уговора ако би за њу испуњење обавезе постало претерано отежано¹⁷⁷⁷ или би јој нанело претерано велики губитак „због изванредних

¹⁷⁷² Према: Р. Ковачевић, 1973, 290

¹⁷⁷³ В. Капор, 1979, 17

¹⁷⁷⁴ М. Живковић, 2006, 170-171

¹⁷⁷⁵ Члан 2. Општих узанси. Поред тога, Уводни закон за Закон о парничном поступку из 1957. године („Службени лист ФНРЈ”, бр. 4/1957) је изричито прописивао примену Општих узанси пред привредним судовима.

¹⁷⁷⁶ Занимљиво је запажање М. Мијачић Цветановић да се у Општим узансама користе два термина за означавање раскида уговора: одустанак и раскид. Наиме, тамо где је потребна интервенција суда, као што је то случај код института промењених околности, користи се термин „раскид уговора“, а тамо где до престанка уговора долази на бази споразума уговарача или вансудском једностраном изјавом воље, употребљава се термин „одустанак“. Мијачић Цветановић ипак напомиње да наведено термилошко разликовање нема суштинског значаја, подсећајући да се у упоредном праву користе оба термина – тако је термин „одустанак“ у употреби у немачком, а израз „раскид уговора“ карактеристичан за француско право. – Мирса Мијачић Цветановић, *Раскидање уговора због неиспуњења*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 136

¹⁷⁷⁷ Тако К. Бетваи наводи да се, на пример, обична флукуација дневних цена не би могла сматрати таквом променом околности. – К. Бетваи, 1955, 6

догађаја,¹⁷⁷⁸ који се нису могли предвидети у време закључења уговора“.¹⁷⁷⁹ Генерално посматрано, инсистирање на изванредности догађаја указује да је законодавац прихватио класичну теорију о промењеним околностима, која полази од тога да су странке у тренутку закључивања уговора имале у виду постојеће стање ствари, као и уобичајени, предвидив развој догађаја. У овој одредби Општих узанси евидентан је утицај италијанског Грађанског законика.¹⁷⁸⁰

Шта ће се сматрати под догађајима који су изванредни и непредвидиви, те шта ће потпасти под ”велики губитак” препуштено је оцени судова, чија пракса се у том погледу показала као прилично уједначена.¹⁷⁸¹

Судска пракса је сасвим оправдано начинила селекцију узрока који могу довести до модификације или раскида уговора због промењених околности. Сузивши домен примене овог института, судска пракса је као разлоге за примену клаузуле *rebus sic stantibus* прихватила само оне догађаје услед којих је испуњење уговорне обавезе за једну уговорну страну постало претерано отежано, или би пак резултирало великим губитком. Стога нису дозвољавали измену нити раскид уговора уколико су изванредни и непредвидиви догађаји који су наступили након закључења уговора само незнатно утицали на извршење уговорне обавезе, сматрајући да је у таквим случајевима реч о уобичајеном пословном ризику са којим су странке морале и биле дужне да рачунају.¹⁷⁸² Са друге стране, овде није реч ни о потпуној немогућности да се оно што је уговорено испуни, већ о изузетно отежаном испуњењу које би једну уговорну страну довело у очигледно неравноправан положај.¹⁷⁸³

Овакво схватање је подржала и теорија, у којој је прихваћено да се институт измене или раскида уговора због промењених околности не може применити ако се ради о уобичајеном пословном ризику.¹⁷⁸⁴ Тако је у литератури наглашавано да странка није дужна да сноси „онај ризик који исувише премаша разумна предвиђања у време закључења уговора због чега би било неправично такав ризик превалити на терет једне стране уговорнице.“¹⁷⁸⁵ Једино се у случају постојања таквог ризика, те губитка који није

¹⁷⁷⁸ Самом употребом израза „изванредни догађаји“ законодавац је желео да нагласи њихову неизбежност и неотклоњивост. – Р. Ковачевић Куштримовић, 1979, 298

¹⁷⁷⁹ Услед овакве формулације, у домаћој правној литератури наилазимо на коментар да је законодавац „ставио акценат на природу самих догађаја који су пореметиле уговорни механизам“, инсистирајући на њиховој изузетности и непредвидивости. – *Ibidem*.

¹⁷⁸⁰ S. Petrić, 2006, 106

¹⁷⁸¹ Према: И. Зиндовић, 2017, 46

¹⁷⁸² Према: М. Киждобрански, 1987, 6

¹⁷⁸³ Овакво становиште се може илустровати на примеру одлуке Вишег привредног суда Хрватске посл.број Сл.107/55 од 11.3.1955. године по којој повећање цене од око 4% од укупно уговорене цене грађења и даље припада сфери уобичајеног ризика пословања у грађевинарству, који треба да сноси извођач радова. Насупрот томе, Врховни привредни суд Југославије је у својој одлуци посл.број Сл.1127/64 од 12.1.1965. године сматрао да пораст цене пасуља од чак 60% не представља уобичајен ризик пословања, те да уговорна страна има право да тражи измену или раскид уговора уколико је услед пораста цене у наведеном проценту њено испуњење обавезе постало претерано отежано.

¹⁷⁸⁴ Било је покушаја у нашој правној историји да се овај правни стандард искаже у неком објективно мерљивом опсегу. Тако је, на пример, Правилником о изменама и допунама Правилника о уступању на извођење грађевинских објеката и радова и Општим условима за извођење грађевинских радова било прописано да се ризик странка до 5% испод или изнад предвиђених цена зарачунава инвеститору. Та правила су стављена ван снаге каснијом регулативом, али је остала могућност да се то колико процената одступања од планираних калкулативних елемената сноси која странка регулише уговорним путем. – Према: К. Ковач, 1966, 18

¹⁷⁸⁵ Р. Ковачевић Куштримовић, 1979, 294

у нормама свакодневног и очекиваног, може нарушити интегритет уговора захтевом за његовом изменом или раскидом услед промењених околности.

У Општим узансама даље је наведено да странка не може тражити измену или раскид уговора због промењених околности које су наступиле по истеку рока одређеног за испуњење њене обавезе. Из наведене одредбе је јасно да се не захтева скривљеност доцње, већ је довољно да је иста наступила како би уговорна страна која је у доцњи била преклудирана да захтева примену правила о битно промењеним околностима.¹⁷⁸⁶

Са друге стране, домаћа теорија је као услов за примену института промењених околности поставила и то да се наступање промена, односно њихових последица, не може приписати у кривицу оне стране која се на примену тих правила позива. Наиме, сматра се да је дужник крив увек кад је могао избећи неповољне последице благовременим предузимањем радње коју је могао и требало да предузме.¹⁷⁸⁷ Као илустрација овог принципа у литератури се наводи пример скривљене дужникове доцње, али и бројни други примери – када дужник робу коју је требало да испоручи није благовремено набавио или произвео, иако је могао, или ако је робом располагао у корист неког другог, а не сауговорника.

Када је реч о судској пракси у овом погледу, илустративна је одлука Врховног суда Аутономне Покрајине Војводине пословни број Гж.372/53 од 11.5.1955. године. У тој одлуци је суд изнео став да тужилац који није испоштовао рок испоруке предвиђен уговором иако је у међувремену тужени више пута захтевао да се уговор изврши, нема право да захтева да му се роба исплати по вишој цени од уговорене. У конкретном случају, иако је цена предметне робе у јануару 1952. године знатно скочила, те су се околности у погледу цена битно промениле, неспорно је да је тужилац у време знатног пораста цене робе већ био у доцњи. Стога је суд сматрао да тужилац нема право да позивањем на промењене околности тражи измену цене на штету туженог, који је са своје стране благовремено извршио своју обавезу. Евидентно је да се у наведеној одлуци Врховни суд Војводине одлучно држао поменутог правила из узансе 55. став 2. по ком странка не може тражити измену или раскид уговора због промењених околности које су наступиле по истеку рока одређеног за испуњење њене обавезе. Један део домаћих аутора је поздравио овакву одлуку Врховног суда АПВ, сматрајући да она доприноси јачању уговорне дисциплине и савесног старања о извршењу уговора, као и вођења рачуна о његовој благовременој измени на основу промењених околности.

Ставом 3. истог члана прописано је да ће се при одлучивању да ли је захтев за измену или раскид уговора оправдан, као и да ли ће се уговор изменити или раскинути, водити рачуна о циљу уговора, о нормалном ризику код уговора те врсте, о трајању и дејству изванредних догађаја, као и о интересима једне и друге странке.

Интересантно је да Опште узансе експлицитно наводе каузу уговора као нешто што се мора узети у обзир приликом примене клаузуле *rebus sic stantibus*. Касније ћемо детаљније образложити каква су била схватања правне теорије по том погледу. Такође, овом одредбом Узанси је потврђено да ће се у обзир узети само такве околности које не потпадају у уобичајен, нормалан пословни ризик. Акцент је стављен на изванредност и непредвидивост истих. Јасно је да је потребно да те околности трају изванредно

¹⁷⁸⁶ Члан 55. став 2. Општих узанси.

¹⁷⁸⁷ М. Киждобрански, 1987, 5

временски период и да имају такво дејство да знатно отежавају положај уговорне стране од које се очекује да испуни своју уговорну обавезу упркос њиховом постојању.

У члану 56. наведено је да се као изванредни догађаји због којих се може тражити измена или раскид уговора сматрају нарочито природни догађаји (суша, поплава, земљотрес и слично), управне мере (попут забране и ограничења увоза или извоза¹⁷⁸⁸ и других ограничења промета робом, промене система цена) као и економске појаве (на пример изузетно нагли и велики пад или скок цена). Другим речима, Општим узансама је предвиђено да се клаузула *rebus sic stantibus* може применити само онда када је равнотежа вредности узајамних престаџија грубо¹⁷⁸⁹ нарушена.¹⁷⁹⁰

Врховни привредни суд је заузео рестриктиван приступ приликом тумачења шта се сматра под "управним мерама". Тако је у пресуди Сл. 442/55 од 22. јуна 1955. године сматрао да забрана сече шума од стране Народног одбора није управна мера која би се могла подвести под изванредан и непредвиђен догађај на основу ког се може захтевати измена или раскид уговора.¹⁷⁹¹

Генералан став Врховног привредног суда је био да се управним мерама могу сматрати само акти које су донели надлежни органи. Стога је у својој пресуди посл.број Сл.1355/61 прецизирао да се отказ кредита од стране банке не може сматрати таквом управном мером која даје право на једнострано раскид уговора због промењених околности.¹⁷⁹²

Када је реч о промени система цена и измени тарифа, судови су имали мало тежи задатак. Код измене цена је спорно било колики проценат раста цена може да се сматра непредвидивим и изванредним догађајем. Ту су судови одлучивали по својој слободној процени у сваком конкретном случају и није успостављен неки јединствени параметар. Ипак, извесно је и у судској пракси потврђено да се неке уобичајене измене цена не сматрају основом за раскид и измену уговора због промењених околности јер представљају нормалан ризик који су странке дужне узети у обзир приликом склапања уговора.¹⁷⁹³ Углавном су се само нагле или изузетно велике промене у висини цене, било навише или наниже, сматрале економским појавама које су правнорелевантне у овом контексту.¹⁷⁹⁴

Насупрот томе, у судској пракси није дат уједначен одговор на питање да ли се раскид односно измена уговора може тражити само у случају губитка насталог због

¹⁷⁸⁸ Аутори попут Исаковића и Шурлана у својој анализи Општих узанси за промет робом пак наводе да, на пример, забрана сече дрва од стране надлежног органа није управна мера која би се могла сматрати као изванредан и непредвидив догађај на основу ког се може захтевати да се уговор измени или раскине. – Према: А. Бикић, 2011, 82

¹⁷⁸⁹ Тако је Врховни привредни суд 1958. године оценио да снижење извозног коефицијента на скроб као коначни производ прераде кукуруза није изванредан догађај који може да буде основ да се на захтев купца измени уговор о купопродаји кукуруза (Пресуда Врховног привредног суда, Сл. 290/58 од 30.10.1958. године). Интересантна је у овом контексту одлука истог суда посл. број Сл.1368/65. Наиме, у тој одлуци је Врховни привредни суд нашао да продавац не може да захтева модификацију куповне цене позивањем на промењене околности уколико је купац дошао у повољнији положај због тога што је новим порезима смањен његов порез на промет и то му омогућава да оствари већу добит (М. Киждобрански, 1987, 7).

¹⁷⁹⁰ С. Пановски, 1985, 33

¹⁷⁹¹ Пресуда Врховног привредног суда, Сл. 442/55 од 22.6.1955. године

¹⁷⁹² М. Киждобрански, 1987, 7

¹⁷⁹³ Према: И. Зиндовић И, 2017, 48

¹⁷⁹⁴ Према: М. Киждобрански, 1987, 8

промене цена или могу да се захтевају и због губитка очекиване добити као последице промене цена.¹⁷⁹⁵

Судска пракса је била знатно више уједначена када је реч о измени пореских стопа и тарифа. Из решења Врховног привредног суда Сл.291/56 од 10. априла 1956. године те Сл.394/56 донетог десет дана касније, произлази да повишење пореске стопе или тарифне стопе пореза може да буде основ за измену или раскид уговора због промењених околности.¹⁷⁹⁶ Ипак, јасно је било да та измена не може бити незнатна, већ да треба да је реч о значајнијој измени пореске стопе, односно увођењу пореза у знатнијем износу. Тако је исти суд у својој пресуди Сл.1820/61 од 22.јула 1961. године сматрао да увођење новог пореза на промет од 0,5% од продајне цене не представља околност која би у смислу Узанси могла оправдати повишење уговорених цена.¹⁷⁹⁷

Са друге стране, промена стандарда се редовно сматрала основом за измену или раскид уговора. Разлог је био једноставан – приликом прописивања стандарда значајну улогу су имали одређени струковни и државни органи, те се сматрало да је њихова измена увек околност од значаја по судбину уговора. То се може илустровати пресудом Врховног привредног суда Сл.1128/62 од 18. октобра 1965. године, у којој се наводи да се за изванредан догађај који може бити основ за промену клаузуле *rebus sic stantibus* сматра и кад дође до промене југословенског стандарда у односу на финални продукт.¹⁷⁹⁸ Промена стандарда у великом броју случајева укључује и додатне трошкове (нове технологије, другачији или додатни материјал, ангажовање додатне радне снаге и слично). Притом, реч је о околности коју уговорне стране нису могле предвидети у време закључивања уговора.

Формулација из члана 56. Узанси је у теорији наишла на извесне критике у домаћој правној теорији. Оне су се пре свега односиле на то да многи од ових догађаја у свим друштвено економским системима па и у нашем одавно не представљају изванредне догађај,¹⁷⁹⁹ а као пример су навођени промена политике цена¹⁸⁰⁰ и ограничење увоза и извоза.

Поједини аутори, попут Круља су чак отишли корак даље, позивајући да се сам услов „непредвидивости“ догађаја елиминише као елемент клаузуле *rebus sic stantibus*, чему се жустро успротивио већински део представника домаће правне мисли на чијем челу су били Стојановић и Шмалцел.¹⁸⁰¹

Чланом 57. Општих узанси за промет робом је предвиђено да се због изванредних догађаја могу изменити оне одредбе уговора на које је тај догађај утицао, као што су одредбе о цени, количини предмета, висини других обавеза, времену, месту, начину испуњења уговора, или се може одредити нешто друго. Ове одредбе се односе на

¹⁷⁹⁵ Према: И. Зиндовић, 2017, 47

¹⁷⁹⁶ Видети решење Врховног привредног суда Сл.291/56 од 10. априла 1956. године и решење Врховног привредног суда Сл.394/56 од 20.4.1956. године.

¹⁷⁹⁷ Пресуда Врховног привредног суда, Сл.1820/61 од 22.7.1961. године

¹⁷⁹⁸ Пресуда Врховног привредног суда, Сл.1128/62 од 18.10.1965. године

¹⁷⁹⁹ Р. Ковачевић Куштримовић, 1979, 299

¹⁸⁰⁰ Како то наводи Р. Ковачевић Куштримовић: „У нашем систему политика цена није догађај који је ван привредне сфере страна уговорница. Цене се све чешће одређују споразумно од стране свих учесника у привреди, због чега оне не могу представљати непредвидљив догађај. Страна уговорница која због повећања цена тражи измену уговора не може бити задовољена у свом захтеву, јер је поступила са недовољном пажњом у правном промету.“ – *Ibidem*.

¹⁸⁰¹ Према: Р. Ковачевић, 1973, 292

модификацију уговора, што наводе на закључак о њиховој примени онда када је у складу са начелима правичности и једнакости узајамних давања да се исти одржи на снази.

Разлика између захтева за раскид и захтева за измену уговора је садржана у наредном члану, којим је прописано да кад једна странка тражи измену уговора због промењених околности, друга странка може одустати од уговора, у ком случају се сматра као да уговор није био ни закључен. Кад пак једна странка тражи раскид уговора, друга странка може тражити да се уговор одржи на снази, предлажући измену одредаба уговора.

На овај начин се узимају у обзир и интереси друге уговорне стране, којој се омогућава да предложи начин њихове заштите ако се њен сауговарач позива на правила о промењеним околностима. Сауговарач може да не пристане на измену уговора јер измењен уговор не одговара циљу са којим га је закључио. Такође, уколико је интерес тог уговарача да се уговор одржи на снази, упркос захтеву за раскид уговора применом клаузуле *rebus sic stantibus* он може захтевати да се уговор само измени. Разлог је тај што примена правила о промењеним околностима подразумева то да су догађаји који су наступили а који су од утицаја на отежано испуњење дужникове обавезе изванредни и нескривљени од стране уговарача.

Чланом 59. Општих узанси је предвиђена дужност странке која се жели позвати на правила о промењеним околностима да о тој намери извести другу странку чим дозна да су се околности промениле, те обавеза да у супротном накнади штету коју је њен сауговарач претрпео због тога што му захтев да се уговор измени или раскине није на време саопштен. На овај начин су се желеле спречити калкулације и махинације у вези са подношењем захтева за измену или раскид уговора због промењених околности.

Иако то није децидно наведено у Узансама, у теорији се истиче да се не може позивати на правила о промењеним околностима уколико је уговор испуњен. Тај став је потврдила и судска пракса.¹⁸⁰²

Доношењем Општих узанси клаузула *rebus sic stantibus* је добила статус општег правила када је реч о уговорном праву. Оно што је у домаћој правној теорији спорно, јесте да ли је она добила карактер општег правила само када је реч о привредном праву, а у складу са правилима о примени Општих узанси, као што је тврдио један део правне теорије, или се пак може тврдити да је она добила карактер генералног правила у уговорном праву уопште. Аутори који су заступали потоњи став, попут И. Зиндовића, истицали су да није било сметњи да се овај правни институт примењује и на физичка лица. Ако би се прихватио супротан став, сматрају да би дошло до ситуације да постоји правни дуалитет када је реч о правним последицама суштински исте ситуације, где је правни основ примене института у питању потпуно исти. Последица тога би било кршење начела правичности, те стварање неуједначености судске праксе и напослетку правне несигурности. Потврду овог става су заступници потоње теорије налазили у одлукама судова који су се односили на примену клаузуле о промењеним околностима када је реч о уговорима о доживотном издржавању, а у којима су уговорне стране по природи ствари физичка лице.¹⁸⁰³ О томе ће касније бити више речи, а ми ћемо само подсетити да се Узансе јесу примарно примењивале на уговоре у привреди, а и тада су

¹⁸⁰² Пресуда Врховног привредног суда, Сл. 449/58 од 10. 6.1959. године

¹⁸⁰³ И. Зиндовић, 2017, 45

уговорне стране могле да уговоре другачије. Стога би се схватање прве групе аутора могло аргументованије бранити.

8.4.1.5. Примена института промењених околности на уговор о доживотном издржавању према Закону о наслеђивању из 1955. године уз осврт на садашње законско решење у овом погледу

Занимљиве су и одредбе члана 126. тада важећег Закона о наслеђивању.¹⁸⁰⁴ Наиме, овим чланом је прописано да ће суд, у случају да су се код уговора о доживотном издржавању после његовог закључења прилике толико измениле да је његово испуњење постало знатно отежано¹⁸⁰⁵ на захтев једне од уговорних страна њихове односе или изнова уредити или ће пак раскинути уговор, водећи рачуна о свим околностима. Важно је напоменути и да постоје обавезе уговорних страна да врате једна другој оно што су по основу раскида примиле.¹⁸⁰⁶ Поред тога, суду је дата и могућност да право примаоца издржавања преиначи у доживотну ренту, уколико то одговара и једној и другој уговорној страни.¹⁸⁰⁷ Овакво решење се чини сасвим оправданим уколико узмемо у обзир природу¹⁸⁰⁸ и значај уговора у питању, као и дуготрајност обавезе издржавања која се њиме успоставља.¹⁸⁰⁹

Наиме, уговор о доживотном издржавању је један од најзначајнијих уговора наследног права и један од најчешће закључиваних грађанскоправних уговора уопште. У питању је именован, двострано обавезан и теретан уговор, алеаторне природе. Једна од његових основних особина је управо, како смо већ и поменули, да је у питању уговор са дуготрајним испуњењем обавеза.

Као илустрацију навешћемо пресуду Врховног суда Југославије, Рев. 887/62 од 26. јуна 1962. године. Реч је о уговору који је закључен 1951. године и који је по својој суштини представљао уговор о доживотном издржавању. Оно што је интересантно јесте да суд у овом случају није применио клаузулу о промењеним околностима простим позивањем на одредбе закона који је важио у време доношења пресуде, већ је истакао да се уговор о доживотном издржавању већ по свом карактеру треба сматрати као да је закључен са клаузулом да важи под претпоставком непромењених прилика.¹⁸¹⁰

Готово идентична одредба као у Закону о наслеђивању из 1955. године предвиђена је у члану 202. тренутно важећег Закона о наслеђивању.¹⁸¹¹ Како то М. Станковић објашњава, у складу са наведеном законском одредбом како би се применуо институт измене или раскида уговора због промењених околности потребно је да су кумулативно испуњена два услова: узрочни, који подразумева промену околности и

¹⁸⁰⁴ „Службени лист ФНРЈ”, бр. 20/55.

¹⁸⁰⁵ У нашој правној теорији наилазимо на став да промењене прилике које знатно отежавају испуњење уговора не морају нужно бити објективне природе. – Коста Месаровић, *Промењене околности и извршење уговора о доживотном издржавању*, Гласник Адвокатске Коморе у АП Војводини, 1962, број 11, 11

¹⁸⁰⁶ М. Мијачић, 1990, 173

¹⁸⁰⁷ К. Месаровић, 1962, 10-11

¹⁸⁰⁸ Д. Николић, 2017, 131

¹⁸⁰⁹ М. Мијачић, 1990, 173

¹⁸¹⁰ Пресуда Врховног суда Југославије, Рев. 887/62 од 26.6.1962. године

¹⁸¹¹ Закон о наслеђивању, „Службени гласник РС” бр. 46/95, 101/2003 – Одлука УСРС и 6/2015

други који одређује обим промене околности. Овај други критеријум се оцењује према последици која се огледа у томе да је испуњење обавезе ”знатно отежано”.¹⁸¹²

С обзиром на то да ЗОО темељније регулише раскид уговора због промењених околности у овом контексту, као и на правила предвиђена чланом 25. став 1. ЗОО¹⁸¹³ и на уговор о доживотном издржавању се примењују правила предвиђена ЗОО-ом, која ћемо касније детаљније анализирати.

8.4.1.6. Утицај промењених околности на начин издржавања одређен правноснажном судском одлуком према Закону о односима родитеља и деце у Србији из 1974. године, те Породичног закона из 2005. године

У том контексту треба поменути и члан 45. Закона о односима родитеља и деце у Србији,¹⁸¹⁴ којим је прописано да „надлежни суд може по предлогу заинтересованог лица повисити, снизити, укинути или изменити начин издржавања који је досуђен правноснажном одлуком, ако су се околности на основу којих је одлука донета измениле.“ Тренутно важећи Породични закон¹⁸¹⁵ чланом 160, предвиђа да се издржавање одређује према потребама повериоца и могућностима дужника издржавања, при чему се води рачуна о минималној суми издржавања, да потребе повериоца издржавања зависе од његових година, здравља, образовања, имовине, прихода, те других околности од значаја за одређивање издржавања. Истим чланом је предвиђено да могућности дужника издржавања зависе од његових прихода, могућности за запослење и стицање зараде, његове имовине, личних потреба, обавезе да издржава друга лица, те других околности од значаја за одређивање издржавања. Одредбом члана 164. истог закона прописано је да се висина издржавања може смањити или повећати ако се промене околности на основу којих је донета претходна одлука.

Наведене одредбе су пример законодавчеве свести о различитим ситуацијама у којима промењене околности имају правни значај. Поред тога, оваквим решењем је избегнуто да се сваки пут кад се околности релевантне за висину издржавања значајно промене води нови поступак, јер је претходна одлука суда већ стекла својство правноснажности. Судска пракса је врло богата у овом погледу.¹⁸¹⁶

Породични закон прописује и могућност да се закључи споразум о законском издржавању.¹⁸¹⁷ Како се наш рад фокусира на очигледну несразмеру у уговорном праву, поставља се питање да ли споразум о законском издржавању може да се измени или раскине позивањем на промењене околности? С обзиром да је реч о уговору са трајним престаацијама, сасвим је могуће да у току његовог трајања наступе околности које даваоцу издржавања отежају испуњење обавезе, односно због којих се не може остварити

¹⁸¹² М. Станковић, 2012, 72

¹⁸¹³ Став 1. наведеног члана гласи: „Одредбе овог закона које се односе на уговоре примењују се на све врсте уговора, осим ако за уговоре у привреди није другачије одређено.“

¹⁸¹⁴ Закон о односима родитеља и деце СР Србије, „Сл. Гласник СРС“, бр. 52/74

¹⁸¹⁵ Породични закон, „Службени гласник РС“, бр. 18 од 24. фебруара 2005, 72 од 28. септембра 2011 - др. закон, 6 од 22. јануара 2015. године)

¹⁸¹⁶ Видети пресуду Врховног Касационог суда Рев.4567/18 од 26.9.2018. године, те пресуде истог суда посл.број Рев.2844/17 од 7.12.2017. године, посл. број Рев.2229/17 од 19.10.2017. године и посл. број Рев.2035/17 од 11.10.2017. године.

¹⁸¹⁷ Члан 161. став 3. Породичног закона.

сврха истог. Наш је став да би у том случају требало изменити или раскинути уговор због промењених околности. То налаже и начело правичности – не би имало смисла да се утицај промењених околности узме у обзир ако је реч о обавези коју је утврдио суд, а да се исте те околности не узму у обзир када је реч о обавези исте врсте која је настала споразумом.

8.4.2. Правила о промењеним околностима у Закону о облигационим односима

Даном ступања овог закона на снагу престало је да важи правило по ком се узимало да су странке пристале на примену Општих узанси за промет робом,¹⁸¹⁸ осим ако из уговора не проистиче да су странке искључиле њихову примену.¹⁸¹⁹ Уместо тога, чланом 21. став 2. ЗОО прописано је да се узансе примењују на облигационе односе уколико су странке уговориле њихову примену, или ако из околности прозилази да су њихову примену хтеле. Надаље, чланом 1107. став 3. ЗОО предвиђено је да ће се у случају да су опште или посебне узансе или други трговински пословни обичаји супротни диспозитивним нормама овог закона примењивати одредбе ЗОО - а, осим уколико су странке изричито уговориле примену узанси, односно других трговинских пословних обичаја.¹⁸²⁰

Ступање ЗОО на снагу имало је значајне последице када је реч о институту промењене околности. Пре свега, клаузула *rebus sic stantibus* је прихваћена као опште правило, које се примењује на све двострано обавезне уговоре,¹⁸²¹ било да припадају домену грађанског или домену привредног права.¹⁸²² Такође, промењене околности су у ЗОО регулисане на један савременији и свеобухватнији начин.¹⁸²³

8.4.2.1. Услови примене клаузуле *rebus sic stantibus* према Закону о облигационим односима

Иако је читав Закон о облигационим односима прожет начелом *pacta sunt servanda*, под одређеним условима (онда када постоје оправдани разлози) и овај закон

¹⁸¹⁸ Тако члан 1107. став 1. ЗОО гласи: „Одредба општих или посебних узанси којом се утврђује претпоставка да су уговорне странке пристале на примену узанси, уколико их нису уговором искључиле, неће се примењивати после ступања на снагу овог закона“. Такође, ставом 2. истог члана је децидно прописано да се Опште узансе за промет робом из 1954. године неће примењивати после ступања на снагу овог закона на питања која су њиме регулисана.

¹⁸¹⁹ Члан 2. Општих узанси.

¹⁸²⁰ В. Капор истиче да ако заједно тумачимо наведене одредба члана 21. став 2. ЗОО и члана 1107. став 3. истог закона, долазимо до закључка да могућност примене узанси или других трговачких обичаја супротних диспозитивним одредбама ЗОО постоји само када је примена истих изричито уговорена, а не и када „из околности произлази да су странке њихову примену хтеле“. Он сматра да је оправданост оваквог решења упитна, јер „и кад из околности произлази да су странке хтеле примену узанси, та примена произлази из воље странака, исто као и у случају да су изричито уговориле њихову примену. Диспозитивне норме надомештају вољу странака, а кад је друкчија воља странака изражена – било директно или индиректно, нема места примени диспозитивних норми.“ – В. Капор, 1979, 18

¹⁸²¹ S. Petrić, 2006, 107

¹⁸²² Б. Визнер, 1978, 530 и И. Зиндовић, 2017, 49

¹⁸²³ Д. Попов, 1986, 75

допушта измену или раскид уговора позивањем на промењене околности.¹⁸²⁴ Већ смо нагласили да се ова правила примењују само на теретне уговоре.¹⁸²⁵ О оправданости овог решења и критикама у теорији ће касније бити више речи.

Каснијим законодавством је уведен изузетак од правила по ком се инсистује промењених околности примењује само на теретне уговоре. Изузетак су ауторски уговори, код којих је могућа ревизија и код добротних уговора. Тако постоји право на ревизију одредби ауторског уговора о износу ауторског хонорара у два случаја: уколико је дошло до повећања прихода тј. добити која је настала економским искоришћавањем или ако износ ауторског хонорара није првобитно уговорен. Напоменућемо да до тога долази на захтев аутора, који друга страна врло ретко оспорава тако да је учешће суда пре изузетак него правило. Такође, након ревизије уговор настаје да постоји у континуитету, јер је његова суштина непромењена. На овај начин се даје право аутору да прилагоди уговорне одредбе новонасталим околностима на тржишту.¹⁸²⁶

Након што смо начинили ову напомену, вратимо се на одредбе ЗОО-а. Чланом 133. ЗОО прописано је да странке могу захтевати раскид уговора на основу промењених околности које отежавају испуњење обавезе, или због којих се не може остварити циљ уговора.¹⁸²⁷ У оба случаја нужно је да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорне стране и да би по општем мишљењу било неправично тај уговор одржати на снази такав какав је.

Уколико се посматрају одредбе ЗОО у целини у односу на оно што је прописано Општим узансама, долази се до закључка да се ЗОО определио за шире и еластичније регулисање института промењених околности него што је то био случај у Општим узансама.¹⁸²⁸ Евидентнији је утицај немачког права, као и решења до којих је дошла судска пракса.¹⁸²⁹

Оно што је на први поглед јасно јесте да је и субјективни елемент знатно присутнији него што је то случај са Узансама. То по мишљењу аутора попут Зиндовића „неопрезно отвара врата ка једној преширокој подлози од које полази суд при утврђивању чињеничног стања, што у недостатку искуства судије процес може

¹⁸²⁴ Уз Нацрт Закона о облигацијама и уговорима дате су основне и полазне концепције које је приредио др Врлета Круљ у сарадњи са Јосипом Студином, др Миланом Ђокићем и Ратомиром Слијепчевићем. У њима је на сумаран начин изложен наведени Нацрт и начињена његова анализа, те је између осталог наведено: „У Нацрту је начелно прихваћен принцип слободe уговарања, али не у апсолутном смислу... то практично значи да се у нас слобода уговарања ограничава моралним правилима самоуправног социјалистичког друштва, те когентним прописима закона и Устава. Занемаривање предњег имало би за последицу ништавост уговора...исто тако Нацрт стоји на становишту да се пре свега задата реч мора поштовати, те да начело *pacta sunt servanda* има пуну примену. Не занемарује се ни начело *ius est ars boni et aequi*. Суд је овлашћен да интервенише ако би ригорозном применом уговора једна странка била доведена у тежак положај. Суд је овлашћен да измени прекомерну уговорну казну или капару и уопште несразмерну престајацију, претерано високу провизију комисионара итд. Такође начело хуманости а не ригорозности долази до изражаја и у одељку о накнади штете.“ – Према: К. Ковач, 1975, 5

¹⁸²⁵ Б. Визнер, 1978, 530

¹⁸²⁶ В. Винш, 2017, 191-192

¹⁸²⁷ За разлику од Општих узанси, ЗОО не карактерише ове догађаје као „изванредне“. Ипак, на основу осталих одредби којим је овај институт регулисан, јасно је да се закон приближава ранијој формули о непредвидивости и изванредности догађаја у питању, премда то није експлицитно наведено. – С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 42

¹⁸²⁸ Б. Визнер, 1978, 542

¹⁸²⁹ S. Petrić, 2006, 108

беспотребно расплинути и закључак усмерити на погрешну страну.“¹⁸³⁰ Упркос томе, критеријум правичности и захтев отежаности испуњења представљају објективне елементе на основу којих се може ценити да ли су испуњени услови за примену правила о промењеним околностима.

Исти аутор сматра да није била сврсисходна и промишљена одлука законодавца да добро утемељене правне стандарде „изванредни догађаји“, „непредвидиви догађаји“ и „претерано отежано испуњење“ који су заступљенији у континенталном праву замене правним стандардима „сврха уговора“, „очекивања уговорних страна“ и „опште мишљење“ преузетим из англосаксонских права. Он наводи да су потоњи нејасни и упитне корисности и подвлачи да би требало вратити решења из Узанси у српско позитивно право.¹⁸³¹ Премда ћемо наш став о томе касније детаљније образложити, сматрамо да овај аутор има право, јер је рећ о егзактнијим и објективнијим правним стандардима од оних који су нашли своје место у ЗОО-у.

8.4.2.1.1. Промењене околности које отежавају испуњење уговора као услов примене клаузиле *rebus sic stantibus*

Као што смо навели, Опште узансе су предвиђале да се клаузула *rebus sic stantibus* може користити само ако је услед промењених околности *претерано* отежано испуњење уговора. Са друге стране, формулацијом “нижег степена” Закон о облигационим односима оставља могућност да се ова клаузула примени и онда када редован догађај доведе до тога да настану потешкоће при испуњењу уговора. Другим речима, дошло је до проширења круга узрока који могу бити основ за примену правила о промењеним околностима.¹⁸³² На тај начин је и суду остављена већа слобода при одлучивању да ли одређени случајеви спадају у групу којим се може пружити заштита у складу са чланом 130. ЗОО.¹⁸³³

Међутим, погрешно би било закључити да се до примене правила о промењеним околностима може доћи у случају било каквог отежаног испуњења уговора – оно је квалификовано осталим условима које ЗОО прописује.¹⁸³⁴ Наиме, како то истиче С.Перовић: „Ако би се узела у обзир свака околност која отежава испуњење обавезе, па и она која се приликом закључења уговора могла предвидети, или је странка могла ову избећи или савладати, онда би начело правне сигурности било доведено у питање јер би се странкама „широм отворила врата“ да раскидају уговоре не поштујући основни принцип уговорног права по коме се уговори имају извршавати како гласе.“¹⁸³⁵

Стога интензитет промењених околности мора бити толико снажан да више не одговара очекивањима уговорних страна и да би било неправично одржати га на снази без одговарајуће измене његове садржине.¹⁸³⁶ Према томе, неће се прихватити свако отежано испуњење уговорних обавеза, већ само такво које неће довести до исхода који

¹⁸³⁰ И. Зиндовић, 2017, 50

¹⁸³¹ *Ibidem.*

¹⁸³² S. Petrić, 2006, 123

¹⁸³³ Б. Лоза, 2000, 149

¹⁸³⁴ С. Пановски, 1985, 34

¹⁸³⁵ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 42

¹⁸³⁶ Б. Матић, 1981, 345

су уговорне стране имале у виду приликом његовог закључења, односно које доводи до нееквивалентности узајамног давања.¹⁸³⁷

Тако се у теорији истиче да промењене околности предвиђене чланом 133. ЗОО „морају бити такве да угроженој уговорној страни, ако би испунила обавезу под тим условима, проузрокују несразмерне губитке, еквивалентност узајамних давања у многоме би била нарушена.“¹⁸³⁸ Истовремено, околности у питању не смеју бити тог интензитета да доводе до немогућности испуњења уговора, јер би се у том случају радило о вишој сили и не би се могла применити клаузула *rebus sic stantibus*.¹⁸³⁹

Премда је неспорно реч о фактичком питању, у литератури наилазимо на схватања по којим ако се извршење новчане обавезе може прецизно одредити, за општи критеријум постојања знатног нарушавања уговорне равнотеже узајамних давања треба узети одређени проценат за који су се увећали трошкови извршења обавезе односно за који се умањила вредност коју прима друга уговорна страна. Тај проценат је у неким случајевима постављен на 30%¹⁸⁴⁰, у неким на 50%, док су поједини аутори поставили ту границу на 80%, односно 100%. Јасно је да се овај критеријум не би могао примењивати самостално, већ заједно са другим релевантним околностима случаја.¹⁸⁴¹

Примера ради, Апелациони суд у Новом Саду је у низу пресуда из 2018. године донео одлуку да су се испунили услови прописани одредбом члана 133. ЗОО за раскид уговора због промењених околности, јер висина обавезе тужиоца као уговорне стране која је условљена курсом валуте ЦХФ је у толикој мери увећана да отежава испуњење уговорних обавеза. Како је рата кредита у динарском износу неспорно много већа него што је била на дан закључења уговора, Апелациони суд у Новом Саду сматрао је да тај уговор не одговара очекивањима тужиоца као уговорне стране.¹⁸⁴²

8.4.2.1.2. Промењене околности због којих се не може остварити циљ, односно сврха уговора као услов примене клаузуле *rebus sic stantibus*

Аутори који се залажу за разликовање субјективне и објективне еквиваленције када је реч о узајамним престајама наглашавају да је алтернативна одредба за коју се определио законодавац својеврстан покушај да се заштита пружи начелу еквивалентности узајамних давања у оба његова вида. Док се одредбом о отежаном испуњењу обавезе покушава успоставити објективна еквивалентност у виду приближне једнакости чинидбе и противчинидбе, одредбом којом је предвиђена могућност примене клаузуле *rebus sic stantibus* онда кад је угрожено остваривање сврхе односно циља уговора се штити субјективна еквиваленција у уговору и интереси странке који се не морају састојати у једнакој противчинидби друге уговорне стране.¹⁸⁴³

¹⁸³⁷ Б. Лоза, 2000, 148

¹⁸³⁸ А. Бикић, 2011, 85

¹⁸³⁹ М. Станковић, 2012, 74

¹⁸⁴⁰ danars.rs/ekonomija/valutna-obaveza-u-ekstremno-promenjenim-okolnostima/, приступила 22.4.2020. године

¹⁸⁴¹ Јелена Перовић, *Промењене околности у српском уговорном праву и изворима униформног уговорног права*, *Анали Правног факултета у Београду*, 2012, број 1, 193-194

¹⁸⁴² Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 1781/16 од 1.9.2016. године, као и пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 343/18 од 1.3.2018. године и пресуда истог суда пословни број Гж. 4205/17 од 20.3.2018. године

¹⁸⁴³ Р. Ковачевић Куштримовић, 1979, 295

Управо је критеријум „сврхе уговора“ новина уведена законом из 1978. године.¹⁸⁴⁴ Под сврхом уговора се подразумевају побуде за закључење уговора, односно кауза у субјективном смислу.¹⁸⁴⁵ Њеним увођењем, како се у литератури истиче, донекле се померило тежиште теорије о промењеним околностима из чисто објективне у субјективну сферу.¹⁸⁴⁶ У питању је решење које је делом преузето из англосаксонског права,¹⁸⁴⁷ тачније из теорије осујећења уговора,¹⁸⁴⁸ а делом из немачке правне теорије о отпадању основа правног посла,¹⁸⁴⁹ која је прихваћена и у немачком Грађанском законнику изменама из 2001. године.¹⁸⁵⁰

У немачкој правној теорији се под ”сврхом уговора”, како смо видели, сматра представа о постојању битних околности за које један или оба уговарача узимају да постоје, да ће постојати одређени период времена односно да ће наступити.¹⁸⁵¹ У енглеском праву је под тим термином подразумевана ”позната корист коју испуњене уговорне обавезе представља за једну од уговорних страна”.¹⁸⁵²

Одредбе којим се раскид или измена уговора због промењених околности омогућава у случају да се услед дејства тих околности не може остварити сврха односно циљ уговора проширују домен примене овог правног института и ван случајева отежаног извршења престација.¹⁸⁵³ У пракси су доиста најчешћи случајеви у којима је услед дејства промењених околности нарушена еквиваленција узајамних давања странака и испуњење уговорне обавезе једне уговорне стране знатно отежано. Међутим, у складу са овим новим решењем које је уведено пре готово пет деценија, клаузула *rebus sic stantibus* се може применити и онда када извршење престације није отежано једном од уговарача, али се не остварује сврха због које су странке уговор закључиле.¹⁸⁵⁴ Пример који се наводи у литератури јесте случај када је уговор о закупу просторије закључен јер је купац имао намеру да се бави одређеном делатношћу, што је куподавцу било познато, а у међувремену је вршење те делатности забрањено одлуком надлежног органа.¹⁸⁵⁵

Ранија домаћа теорија је изразила извесне сумње у сврсисходност оваквог законског решења, страхујући да ће утврђивање да ли је у конкретном случају због промењених околности могуће остварити сврху уговора додатно отежати већ нимало једноставан посао суда.¹⁸⁵⁶ Такође се истицало да су у питању сувише широки и дифузни критеријуми и да би остварење начела правичности било једноставније да их је законодавац конкретизовао.¹⁸⁵⁷

¹⁸⁴⁴ Занимљиво је да премда је ово законско решење сасвим ново у нашем праву, у судској пракси из времена пре доношења ЗОО је било одлука у којима су се судови приликом раскида уговора (углавном је била реч о уговору о закупу) позивали на то да без кривице иједне од уговорних страна није остварена уговорена сврха. – Према: С. Перовић, 1995, 264

¹⁸⁴⁵ А. Дудаш, 2010, 161

¹⁸⁴⁶ Р. Ковачевић Куштримовић, 1979, 295

¹⁸⁴⁷ Према: В. Капор, 1979, 17; М. Драгичевић, 2012, 303; Ј. Перовић, 2012, број 1, 191

¹⁸⁴⁸ Ј. Перовић, 2012, 194

¹⁸⁴⁹ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 42

¹⁸⁵⁰ Према: S. Petrić, 2006, 123

¹⁸⁵¹ Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1966, 187

¹⁸⁵² Н. Smit, 1958, 304

¹⁸⁵³ А. Дудаш, 2010, 161

¹⁸⁵⁴ Б. Лоза, 2000, 149

¹⁸⁵⁵ С. Перовић, 1995, 264

¹⁸⁵⁶ Према: С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 42

¹⁸⁵⁷ Према: S. Petrić, 2006, 123

У литератури новијег датума се заузима другачији став и истиче да, премда је наведеном формулацијом уведена могућност примене правила о промењеним околностима и у случајевима у којима није нужно реч о поремећају еквиваленције односа, ово решење одговара начелу правичности јер „ако се не може остварити сврха уговора, зашто онда тежити његовом извршењу?“¹⁸⁵⁸

Са тим становиштем се сложила и судска пракса, која је наведену законску одредбу ретко,¹⁸⁵⁹ али доследно примењивала. Тако је, примера ради, Врховни суд у својој пресуди посл. број Рев. 959/94 сматрао да закуподавац има право да тражи раскид уговора у случају да вредност закупнине услед инфлације опадне испод нивоа који је потребан за одржавање изнајмљеног простора, јер се сврха уговора не може остварити.¹⁸⁶⁰

Када је реч о новијој судској пракси, илустративна је пресуда Апелационог суда у Новом Саду, пословни број Гж. 1781/16 од 1.9.2016. године у којој је имајући у виду утврђено чињенично стање, те посебно чињенице утврђене вештачењем од стране вештака економско-финансијске струке, Апелациони суд нашао да је првостепени суд правилно закључио да су у овој правној ствари испуњени законом предвиђени услови за раскид закљученог уговора о дугорочном стамбеном кредиту услед битно промењених околности. Наиме, утврђено је да је након закључења предметног уговора дошло до великог скока валуте СНФ. Услед тога је и висина обавезе корисника кредита, која је предметним уговором условљена курсом валуте СНФ, увећана у тој мери да не одговара очекивањима тужилаца као корисника кредита, јер отежава испуњење њихових уговорних обавеза, па је самим тим доведена у питање и сврха предметног уговора.¹⁸⁶¹

Међутим, могу се прочитати и ставови по којима се оваквим решењем заправо ”превазилази” начело еквиваленције, јер се може десити да еквивалентност престација постоји, али циљ уговора изостаје. У примеру који смо навели, када је закључен уговор о закупу са циљем да се у закупљеном простору врши одређена делатност, па дође до генералне забране вршења те делатности, еквивалентност престација и даље постоји, осим уколико је закуподавац био свестан да се локал закупљује са том сврхом и због тога је одредио вишу закупнину.¹⁸⁶²

Шта се конкретно сматра под неиспуњењем циља, односно сврхе уговора? Један део аутора суштину института промењених околности види кроз призму каузе, односно циља због којег су странке приступиле његовом закључењу. Тај циљ је обухваћен њиховом сагласношћу воља и уколико га у једном тренутку постане немогуће остварити, отпада и кауза таквог уговора. Раскидом или изменом уговора у таквој ситуацији се заправо штите очекивања савесних уговорних страна која су постојала у моменту закључења уговора, заједно са уверењем да се околности са којим се рачунало неће мењати, или бар не у неком значајнијем обиму.¹⁸⁶³

У литератури наилазимо и на супротно становиште по коме неостварење сврхе уговора не треба посматрати кроз призму неостварења каузе уговора која представља објективни циљ због ког се закључују сви уговори одређене врсте. Напротив, под сврхом

¹⁸⁵⁸ М. Драгичевић, 2012, 308

¹⁸⁵⁹ Према: S. Petrić, 2006, 123

¹⁸⁶⁰ Решење Врховног суда Србије, Рев. 959/94 од 23.3.1994. године

¹⁸⁶¹ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 1781/16 од 1.9.2016. године

¹⁸⁶² М. Цветковић, 2008, 202

¹⁸⁶³ О. Антић, 2012, 415; Р. Ковачевић, 1973, 290; S. Petrić, 2006, 125

уговора треба сматрати појединачни циљ са којим једна уговорна страна ступа у уговорни однос а који је познат и њеном сауговорачу. Како уговорна страна погођена промењеним околностима тај циљ више не може да оствари, наведени аутори сматрају да је у таквим случајевима испуњење уговора суштински изгубило своју корисност.¹⁸⁶⁴

Ж.С. Ђорђевић инсистира да не треба изједначити каузу и еквивалентност. Прво је, према његовом схватању, субјективна, а друго објективна категорија. Еквивалентност између давања у облигационоправном промету постоји само ако су чинидба и противчинидба део објективне сразмере између добара у промету. Иако се сразмера коју странке желе у промету најчешће поклапа са уобичајеном сразмером између добара у промету, понекад дође до одступања.¹⁸⁶⁵

Када је реч о циљу уговора, такође је важно напоменути да се у литератури врши разликовање између циља уговора у субјективном смислу (то је представа коју о њему имају уговорне стране) и циља уговора у објективном смислу (што би представљало реалну суштину уговора).¹⁸⁶⁶

На основу одредби члана 133. ЗОО јасно је да српски законодавац то да ли је циљ уговора остварен цени како субјективно (да ли су се остварила очекивања уговорница, односно да ли су изостали резултати који су уобичајени за ту врсту правног посла), тако и објективно (да ли је уговор по општем мишљењу услед промењених околности постао неправичан).¹⁸⁶⁷

Поједини критичари су пак истицали да је оваквом законском формулацијом знатно отежан посао суду, јер ће морати да у сваком конкретном случају најпре утврди који је био циљ закључивања уговора, а затим да ли је исти доведен у питање кад је дошло до промене околности.

У случају да се очекивања странака разилазе предност би требало дати објективној сврси коју је уговор за странку требао произвести, а о којој је постојала експлицитна или имплицитна сагласност странака у моменту њеног закључања. Уколико се она не може утврдити, онда треба поступити у складу са начелом правичности, односно савесности и поштења.

8.4.2.1.3. Новина у домаћем законодавству: стандард очекивања уговорних страна и општег мишљења о неправичности опстанка уговора као услов примене клаузуле *rebus sic stantibus*

Управо је увођењем стандарда „општег мишљења“, који није био познат нити у ранијем домаћем законодавству, нити у судској пракси,¹⁸⁶⁸ законодавац намеравао да постави објективан критеријум неправичности опстанка уговора у неизмењеном облику.¹⁸⁶⁹

Наиме, ради остваривања начела сигурности правног промета, било је нужно поставити допунски услов уз субјективни критеријум очекивања уговорних страна

¹⁸⁶⁴ М. Ђурђевић, 1994, 1563; М. Станковић, 2012, 85

¹⁸⁶⁵ Ж. Ђорђевић, 1958, 68

¹⁸⁶⁶ С. Пановски, 1985, 35

¹⁸⁶⁷ Р. Ковачевић Куштримовић, 1979, 295

¹⁸⁶⁸ Према: Ј. Салма, 2007, 383

¹⁸⁶⁹ С. Паневски, 1985, 34

приликом његовог закључења¹⁸⁷⁰ како би се могла захтевати ревизија уговора позивањем на промењене околности. Образложење је једноставно: уговор није само инструмент за остваривање интереса уговорних страна већ и средство за остварење интереса друштва у целини.¹⁸⁷¹

Новим решењем су измењени критеријуми процене да ли је наступела околност релевантна за промену или раскид уговора. Тако су критеријуми „претерано отежаног извршења“ и „претерано великог губитка“ предвиђени у Општим узансама замењени критеријумима „правичности“ и „општег мишљења“.¹⁸⁷² У теорији се, међутим, наглашава да се тиме “не ублажава претпоставка за раскидање уговора због отежаног испуњења у односу на Опште узансе за промет робе, већ исту претпоставку законодавац прецизније разрађује”.¹⁸⁷³

Оно што је из законске одредбе такође евидентно, јесте да се ЗОО определио за еластичније одредбе у односу на Опште узансе, не наводећи таксативно околности услед чијег наступања се може применити клаузула *rebus sic stantibus*. Уместо тога, закон условљава позитивну одлуку суда о захтеву да се уговор измени или пак раскине због промењених околности тиме да је испуњење обавезе толико отежано да „уговор више не одговара очекивањима уговорних странака“ те да би „по општем мишљењу било неправично одржати уговор на снази такав какав је“.¹⁸⁷⁴

Поједини аутори сматрају да је српски законодавац приликом уношења правног стандарда „општег мишљења“ био инспириран немачком правном теоријом, а нарочито решењем из параграфа 78. Грађанског закона Немачке Демократске Републике из 1975. године, којим је прописано да је измена уговора дозвољена ако су се околности толико измениле да „према стању друштвеног развитка и односа између партнера од једног од њих се испуњење више не би могло тражити“.¹⁸⁷⁵ Други у томе виде позјамицу из англосаксонског права.¹⁸⁷⁶

Увођењем ових стандарда у ЗОО као кумулативног услова за примену клаузуле *rebus sic stantibus* законодавац је намеравао да поопштри услове примене овог института онда када не постоји јасна, егзактна и евидентна несразмера међусобних давања уговорних страна. Поштујући нужност остваривања циља самог уговора, као начина да се очува принцип субјективне еквивалентности престација, он је омеђио зону примене института промењених околности ради остваривања очекивања уговорних страна мерилом „општег мишљења“ о правичности евентуалног раскида или измене уговора.

Међутим, након анализе домаће судске праксе, стиче се утисак да је тај законодавчев циљ остао нереализован.¹⁸⁷⁷ Наиме, иако су се судови при одлучивању позивали на новоуведене законске критеријуме, конкретна оцена о отежаности испуњења обавезе се и даље доноси на основу тога колики је губитак који ће странка трпети ако приступи извршењу престације.¹⁸⁷⁸

¹⁸⁷⁰ Ј. Салма, 2007, 381

¹⁸⁷¹ Р. Ковачевић Куштримовић, 1979, 295

¹⁸⁷² С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 42

¹⁸⁷³ С. Пановски, 1985, 34

¹⁸⁷⁴ С. Перовић, 1995, 264

¹⁸⁷⁵ Р. Ковачевић Куштримовић, 1979, 296

¹⁸⁷⁶ И. Зиндовић, 2012, 128

¹⁸⁷⁷ Према: Ј. Салма, 2007, 383

¹⁸⁷⁸ Према: С. Перовић, 1995, 264

Непосредно након доношења ЗОО наведена решења су критикована у правној теорији, с образложењем да су контрадикторна¹⁸⁷⁹ и да се њима превише проширује домен примене института промењених околности.¹⁸⁸⁰ Истицало се да би било мудрије да се законодавац определио за конкретније и прецизније инструменте, уместо што су преузети нејасни критеријуми из страних законодавстава.¹⁸⁸¹ Међу ауторима најновије генерације такође постоје они који сматрају да су критеријуми „правичности“ и „општег мишљења“ сувише широки и дифузни, те неодређени и проблематични,¹⁸⁸² те да је постојала опасност да због тога приликом практичне примене изазову проблеме.

Анализом литературе новијег датума се констатује да већина аутора ипак сматра да је у питању привид и да је суд везан условима примене који су прецизно одређени.¹⁸⁸³ Поред тога, и судска пракса је у овом погледу прилично изграђена, што представља значајан олакшавајући фактор приликом примене законских одредби у пракси. Истиче се и да, пошто су у судској пракси изграђени критеријуми примене наведених правних стандарда, неоснована је бојазан од арбитрности судских одлука новијег датума.¹⁸⁸⁴ То је делимично био случај и због тога што су судови примењивали критеријуме који су се примењивали током важења Општих узанси за промет робом.¹⁸⁸⁵

Редактори Нацрта српског Грађанског законика чини се да не деле овај суд јер напуштају како критеријум осујећења сврхе уговора, тако и стандард општег мишљења.¹⁸⁸⁶

8.4.2.1.4. Висина штете као услов примене клаузуле *rebus sic stantibus*

Закон о облигационим односима не предвиђа одређену висину штете као услов да странке захтевају измену или раскид уговора услед промењених околности. И у томе је законодавац одступио од решења из Општих узанси за промет робе, према којима је раскид уговора дозвољен само уколико би странка у супротном претрпела “велики губитак”.¹⁸⁸⁷ На овај начин се омогућила примена клаузуле *rebus sic stantibus* и на оне случајеве у којима висина штете није толика да се сматра великим губитком, који је по неким тумачењима у теорији толики да доводи уговарача до личног банкрота, али је довољно велика да представља кршење начела еквивалентности узајамних давања.

Приликом тумачења овог појма, домаћа судска пракса је поставила одређене критеријуме - на пример, правило по ком се може захтевати измена или раскид уговора само уколико је повећање пореске стопе више од 10%.¹⁸⁸⁸ Међутим, ова правила немају обавезну снагу и судови су слободни да примене институт измене или раскида уговора

¹⁸⁷⁹ Суштину гледишта по ком је наведено законско решење противречно исказао је С. Перовић постављањем крајње једноставног питања: како утврдити да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна, када је редовна последица наступања нових околности то да уговор више не одговара очекивањима уговарача који је услед дејства тих околности оштећен, док његовог сауговарача ставља у повољнији положај него што је очекивала приликом закључивања уговора у питању. - *Ibidem*.

¹⁸⁸⁰ Љ. Милошевић, 1979, 44

¹⁸⁸¹ Д. Попов, 1986, 76

¹⁸⁸² Ј. Перовић, 2012, 191

¹⁸⁸³ Према: Ј. Салма, 2007, 381

¹⁸⁸⁴ Према: М. Драгичевић, 2012, 311

¹⁸⁸⁵ Према: И. Зиндовић, 2017, 51

¹⁸⁸⁶ Ј. Перовић, 2012, 192

¹⁸⁸⁷ Интересантно је да је овај критеријум поново предвиђен у Нацрту Српског грађанског законика. – Ј. Перовић, 2012, 192

¹⁸⁸⁸ Према: С. Пановски, 1985, 34

због промењених околности и на случајеве када је дошло до мањег повећања пореске стопе.

8.4.2.2. Услови које измењене околности морају да испуњавају да би спадале у категорију „промењених околности“ које су услов примене клаузуле *rebus sic stantibus*

8.4.2.2.1. Утицај промењених околности на битне састојке уговора

Такође, домаћи правни аутори су сагласни да је примена овог института условљена тиме да се промењене околности односе на битне састојке уговора, а не на споредне одредбе.¹⁸⁸⁹ Поред тога, важно је да је испуњење уговора у питању и даље објективно и субјективно могуће, те да је оно правно и морално допуштено.¹⁸⁹⁰

8.4.2.2.2. Нове околности које нису постојале у време склапања уговора

Јасно је да када је реч о примени клаузуле *rebus sic stantibus* у питању морају бити нове околности, које нису постојале у време закључења уговора.¹⁸⁹¹ Уговарач се не може позивати на околности које су постојале у време склапања уговора, независно од тога да ли су му те околности биле познате.¹⁸⁹²

У овом контексту је илустративна пресуда Апелационог суда у Београду, пословни број Гж. 7911/10 од 17.6.2010. године. Чињенично стање је било следеће: тужилац и тужени су 08.12.2004.године закључили и оверили уговор о размени непокретности. У уговору је констатовано да тужилац преноси туженом право својине на парцелама АА и АА1, док тужени преноси тужиоцу право својине на једној АА2. Истим уговором је констатовано да су непокретности које су предмет размене исте вредности, те да уговорне стране гарантују једна другој да на непокретностима нема терета. Након што су парничне странке ушле у посед размењених непокретности, установљено је да према стању у земљишним књигама, тужени није власник парцеле АА2.

Тужилац је тужбом тражио раскид уговора о размени непокретности из разлога што због промењених околности не може да оствари сврху овог уговора. Он не може да у јавним књигама упише своје право својине на спорној парцели, јер тужени према стању у земљишним књигама није власник те парцеле. Поред тога, није могуће да добије ни одобрење за градњу на тој парцели. Првостепени суд је нагласио да према утврђеном чињеничном стању, у тренутку закључења спорног уговора о размени, тужени у земљишним књигама није био укњижен као власник спорне парцеле. Та чињеница тужиоцу није могла остати непозната, јер је била уписана у јавној књизи. Стога је суд нашао да у конкретном случају нису испуњени услови прописани одредбом члана 133. Закона о облигационим односима за раскид спорног уговора, јер околности (сазнање да

¹⁸⁸⁹ А. Бикић, 2011, 86

¹⁸⁹⁰ Б. Визнер, 1978, 531

¹⁸⁹¹ Уколико су у питању околности које су постојале у време закључења уговора, а странка није знала за праву вредност своје престације и престације друге уговорне стране, па јој је услед тога отежано испуњење уговора, она се може позвати на правила о лезији. – И. Јанковец, 1999, 137

¹⁸⁹² А. Бикић, 2011, 85

се парцела води на задругу ББ1 и немогућност добијања грађевинске дозволе за градњу) на које се тужилац позива као разлог за раскид уговора о размени нису наступиле после закључења тог уговора. Апелациони суд у Београду је наведену одлуку потврдио.¹⁸⁹³

Из наведеног је јасно да су се и судови држали правила по коме је за примену института промењених околности неопходно да је реч о околностима које нису постојале у моменту закључења уговора, те да је постојање тих околности цењено према моменту њиховог настанка, а не моменту сазнања оштећене уговорне стране за њихово постојање.

8.4.2.2.3. Околности које су наступиле након закључења уговора, али пре доспелости обавезе

У складу са овом одредбом је и изричита законска одредба¹⁸⁹⁴ по којој је нужно да промењене околности наступе након закључења уговора, али пре доспелости обавезе. Ако су околности у питању постојале у време када је уговор закључен, не може се захтевати правна заштита позивањем на промењене околности.¹⁸⁹⁵

Пример из судске праксе јесте пресуда Апелационог суда у Београду посл. број Гж.7911/10 од 17.6.2011. године¹⁸⁹⁶ у којој је Апелациони суд у Београду потврдио пресуду првостепеног суда који је нашао да у конкретном случају нису испуњени услови прописани одредбом члана 133. Закона о облигационим односима за раскид спорног уговора, јер околности на које се тужилац позива као разлог за раскид уговора о размени нису наступиле после закључења тог уговора. Наиме, тужилац је тражио раскид уговора о размени непокретности из разлога што због промењених околности не може да оствари сврху овог уговора – не може у јавним књигама да упише своје право својине на спорној парцели, нити може да добије одобрење за градњу на тој истој. Разлог је што тужени према стању у земљишним књигама није власник те парцеле. Како према утврђеном чињеничном стању у тренутку закључења спорног уговора о размени, тужени у земљишним књигама није био укњижен као власник спорне парцеле, те како та чињеница тужиоцу није могла остати непозната јер је била уписана у јавној књизи, суд је донео одлуку да нису испуњени законски услови за раскид уговора због промењених околности.¹⁸⁹⁷

Другим речима, страна која је у доцњи не може тражити раскид уговора позивањем на клаузулу *rebus sic stantibus*.¹⁸⁹⁸ Образложење за овакав став законодавца које нуди теорија је врло једноставно: да је та уговорна страна своју обавезу испунила на време, њено испуњење не би постало отежано у међувремену услед промене околности.¹⁸⁹⁹ Тако је у домаћој судској пракси, примера ради, одлучено да продавац аутомобила нема право да захтева да се плати виша цена за аутомобил од оне која је уговорена, јер је до повећања цене дошло након протека рока у ком је продавац био обавезан да аутомобил у питању испоручи купцу.¹⁹⁰⁰

¹⁸⁹³ Видети пресуду Апелационог суда у Београду, Гж. 7911/10 од 17.6.2010. године.

¹⁸⁹⁴ Члан 133. став 3. ЗОО.

¹⁸⁹⁵ М. Киждобрански, 1987, 6

¹⁸⁹⁶ Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 7911/10 од 17.6.2011. године

¹⁸⁹⁷ Пресуда Општинског суда у Смедереву, П. 533/08 од 19.3.2009. године

¹⁸⁹⁸ И. Зиндовић, 2017, 52

¹⁸⁹⁹ S. Petrić, 2006, 116

¹⁹⁰⁰ Према: С. Перовић, 1995, 261

Међутим, у складу са ставом који преовладава у домаћој теорији, постоји изузетак од овог правила - уколико странка без своје кривице није испунила своју обавезу у уговореном року, ипак ће моћи да захтева примену клаузуле *rebus sic stantibus*.¹⁹⁰¹ Овај изузетак се у литератури објашњава разлозима правичности.

Приметићемо да наведен став правне теорије одступа од знатног дела судске праксе. Наиме, домаћи судови су махом сматрали да је закон јасан и да прописује један вид објективне одговорности у случају доцње, те да се не захтева да је иста нескривљена.

Тако је Врховни привредни суд у својој пресуди посл.број Сл. 50/55 од 10.2.1955. године био изричит у ставу да се одлука надлежног органа да се повећа цена робе¹⁹⁰² која је донета по истеку уговореног рока за испоруку, не сматра изванредним догађајем на основу ког се може тражити било ревизија било раскид уговора због промене околности.¹⁹⁰³ На овом примеру из судске праксе видимо да на одлуку суда ни на који начин није утицало то што је реч о управној мери која се у редовном току ствари сматра основом за примену института промењених околности, јер је дужник био у доцњи и самим тим дужан да сноси негативне последице које га услед тога задесе.

Исти став је Виши трговински суд заузео 2006. године. У овом случају је продавац каснио са испоруком жице која му је авансно плаћена. У међувремену је дошло до поскупљења, а рок испоруке је унапред одређен. Суд је нашао да странка која је у доцњи не може да се позива на промењене околности и тражи измену уговора због околности које су се промениле, а које су наступиле по њеном падању у доцњу, односно по истеку рока одређеног за испуњење њене обавезе.¹⁹⁰⁴

Новија судска пракса показује исти тренд - Врховни Касациони суд је у пресуди Прев. 210/15 од 24.3.2016. године између осталог сматрао да се тужилац неосновано позвао на чињеницу да су отварањем стечајног поступка наступиле промењене околности, будући да је таква околност наступила по истеку рока одређеног за испуњење Уговора и за исплату цене акција у смислу члана 133. став 3. Закона о облигационим односима. Тужени није пружио нити је предложио извођење доказа на околност да средства обезбеђења по Уговору о залози хартија од вредности од 19.05.2006. године није могао да активира, а своје потраживање исплате цене по Уговору о купопродаји акција није пријавио у стечајном поступку који је отворен над туженим. Стога је правилан закључак нижестепених судова да је тужбени захтев тужиоца за раскид предметног Уговора неоснован.¹⁹⁰⁵ На основу наведених одлука је јасно да је у судској пракси и даље прилично доминантна дословна примена правила предвиђених чланом 133. ставом 3. ЗОО.

Било је и изузетака од наведених правила. Тако је Врховни привредни суд у свом решењу посл. број Сл. 280/59 од 7.12.1959. године нагласио да у случају да је уговорна страна пала у доцњу без своје кривице, може се поднети раскид уговора због промењених

¹⁹⁰¹ Примера ради, италијанска судска пракса прихвата примену клаузуле *rebus sic stantibus* ако се ради о привременој немогућности испуњења обавезе за коју странка није крива. – Према: S. Petrić, 2006, 116

¹⁹⁰² Приметићемо да је у то време у складу са економским и политичким уређењем било сасвим очекивано да држава својим актом промени цену робе. Данас је такво мешање у привредне процесе ређе, односно држава оставља много више простора за формирање одговарајуће цене на тржишту.

¹⁹⁰³ Пресуда Врховног привредног суда, Сл. 50/55 од 10.2.1955. године

¹⁹⁰⁴ Решење Вишег трговинског суда, Пж. 1013/06 од 20.12.2006. године

¹⁹⁰⁵ Пресуда Врховног Касационог суда, Прев. 210/15 од 24.3.2016. године

околности, јер не би било оправдано да ризик сноси онај који је без своје кривице запао у доцњу.¹⁹⁰⁶

Закључак који се може извести јесте да судска пракса није уједначена. Један део судских одлука прати став правне теорије по коме је нескривљена доцња изузетак од правила по коме странка која је у доцњи не може да захтева измену односно раскид уговора позивањем на промењене околности. У другим инстанцама суд није улазио у питање кривице за доцњу, већ је по својеврсном аутоматизму одбијао примену правила о промењеним околностима. Нама се чини да је први став исправан и у складу са начелима правичности и еквивалентности. Уколико је до доцње уговорне стране дошло без њене кривице односно доприноса, сматрамо да је правично да се њен положај у погледу права на захтев за измену или раскид уговора због наступања промењених околности посматра као да није у доцњи, јер би се у супротном поступило неправично.

8.4.2.2.4. Околности које су трајале до момента испуњења уговора

Када је реч о времену наступања промењених околности, важно је нагласити и да оне не само да треба да су настале након закључења уговора, већ је нужно да су трајале све до момента његовог испуњења. Уколико је, пак, наступела промена околности била пролазног карактера, тако да није постојала у време извршења уговора, те ако се уговорне обавезе могу извршити како су то уговорне стране и предвиделе, у литератури преовладава став да се уговор не може нити изменити нити раскинути применом правила о промењеним околностима.¹⁹⁰⁷

У том контексту је занимљива пресуда Вишег привредног суда посл. број Пж. 9163/98 од 2. јуна 1999. године. Договор уговорних страна је био да заједнички уложе у посао тако што ће један уговарач изградити хладњачу а други набавити одговарајући компресор. Посао је обављен у уговореном року, тако да накнадни губитак економског интереса тужиоца по мишљењу овог суда није био правнорелевантан како би се на исти применила правила о промењеним околностима.¹⁹⁰⁸

У пракси се такође поставило питање да ли уговорна страна која је оштећена због утицаја промењених околности на висину њене уговорне обавезе, а која је своју престацију ипак испунила, може након извршења своје обавезе захтевати примену клаузуле *rebus sic stantibus*, односно модификацију или раскид тог уговора?

У нашој теорији је на ово питање дат негативан одговор, јер се сматра да је основни циљ овог института управо да се уговарачу олакша извршење његове уговорне престације, онда када је оно за њега постало претерано отежано услед дејства непредвидивих догађаја, који се нису могли предупредити ни савладати, или се пак из истог узрока не може остварити сврха уговора. Стога је оправдано очекивање да ће оштећена уговорна страна искористити своје право да захтева примену института промењених околности у моменту када је њиховим дејством погођена. У литератури се истиче да би прихватање супротног става и дозвољавање уговарачу да накнадно употреби наведени правни инструмент представљало својеврсно угрожавање интереса његовог сауговарача.¹⁹⁰⁹

¹⁹⁰⁶ Решење Врховног привредног суда, Сл. 280/59 од 7.12.1959. године

¹⁹⁰⁷ М. Драгичевић, 2012, 309; М. Киждобрански, 1987, 6

¹⁹⁰⁸ Пресуда Вишег привредног суда, Пж. 9163/98 од 2.6.1999. године

¹⁹⁰⁹ С. Перовић, 1995, 262

Овде постоји аналогија са немачким правом. Наиме, члан 343. став 1. немачког Грађанског законика предвиђа да се не може тражити смањење уговорне казне ако је она већ плаћена.¹⁹¹⁰

Исти став је заузет и у судској пракси – тако је Врховни суд Србије одбио захтев тужиоца да се примени клаузула *rebus sic stantibus* јер је након што је платио брашно које му је испоручено накнадном лабораторијском анализом утврдио да оно није одговарајућег квалитета.¹⁹¹¹ Сматрамо да је наведено решење сасвим у складу са смислом и сврхом института промењених околности. Уколико је обавеза испуњена, не може се говорити о претерано отежаном испуњењу исте.

8.4.2.2.5. Околности које није било могуће предвидети, избећи ни савладати

Српски законодавац је хтео да предупреди евентуалне злоупотребе, те је децидно прописао да уговорна страна не може захтевати раскид уговора због промењених околности уколико је она била дужна да у време закључења уговора узме у обзир промењене околности на које се позива,¹⁹¹² односно уколико је постојала могућност да исте избегне или савлада.¹⁹¹³

Оваква формулација је сасвим у складу са начелом савесности и поштења, јер не би било оправдано допустити странци да се позива на оне околности чији је утицај могла избећи да је поступала са дужним степеном пажње.¹⁹¹⁴ Супротним поступањем би се такође довело у питање начело правне сигурности.¹⁹¹⁵

У том контексту је илустративно и Решење Врховног касационог суда посл. број Рев. 2278/17 из 2018. године, у коме је децидно наведено да је приликом оцене ништавости уговора о кредиту у динарима са валутном клаузулом у швајцарским францима и променљивом каматом потребно утврдити да ли је од закључења уговора, па до дана подношења тужбе, дошло до енормног раста швајцарског франка у односу на еуро и динар и расправити да ли је банка могла предвидети раст курса швајцарског франка. Врховни касациони суд је даље нашао да уколико је утврђено да је одговор на оба наведена питања потврдан нужно утврдити да ли је иста приликом закључења уговора у писаном облику упозорила корисника кредита на негативне последице које ће изазвати примена уговорене валутне клаузуле, а с обзиром на то да такав приступ и понашање банке даваоца кредита представља њену законску обавезу утемељену одредбом члана 12. Закона о облигационим односима, који обавезује учеснике да се при заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа придржавају начела савесности и поштења. Врховни суд је стога укинуо пресуде нижестепених судова, нашавши да нису сагледали нити правилно оценили све околности које одређују да ли су уговорне одредбе предметног уговора о стамбеном кредиту јасне

¹⁹¹⁰ Детаљније видети у: Ralf Peter Sossna, *Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen*, Berlin, 1991

¹⁹¹¹ Пресуда Врховног суда Србије, Прев.81/99 од 24.3.1999. године

¹⁹¹² Ако постоји инфлација, не може се пад вредности новца навести као разлог за примену правила о промењеним околностима. – И. Јанковец, 1999, 137

¹⁹¹³ Тако је, на пример, у одлуци Врховног суда Хрватске посл. број Пж. 1356/80 од 08.10.1980. године, пресуђено да странка не може да захтева раскид или измену уговора јер није могла да набави увозни репроматеријал пошто је дошло до ограничења увоза, недостатка девизних средстава или отежане набавке електричне енергије. – Према: С. Пановски 1985, 35

¹⁹¹⁴ S. Petrić, 2006, 122

¹⁹¹⁵ Д. Попов, 1986, 75

и разумљиве, подлежу ли или не оцени непоштености, те постоји ли очигледна несразмерна разлика између чинидбе и противчинидбе.¹⁹¹⁶

Врховни касациони суд је исти став исказао и у пресуди посл. број Прев. 60/16 од 27.4.2017. године. У наведеној пресуди, став овог суда је био да како би промена курса валуте коришћене за валутну клаузулу представљала промењену околност на основу које се може извршити раскид уговора о кредиту, нужно је да се утврди, између осталог, да ли је уговорна страна која се позива на промењене околности била дужна, односно да ли је могла предвидети такав раст курса швајцарског франка у време закључења уговора о кредиту.¹⁹¹⁷

Иако је јасан смисао ове одредбе, приметно је да ЗОО за разлику од Општих узанси али и Скице проф. Константиновића не говори изричито о „непредвидивости“ околности које су наступиле као услову примене овог правног института.¹⁹¹⁸ Овакав приступ законодавца је инспирисан тиме што је тумачење одредбе из Узанси број 55, која је као услов за примену клаузуле прописивала да су наступили догађаји који се нису могли предвидети, у судској пракси показало извесне слабости. Наиме, судови су приликом примене ове Узансе утврђивање „непредвидивости“ углавном свели на пуко констатовање да су предметне околности наступиле након закључења уговора, неоправдано проширујући зону примене клаузуле *rebus sic stantibus* и пребацујући ризик промењених околности у потпуности на једну уговорну страну.¹⁹¹⁹ Стога је увођењем захтева да се поступа са пажњом која се очекује у промету законодавац намерио да равномерно распореди ризик међу уговорним странама и санкционише понашање које није у сагласности са начелом савесности и поштења.¹⁹²⁰

Наведено законско правило на занимљив начин илуструје И. Јанковец: “За примену правила о клаузули *rebus sic stantibus* није потребно да је у питању догађај који није могуће предвидети. Потребно је да је у питању догађај који уговарачи приликом закључења уговора, поступајући са потребном пажњом, нису били дужни узети у обзир, чак и ако су га могли предвидети. То су догађаји чија је вероватноћа наступања толико мала да се од просечно пажљивог уговарача не може очекивати да о њима води рачуна. Тако, на пример, због ерупције вулкана испуњење уговорне обавезе може за једну уговорну страну постати претерано отежано, али осим у неким деловима света то није околност чију би могућност наступања уговорне стране требало да имају у виду.”¹⁹²¹

Аутор Б. Лоза дели овакво мишљење, те додаје да постоји дужност сваког од уговарача да са своје стране предузме све мере које се разумно могу очекивати да промене околности које су наступиле немају штетан утицај на његове уговорне обавезе. Он додаје да не би било у складу са начелом савесности и поштења да уговорна страна која је допустила да наступе околности које отежавају испуњење њене уговорне обавезе, а могла их је отклонити има право да захтева раскид уговора позивајући се на исте те промењене околности.¹⁹²²

Када је реч о критеријуму могућности избегавања околности у питању, занимљива је већ поменута пресуда Врховног касационог суда посл. број Прев. 210/15

¹⁹¹⁶ Решење Врховног касационог суда, Рев. 2278/17 од 22.2.2018. године

¹⁹¹⁷ Пресуда Врховног касационог суда, Прев.60/16 од 27.4.2017. године

¹⁹¹⁸ С. Перовић, 1995, 262

¹⁹¹⁹ Према: Р. Ковачевић Куштримовић, 979, 298

¹⁹²⁰ *Ibidem.*

¹⁹²¹ И. Јанковец, 1999, 137

¹⁹²² Б. Лоза, 2000, 148

од 24.3.2016. године. Наиме овај суд је нашао да је након истека рока за исплату купопродајне цене акција тужилац могао избећи нове околности, као што су отварање стечајног поступка над туженим, тако што је са своје стране могао да оствари наплату купопродајне цене у одређеном поступку, што није учинио. Како такође није активирао средство обезбеђења које је имао на располагању, нити је по отварању стечајног поступка пријавио своје потраживање према туженом као стечајном дужнику на име купопродајне цене, те како није ни захтевао од стечајног дужника да се изјасни да ли остаје при Уговору, нити је од стечајног управника захтевао испуњење обавезе, потврђен је закључак нижестепених судова да се у овом случају не могу применити правила из члана 133. ЗОО.¹⁹²³ На основу наведене пресуде можемо закључити да ће се околности сматрати несавладивим, односно околностима које се нису могле избећи само уколико је њима погођена уговорна страна учинила све у њеној моћи и није успела да избегне њихове негативне последице, или уколико би и да је учинила све у њеној моћи те последице свакако наступиле.

У теорији се међу присталицама овог схватања такође истицало да је услов изванредности догађаја непотребан јер у модерном добу догађаји који утичу на положај уговорних страна углавном потичу од управних и других мера власти, те би се тешко могли сврстати у изванредне. Када је реч о непредвидивости, сматрало се да овај захтев неоправдано сужава домен примене правила о промењеним околностима, јер је развој науке и технике довео до тога да су бројне околности које се раније нису могле предвидети, данас објективно предвидиве.¹⁹²⁴

Други аутори¹⁹²⁵ пак сматрају да премда законодавац није користио термин „изванредност“ или „непредвидивост“ догађаја, околности које странка приликом закључивања догађаја није била дужна да узме у обзир, те које су неизбежне и несавладиве заправо спадају у категорију изванредних.¹⁹²⁶ По њиховом схватању, непредвидивост је и даље незаобилазан елеменат приликом утврђивања промењених околности,¹⁹²⁷ јер да су се предметне околности могле предвидети у време кад је уговор закључен оне не би могле бити основ за раскид или измену уговора пошто би странке имале могућност да садржину истог другачије уреде.¹⁹²⁸

Исто важи и за изванредност околности у питању – како би се другачије објаснило да је у складу са ЗОО услов примене правила о промењеним околностима постојање несавладивих околности које се нису могле спречити?¹⁹²⁹ Јасно је да се не може избећи ни савладати само оно што је дошло као изванредан и непредвидив догађај.¹⁹³⁰ Додатни аргумент у прилог оваквог схватања јесте да ако би се узела у обзир свака околност која је наступила после закључења уговора и отежава његово испуњење, тиме би се знатно угрозила уговорна дисциплина што би имало негативне последице и на правну сигурност.¹⁹³¹

¹⁹²³ Пресуда Врховног касационог суда, Прев. 210/15 од 24.3.2016. године.

¹⁹²⁴ S. Petrić, 2006, 118

¹⁹²⁵ У ову групу спадају, између осталих, С. Перовић, М. Драгичевић, и М. Станковић.

¹⁹²⁶ М. Драгичевић, 2012, 311

¹⁹²⁷ С. Перовић, 1995, 262

¹⁹²⁸ М. Станковић, 2012, 75

¹⁹²⁹ S. Petrić, 2006, 118

¹⁹³⁰ Б. Визнер, 1978, 351

¹⁹³¹ М. Драгичевић, 2012, 311

Другим речима, циљ наведеном формулацијом био је да се надомести правна празнина настала изостављањем одредби о изванредности и непредвидивости догађаја који се могу сматрати основом за примену клаузуле *rebus sic stantibus*.¹⁹³² Сматрамо да наведени став има покриће и реално утемељење у правној логици али и касније развијеној судској пракси.

Наиме, ако је теорија на овај начин поставила смернице за то шта се сматра „околностима које је странка била дужна да узме у обзир, односно које је постојала могућност да избегне или савлада“, задатак да утврде у којим се случајевима сматра да такве околности постоје препуштен је судовима. При томе, ЗОО одступа од решења у Општим узансама које је указивало на то да се непредвидивост догађаја процењује са објективног аспекта, предвиђајући уместо тога да се то мора чинити имајући у виду субјективне способности уговорних страна, односно од оног што је она требала да очекује. Такође, сматра се да је обавеза уговорних страна да предузму одговарајуће, редовне мере како би избегла или савладила оне догађаје чије наступање се може очекивати. Стога је приликом процене околности које су наступиле и одлуке о томе да ли се оне у конкретном случају могу сматрати непредвидивим, изванредним или просто непредупредивим, суд дужан да води рачуна о индивидуалној ситуацији и личним својствима уговарача.¹⁹³³

Уколико се са субјективног аспекта не може утврдити обавеза уговарача да предвиди наступање догађаја који су уследили, суд цени непредвидивост тих догађаја према објективном критеријуму пажње просечног човека.¹⁹³⁴ У питању је пажња доброг привредника, односно домаћина.¹⁹³⁵

У овом контексту навешћемо решење Врховног привредног суда посл. број Сл.1150/58 од 30.4.1959. године у ком је децидно наведено да када се оцењује да ли је захтев уговорне стране да се уговор раскине услед дејства промењених околности основан нужно је да се утврди и узрок пада цене робе како би се правилно утврдило да ли је реч о изузетно наглom паду цене робе односно о догађају који се није могао предвидети у време закључења уговора.¹⁹³⁶

Занимљиво је у овом контексту мишљење Б. Визнера који је истицао да се неостварена добит односно остварење добити у износу мањем од очекиваног треба подвести под „нормалан ризик посла“ који искључује примену законских одредби о промењеним околностима. Он наведени став аргументује тиме да, према његовом мишљењу, околности те врсте не упућују у довољној мери на такву повреду начела еквивалентности која би резултирала неправедним поремећајем уговорне равнотеже када је реч о вредности престација уговорних страна.¹⁹³⁷

Домаћи судови околности попут измене услова финансирања, обуставе или ограничења кредита, па ни недостављање вагона од стране железнице нити случајеве тзв. уобичајеног ризика нису сврстали у категорију изванредних догађаја.¹⁹³⁸ Као непредвидиви догађаји се у домаћој пракси судова нису сматрали ни недостатак транспортних ни девизних средстава, пад вредности новца као последица инфлације, те

¹⁹³² И. Зиндовић, 2017, 51

¹⁹³³ С. Перовић, 1995, 262

¹⁹³⁴ *Ibidem*.

¹⁹³⁵ М. Цветковић, 2008, 204

¹⁹³⁶ Решење Врховног привредног суда, Сл.1150/58 од 30.4.1959. године

¹⁹³⁷ Б. Визнер, 1978, 357

¹⁹³⁸ Према: М. Драгичевић, 2012, 308

оштећење фабрике услед елементарне непогоде чије су последице трајале свега неколико дана.¹⁹³⁹ При томе треба имати у виду да је уговарање девизних клаузула до 2006. године било забрањено, што је наравно околност од значаја.¹⁹⁴⁰

Суд је такође сматрао да се не може узети да је околност промене висине каматне стопе непредвидива за банку која је једна од уговорних страна у уговору о стамбеном кредиту. Банка не може захтевати примену законских правила о промењеним околностима, јер није предузела одговарајуће мере предострожности, пропустивши да у уговор унесе одредбу о ревалоризацији каматне стопе.¹⁹⁴¹ У овој ситуацији се сматрало да банка није поступала са одговарајућим степеном пажње која се од ње захтева у промету.¹⁹⁴² Слично становиште је суд заузео и у случају промене пореске тарифе, када је она била општепозната.¹⁹⁴³ Тиме су судови потврдили став по коме се како би се применила клаузула *rebus sic stantibus* захтева да су у питању такве околности које су наступиле упркос томе што је уговорна страна која захтева измену или раскид уговора поступала са највећим степеном пажње који се од ње захтева.¹⁹⁴⁴

Насупрот томе, непредвидивим, неизбежним и неотклоњивим догађајима судови су сматрали природне догађаје попут суше, града и поплава, управне мере попут различитих ограничења промета роба, те промена тарифа, прописаних цена и стандарда,¹⁹⁴⁵ као и економске појаве попут изузетно наглог и великог раста или пада цена робе или вредности акција на берзи.¹⁹⁴⁶

Занимљиво је да су новосадски општински и окружни суд нашли да су се правила о промењеним околностима могла применити и у ситуацији када је закључен уговор о закупу пословних просторија на рок од пет година, са фиксном закупнином. Када је дошло до другачијег обрачуна и разреза пореза на приход од издавања предметног простора, а тужени је одбио да плати разлику, тужилац је захтевао раскид уговора управо позивом на клаузулу *rebus sic stantibus*. Тај захтев је одобрен што је теорија подржала са образложењем да оваква, суштински субјективна, управноправна ситуација може имати дејство на конкретан облигационоправни однос, самим тим што представља чињеницу на коју се уговорна страна може позивати у свом захтеву за раскид уговора. Прецизније, ова судска одлука је сагласна са у теорији прихваћеним ставом да акт власти може представљати изванредни догађај који је једна од основних претпоставки за примену института промењених околности на одређени, њиме погођени, уговорни однос.¹⁹⁴⁷ Исти став је заузео и Врховни привредни суд Југославије у пресуди посл. број Сл.867/59 у којој је наведено да употреба израза фиксна цена сам по себи не значи нужно да су уговорне стране његовом употребом хтеле да унапред искључе икакав утицај промењених околности на висину уговорене цене.¹⁹⁴⁸ Са наведеним схватањем је сагласна и правна

¹⁹³⁹ Према: С. Перовић, 1995, 263

¹⁹⁴⁰ О томе видети детаљније: Врета Круљ, *Заштитне (монетарне) клаузуле у југословенском праву*, Реферат на саветовању немачких и југословенских правника одржаном од 2.-6.јуна 1973. године у Фрајбургу, доступан на prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z11/04z11.pdf, приступила 7.4.2020. године.

¹⁹⁴¹ Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев. 1523/89 од 23.3.1990.године

¹⁹⁴² Према: S. Petrić, 2006, 122

¹⁹⁴³ Према: С. Перовић, 1995, 263

¹⁹⁴⁴ Према: S. Petrić, 2006, 122

¹⁹⁴⁵ Према: М. Цветковић, 2008, 204

¹⁹⁴⁶ Према: М. Драгичевић, 2012, 307

¹⁹⁴⁷ О томе детаљније видети у: Никола Воргић, *Акти власти и садржај облигација*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, 1990, број 1, 28-32

¹⁹⁴⁸ Пресуда Врховног привредног суда Југославије, Сл.867/59 од 8.10.1959. године

теорија.¹⁹⁴⁹ Ми такође делимо став о његовој оправданости. Уговорне стране употребом израза „фиксна цена“ нису се одрекле могућности да захтевају измену или раскид уговора због промењених околности. Као што су претходни примери из судске праксе показали, постоје одређене околности које у време закључења уговора уговорне стране нису могле предвидети и самим тим њихов утицај може нарушити еквивалентност узајамних давања у тој мери да је једној уговорној страни испуњење обавеза знатно отежано, односно да не може да се испуни сврха уговора. У таквим случајевима је у складу са начелима правичности и еквивалентности да се уговорним странама омогући да предметни уговор раскину или измене.

8.4.2.2.6. Околности које нису скривљене

Закон о облигационим односима такође прихвата правило по коме се странка може позивати на примену правила о промењеним околностима само ако није крива нити за наступање предметног догађаја који је знатно отежао испуњење уговора, односно учинио да циљ уговора постане неостварив, нити за последице истог.

Другим речима, потребно је да се измена околности не може ставити на терет уговорној страни која се на исту позива, јер би у супротном дошло до повреде начела савесности и поштења.¹⁹⁵⁰ Сматра се да је странка крива за промену околности увек када је својим чињењем или нечињењем могла да отклони штетно дејство промењених околности. Пример који се у литератури наводи јесте ситуација када је странка код уговора о грађењу примила аванс на име набавке материјала, али исти није набавила одмах а касније је дошло до наглог повећања цене тог материјала на тржишту.¹⁹⁵¹

Како се у теорији објашњава, не би било у складу са принципом савесности и поштења да се онај уговарач који је својим понашањем (било поступањем или непоступањем) довео до тога да дође до промене околности која отежава испуњење обавезе позива на примену клаузуле *rebus sic stantibus*.

8.4.2.3. Домен примене института промењених околности према Закону о облигационим односима

8.4.2.3.1. Схватање које преовладава: примена клаузуле *rebus sic stantibus* на све двострано обавезне и теретне уговоре

Већ смо напоменули да је доношењем ЗОО проширено поље примене клаузуле *rebus sic stantibus*. Наиме, правила о могућности ревизије или раскида уговора коришћењем наведеног правног средства постојала су само у Општим узансама, чија је примена била ограничена само на уговоре у привреди. Тек од доношења ЗОО се правила о промењеним околностима примењују на све двострано обавезне и теретне уговоре, независно од тога ко су уговорне стране.¹⁹⁵²

¹⁹⁴⁹ Ј. Перовић, 2012, 196

¹⁹⁵⁰ М. Цветковић, 2008, 204

¹⁹⁵¹ М. Киждобрански, 1987, 6

¹⁹⁵² Љ. Милошевић, 1978, 37

То да се правила о промењеним околностима се примењују на двострано обавезне уговоре није изричито наведено у тексту. Упркос томе, сама систематизација ових одредби у оквиру Одсека 5. ЗОО којим су регулисани двострани правни послови наводи нас на тај закључак.¹⁹⁵³

Тако се у домаћој теорији истицало да се правила о промењеним околностима могу применити само на уговоре који су двострано обавезујући (тзв. узајамни или синалагматички уговори) и трајни. Један од заступника ове теорије је Б. Мораит, који је истицао да се клаузула *rebus sic stantibus* примењује код двостраних теретних уговора са трајним престацијама.¹⁹⁵⁴ Двострано обавезујући уговори су уговори код којих се једна страна обавезује на чинидбу, док се друга страна обавезује на противчинидбу. Стога међусобна зависност чинидбе и противчинидбе код оваквих уговора постоји од момента њиховог закључења до момента испуњења престација. Трајни уговори су пак такви који се не исцрпљују извршењем у једном тренутку.¹⁹⁵⁵ При томе није од значаја да ли се ови уговори извршавају подузимањем само једног, временски континуираног акта или тако што се акт у питању понавља у одређеним временским интервалима.¹⁹⁵⁶

Домаћа судска пракса је примену клаузуле о промењеним околностима ограничила на теретне уговоре.¹⁹⁵⁷ Разлог је једноставан: клаузула *rebus sic stantibus* је правно средство којим се штити еквивалентност узајамних давања уговорних страна, што подразумева постојање најмање две уговорне стране при чему је извршење уговорне обавезе једне условљено испуњењем обавезе друге. Сама сврха закључивања добротних уговора је другачија.

Међутим, постоје и аутори који критикују овакав приступ. Позивајући се на то да је суштина правила о промењеним околностима у заштити уговарача од негативних последица насталих услед промењених околности које отежавају испуњење њихове уговорне обавезе, аутори попут Д. Класичек и М. Иватин подсећају да до таквих последица може доћи и у једностраним уговорима. Према њиховом схватању, у складу са начелима правичности и савесности и поштења јесте да се заштити уговорна страна која је променом околности доведена у неповољан положај. Поред тога, они истичу да смисао клаузуле *rebus sic stantibus* није само у очувању еквивалентности узајамних престација странака. Свој став поткрепљују и тиме што се у једном броју европских цивилних кодификација овај правни институт примењује и на двострано и на једнострано обавезујуће уговоре.¹⁹⁵⁸

¹⁹⁵³ С. Перовић, 1995, 260

¹⁹⁵⁴ Према: М. Драгичевић, 2012, 302

¹⁹⁵⁵ Р. Ковачевић Куштримовић, 1979, 291

¹⁹⁵⁶ С. Перовић, 1995, 261

¹⁹⁵⁷ *Ibidem*, 260

¹⁹⁵⁸ Као пример се наводи члан 1468. италијанског Грађанског законика у којем је то изричито прописано, те члан 313. немачког Грађанског законика за који сматрају да како није изричито предвиђено на које уговоре се примењује, примена правила о промењеним околностима се односи како на једностране, тако и на двострано обавезујуће уговоре. Поред тога, подсећају да је у аустријском праву дозвољена примена овог института и на једностране изјаве воље, те наводе пример ситуације када је пацијент изјавио своју вољу у погледу процедура и захвата на које унапред пристаје да се на њему врше у случају да доцније изгуби разум или могућност да изрази своју вољу. Наиме, ако се стање медицине накнадно промени, односно дође до значајне измене околности које су постојале у време кад је пацијентова изјава воље настала, таква изјава воље ће престати да производи правно дејство. – Према: D. Klasiček, M. Ivatin, 2018, 47-48

Са овим образложењем је сагласна и С. Петрић: ”Тешко је бранити став да се странка у двострано обавезујућем уговору која за своју чинидбу добија противчинидбу (ма колико била оштећена услед промене околности) има право позивати на ту промену и захтевати измену или раскид уговора, а дужник из бесплатног уговора мора извршити своју чинидбу иако за то не добија никакву, па ни умањену накнаду”.¹⁹⁵⁹ У том контексту се истичу примери из упоредног законодавства, попут италијанског¹⁹⁶⁰ и немачког грађанског законика¹⁹⁶¹ који изричито предвиђају примену клаузуле *rebus sic stantibus* и на једнострано обавезујуће уговоре.

Иако ова аргументација стоји, морамо приметити да уколико овај институт посматрамо као средство заштите једнаке вредности узајамних давања, оправданим се чини одређење нашег законодавца да ограничи његову примену на двострано обавезне уговоре у којима, по природи ствари, таква једнакост једино постоји.

Међутим, у новијој литератури се истиче да се правила о измени или раскиду уговора због промењених околности заправо примењују на уговоре са накнадом. Наведени појам је шири од појма двострано обавезних уговора, јер обухвата и оне једнострано обавезне уговоре код којих једна страна дугује накнаду за корист коју је примила од друге.¹⁹⁶² Поред тога, истиче се да се правила о промењеним околностима могу применити и на уговоре са тренутним извршењем, под условом да су странке својим изјавама воље одложиле испуњење обавезе до момента истека одређеног рока.¹⁹⁶³

Поред врсте уговора, значајно је питање везано за време његовог извршења. Наиме, како би се ово правно средство могло применити нужно је да прође одређени временски интервал између момента закључења и момента реализације уговора,¹⁹⁶⁴ како би евентуална промена околности уопште могла да наступи и да има дејство на правну судбину уговора.

8.4.2.3.2. Могућност искључења примене клаузуле о промењеним околностима уговором

О могућности искључења примене клаузуле *rebus sic stantibus* уговором постојала су пре доношења Закона о облигационим односима различита мишљења у теорији. О томе су такође заузимани опречни ставови у пракси.

Чини се да је ипак већи део правних теоретичара заступао став да је уговарање ове клаузуле допуштено у складу са начелом аутономије воље, чије би непоштовање негативно утицало на пословну активност уговорних страна.¹⁹⁶⁵

Опоненти схватања о дозвољености одрицања од примене правила о лезији су били малобројнији. Према њиховом гледишту, било је оправдано да се уговорне стране

¹⁹⁵⁹ S. Petrić, 2006, 109

¹⁹⁶⁰ Члан 1468. италијанског Грађанског законика.

¹⁹⁶¹ Члан 313. немачког Грађанског законика.

¹⁹⁶² С. Перовић, 1995, 260

¹⁹⁶³ *Ibidem*, 261

¹⁹⁶⁴ Б. Матић, 1981, 345

¹⁹⁶⁵ Према: Б. Визнер, 1978, 539

унапред одрекну примене овог правног инструмента само у случајевима који се могу подвести под уобичајени ризик.¹⁹⁶⁶

Као што смо навели, ни судска пракса у овом погледу није била уједначена. Док су поједини судови заузимали став по коме су уговорне одредбе којим се одриче од примене правила о промењеним околностима ништаве јер су противне начелу савесности и поштења, други су дозвољавали уговарање таквих одредби под условом да су оне уговорене уз поштовање већ наведеног начела савесности и поштења.¹⁹⁶⁷

У овом контексту се често цитира одлука Врховног привредног суда број Сл. 1644/63 у којој се децидно наводи да се вољом странака може „искључити право на разлике у цени настале доношењем нових економских инструмената само онда ако разлике не прелазе оквире нормалног ризика у пословним односима. Ако разлике прелазе оквире нормалног ризика, уговорна одредба о искључењу права на разлике у цени противна је начелу поштења и савесности.“¹⁹⁶⁸

Члан 136. ЗОО је на овакве расправе ставио тачку, предвидевши да се странке могу уговором унапред одрећи позивања на одређене промењене околности, под условом да је то искључење у складу са начелима савесности и поштења. Да ли је то случај, одлучиће суд на основу околности сваког појединачног случаја.

Резоновање законодавца је било следеће: уговори у којима се примењује институт измене или раскида уговора због промењених околности су трајни уговори, којим се остварују извесни интереси у будућности. С обзиром на то преимућство, а у складу са правилом „коме корист, томе и штета“, уговорним странама треба дозволити да преузму ризик промењених околности.¹⁹⁶⁹

Ипак, законодавац је поставио и два значајна ограничења права на одрицање од примене клаузуле *rebus sic stantibus*.

Прво следи из формулације да се странке могу одрећи позивања на „одређене“ промењене околности, дакле не све.¹⁹⁷⁰ Ова одредба је у складу са општим правилом уговорног права по ком се странке не могу унапред, на општи начин, одрећи права да захтевају раскид или поништај уговора из ма којег разлога.¹⁹⁷¹ Другим речима, ништава би била клаузула којом се уговорне стране одричу примене института измене или раскида уговора у целости. То неће бити случај уколико се одричу позивања на таксативно набројане промењене околности, или одређене категорије истих. Овакво решење је у складу са основним начелима уговорног права.

На питање које су правне последице уговарања клаузуле којом би се странке одрекле позивања на промењене околности уопште у литератури се дају различити одговори. Док аутори попут С. Перовића сматрају да би таква клаузула била супротна јавном поретку и као таква апсолутно ништава,¹⁹⁷² група теоретичара у коју спада и А.Бикић заступа став да би комплетан уговор којим би се уговорна страна (или обе) унапред одрела сваког приговора на ваљаност уговора био противан добрим обичајима

¹⁹⁶⁶ Са таквим гледиштем је био сагласан и Врховни привредни суд. Видети пресуду Врховног привредног суда посл. број Сл. 1644-63 у: Б. Визнер, 1978, 539

¹⁹⁶⁷ Према: С. Пановски, 1985, 28

¹⁹⁶⁸ Б. Визнер, 1978, 539

¹⁹⁶⁹ Р. Ковачевић Куштримовић, 1979, 302

¹⁹⁷⁰ Б. Лоза, 2000, 150

¹⁹⁷¹ Б. Визнер, 1978, 539

¹⁹⁷² С. Перовић, 1995, 265

и стога без правног дејства.¹⁹⁷³ Потоње гледиште заступа и Б.Визнер који говорећи о дозвољености уговарања клаузуле о одрицању истиче да је могуће да се споразумно уговори таква одредба којом се уговорне стране споразумевају да ће се у случају наступања промењених околности конкретан уговор сматрати непостојећим, или ће се изменити на уговорени начин.¹⁹⁷⁴

Према нашем мишљењу, прихватљивије је гледиште прве групе аутора, а у складу са схватањем по ком треба тежити томе да се уговор остави на снази када год је то могуће. При томе, ништавост уговора у целости нам се чини престојом санкцијом уколико се има у виду да је реч о једној клаузули која се по редовном току ствару највероватније неће ни применити, јер је везана за наступање неочекиваних догађаја који су по својој природи изванредни и самим тим ретки.

Наведеном формулацијом из члана 136. ЗОО странкама је омогућено да приликом закључивања уговора преузму део ризика, у случају наступања тачно одређених околности. Суштина овог правила је у томе да странке морају прецизирати врсту непредвиђених догађаја у случају чијег наступања желе да пренебегну примену правила о промењеним околностима. Уколико пак формулација предвиђена у уговору није јасна, или пак довољно прецизна, суд ће процену њихове намере приликом уговарања клаузуле у питању вршити према ономе што је, поступајући са пажњом доброг привредника, требало да имају у виду.¹⁹⁷⁵

Друго ограничење је постављено кроз примену начела савесности и поштења, са којим евентуална уговорна одредба о одрицању позивања на одређене промењене околности мора бити у складу. На овај начин законодавац је желео да спречи да се кроз неселективну примену могућности одрицања од позивања на клаузулу *rebus sic stantibus* обесмисли сам институт измене или раскида уговора због промењених околности.

Лако је, примера ради, замислити ситуацију у којој једна уговорна страна користећи своју економско надмоћнију позицију намеће другој уговорној страни проширену уговорну одговорност, односно преузимање ризика који прелази границе нормалног, или пак да је несавесни уговарач сазнао да ће се на страни његовог сауговарача појавити таква околност која ће отежати извршење уговорне обавезе или онемогућити остварење сврхе уговора те је склапање уговора условио уговарањем клаузуле о одрицању.¹⁹⁷⁶ Решење за које се наш законодавац определио у члану 136. ЗОО одговара општем правилу из члана 264. ЗОО, који предвиђа да се уговором доиста може проширити одговорност дужника и на случај за који иначе не одговара, али да се испуњење такве уговорне одредбе не може захтевати ако би то било супротно начелу савесности и поштења.¹⁹⁷⁷

У теорији се углавном наилази на став да је наведена одредба добро формулисана, те да „у спрези између слободе странака да својом вољом преузимају ризик наступања промењених околности и тежње да се забрани неоправдано преваљивање терета промењених околности на једну страну уговорницу, чини се да је пронађена права мера која мири ове две опречне идеје.“¹⁹⁷⁸ Практично, смисао наведене одредбе се огледа у

¹⁹⁷³ А. Бикић, 2011, 87

¹⁹⁷⁴ Б. Визнер, 1978, 538

¹⁹⁷⁵ С. Перовић, 1995, 265

¹⁹⁷⁶ Б. Лоза, 2000, 150

¹⁹⁷⁷ Б. Визнер, 1978, 540

¹⁹⁷⁸ Р. Ковачевић Куштримовић, 979, 302

томе да се утицај промењених околности може ограничити, али само на област која спада у уобичајен, односно нормалан пословни ризик. Када је реч о околностима које не спадају у ту категорију, не може се оправдати ограничење права уговорних страна да траже измену или раскид уговора, макар оне на то претходно својевољно пристале.¹⁹⁷⁹

Још једно питање које се намеће јесте: каква је правна судбина клаузуле којом се одриче од позивања на одређене промењене околности а која је уговорена супротно начелу савесности и поштења? Да ли је њена судбина нераскидиво повезана са судбином читавог уговора? Сматра се да се у овом случају треба применити општа одредба члана 265. став 2. ЗОО који прописује да ће суд поништити клаузулу која представља споразум који је произашао из неравноправног положаја уговорних страна.¹⁹⁸⁰

Премда захтев да се приликом уговарања клаузуле којом се искључује примена института промењених околности буде у складу са начелом савесности и поштења није био предвиђен у Општим узансама,¹⁹⁸¹ већ је реч о легислативној новини која је уведена ЗОО-ом, привредни судови су и пре доношења оваквог законодавног решења у својој пракси клаузули о ограничењу примене клаузуле *rebus sic stantibus* признавали само ограничено дејство. То се нарочито односило на клаузуле о фиксној цени. Образложење овакве праксе привредних судова било је да су одредбе о одрицању ограниченог домета, те да се примењују само у домену промене цене који улази у оквире уобичајених пословних ризика. У случају да промене цене пређу границу нормалног пословног ризика, странке не могу уговарањем одредби о ограничењу примене клаузуле о промењеним околностима лишити једну од уговорних страна права да захтева разлику у цени, пошто би се то косило са начелом савесности и поштења.¹⁹⁸²

Имајући то у виду, није изненађење да је судска пракса и након доношења ЗОО наставила да примењује начело савесности и поштења као критеријум дозвољености клаузуле о одрицању од права на позивање на правила о промењеним околностима у уговором одређеним случајевима.

У том смислу можемо начинити аналогију са немачким правом, у коме је и данас начело савесности и поштења својеврсна водилја приликом примене и тумачења одредби уговорног права.¹⁹⁸³ Његова примена је највише распрострањена у случајевима кад „законодавац ћути“, односно када област у питању није уопште или није довољно детаљно регулисана.¹⁹⁸⁴ У нашем закону се не наводе ситуације у којима се сматра да одрицање од права на захтевање да се уговор измени или раскине због промењених околности не би било дозвољено, а извесно је и да би било врло тешко законском нормом обухватити све такве случајеве који се могу јавити у пракси. Стога је начело савесности и поштења смислено постављено као гранично правило између оног што јесте дозвољено

¹⁹⁷⁹ С. Перовић, 1995, 266

¹⁹⁸⁰ Б. Визнер, 1978, 530

¹⁹⁸¹ Б. Лоза, 2000, 150

¹⁹⁸² Према: С. Перовић, 1995, 266

¹⁹⁸³ Колико је озбиљан систем изграђен на примени начела савесности и поштења у немачком праву и колико је развијена судска пракса у том погледу, илуструје и чињеница да је у чувеном Минхенском коментару немачког Грађанског законика око 200 страна посвећено само анализи члана 242. којим је ово начело регулисано. - Günter H. Roth, *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Band 2 - Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, München, 1994, 88 - 289

¹⁹⁸⁴ Stefan Pürner, *Treu und Glauben in der deutschen Rechtsprechung*, Zbornik Pravnog Fakulteta Sveucilista u Rijeci 25, 2004, no. 1, 250

и оног што није, пошто његова примена даје довољно флексибилности судијама да ову законску одредбу примене на конкретне случајеве на најбољи могући начин.

8.4.2.3.3. Примена правила о измени уговора позивањем на клаузулу *rebus sic stantibus* на банкарске послове

У делу наше теорије, али и судске праксе, наилази се на став да се институт измене уговора због промењених околности ни у ком случају не би смео применити на банкарске послове. У том контексту је илустративна одлука Врховног суда Србије посл.број Рев.1810/98, у којој је истакнуто да не постоји право на раскид уговора због промењених околности ако су уговорне стране еквивалентност узајамних давања обезбедиле индексном клаузулом, по којој се новчана обавеза која је изражена у динарима извршава према паритету динара према немачкој марки.¹⁹⁸⁵

Питање дозвољености уговарања валутне клаузуле¹⁹⁸⁶ било је спорно још од Првог светског рата. Државе су решиле то питање у складу са својим приликама и потребама. Најчешћи модел је био онај по коме је признавана валидност ове клаузуле у приватноправним односима са иностраним елементом, док је она сматрана ништавом у уговорним односима између домаћих држављана.¹⁹⁸⁷

У СФРЈ, СРЈ и СЦГ се уговарање и плаћање на територији Републике могло вршити само у националној валути. Валутне односно девизне клаузуле нису биле дозвољене¹⁹⁸⁸ упркос перманентној инфлацији која је крајем 80-тих година двадесетог века достигала и 2000%.¹⁹⁸⁹

Након периода санкција и изузетног раста цена деведесетих година прошлог века, економска криза која је свој врхунац досегла хиперинфлацијом средином прве деценије двадесет првог века, значајно је утицала на поверење у наш финансијски, али и правосудни систем. Како би се тај проблем превазишао, 2006. године је дозвољено уговарање у девизама у Републици, с тим што је предвиђено да се плаћање и наплаћивање по тим уговорима врши у динарима. Српски законодавац је чланом 34. Закона о девизном пословању¹⁹⁹⁰ дозволио уговарање кредитирања у страниој валути. Чланом 25. истог закона регулисано је кредитирање у девизама између резидената у Србији.¹⁹⁹¹

¹⁹⁸⁵ Према: М. Драгичевић, 2012, 310

¹⁹⁸⁶ Валутне (паритетне) клаузуле су врста заштитних клаузула које странке треба да заштите од промена цена које би их могле довести у неповољан положај када је реч о извршењу уговорних обавеза. Оне могу бити или клаузуле плаћања у страниој валути или клаузуле плаћања према страниој валути. – Д. Попов, 1985, 209-219

¹⁹⁸⁷ Према: Ж. Ђорђевић, 1958, 73

¹⁹⁸⁸ Предраг Капор, *Валутна клаузула у банкарским кредитима у Србији*, Економика пољопривреде, 2011, број 2, 253

¹⁹⁸⁹ Ђорђе Попов, *Утицај валутне клаузуле и девизног курса на стање привреде Србије*, Зборник радова правног факултета у Новом Саду, 2012, број 3, 22

¹⁹⁹⁰ Закон о девизном пословању, „Сл. гласник РС”, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014 и 30/2018 (у даљем тексту: Закон о девизном пословању), члан 34.

¹⁹⁹¹ Овај члан гласи: „Банка може резиденту – правном лицу и предузетнику одобрити кредит у девизама за плаћање увоза робе и услуга из иностранства. Банка може резиденту – физичком лицу одобрити кредит у девизама ради куповине непокретности у земљи.“ – Члан 25. Закона о девизном пословању

Интересантно је да наведени Закон не дозвољава децидно уговарање валутне клаузуле, али ни не забрањује.¹⁹⁹² То упућује на дозвољеност уговарања исте, што је потврђено и у судској пракси. Тако је у пресуди Привредног суда у Пожаревцу, П. 927/15 од 12.10.2015. године, која је потврђена пресудом Привредног апелационог суда у Београду, Пж. 6902/15 од 14.4.2016. године, суд заузео став да валутна клаузула није забрањена позитивним правом Републике Србије. У образложењу се напросто наводи да „кумулятивно уговарање валутне клаузуле односно прерачунавање динарских обавеза у сагласности са важећим курсом који се односи на неку страну валуту заједно са правом на наплату затезне камате за случај доцње није забрањено нити једним законом у Републици Србији.“¹⁹⁹³

Исто правно резонување налазимо и у пресуди Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 4205/17 од 20. 3. 2018. године, у којој је суд пресудио да је дозвољено уговарање валутне клаузуле код Уговора о стамбеном кредиту као средство очувања реалне тржишне вредности динарских средстава пласираних путем уговора о кредиту. Наведено је да уговарање валутне клаузуле у уговору о кредиту као валориметра очувања реалне вредности динарских средстава стављених на располагање кориснику кредита представља правно допуштени вид заштите банке даваоца кредита, под условом да се на тај начин очува реална тржишна вредност динарског износа пласираних кредитних средстава.¹⁹⁹⁴

Напуштање дотадашње праксе коришћења општег индекса пораста цена на мало, а код робних кредита ценовних индекса за робу која је предмет кредитирања ради смањења кредитног ризика повериоца критиковано је у домаћој теорији.¹⁹⁹⁵ Предлагана је правичнија расподела ризика између уговорних страна на тај начин што би се укинули чланови 25. и 34. Закона о девизном пословању и децидно онемогућило уговарање девизне клаузуле.¹⁹⁹⁶

Када је реч о валутној клаузули у нашем праву, треба такође имати у виду да је првобитни члан 395. Закона о облигационим односима прописивао да се у случају да новчана обавеза гласи на плаћање у некој страниој валути или злату, њено испуњење може захтевати у домаћем новцу према курсу који важи у тренутку настанка обавезе.

Када је дошло до високе инфлације деведесетих година прошлог века, домаћи судови су како би заштитили елементарну правичност уговора пресуђивали другачије, при чему су се позивали, између осталих, и на члан 15. ЗОО. Врховни суд Србије је у правном схватању Грађанског одељења од 21. априла 1993. године подржао судску праксу и заузео став да: "Ако новчана обавеза, сагласно или противно закону, гласи на плаћање у некој страниој валути али се исплата може извршити само у динарима, суд ће дужника обавезати да исплати динарску вредност износа стране валуте по најповољнијем курсу на дан исплате, по коме банка у месту плаћања откупљује ефективну валуту".¹⁹⁹⁷

Исте године ЗОО је новелиран и члан 395. је усклађен са наведеним правним схватањем, те предвиђа да се испуњење новчане обавезе која гласи на плаћање у некој

¹⁹⁹² П. Капор, 2011, 254

¹⁹⁹³ Пресуда Привредног суда у Пожаревцу, П. 927/15 од 12.10.2015. године, која је потврђена пресудом Привредног апелационог суда у Београду, Пж. 6902/15 од 14.4.2016. године

¹⁹⁹⁴ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 4205/17 од 20.3.2018. године

¹⁹⁹⁵ Ђ. Попов, 2012, 22-25

¹⁹⁹⁶ *Ibidem*, 27

¹⁹⁹⁷ paragraf.rs/dnevne-vesti/230317/230317-vest5.html, приступила 15.4.2020. године

страној валути или злату може захтевати у домаћем новцу према курсу који важи у тренутку испуњења обавезе. Судска пракса је у овом погледу такође прилично уједначена.¹⁹⁹⁸

У овом контексту ћемо се укратко вратити на тематику стамбених кредита у швајцарским францима, код којих је уговорена валутна клаузула и промењива каматна стопа. У питању је вид заштите банке као даваоца кредита од штетних последица алеаторности оваквог уговора. Међутим, према мишљењу судије Уставног суда Д. Слијепчевића, без обзира на начелну допуштеност заштите даваоца кредита конституисањем валутне клаузуле и промењиве каматне стопе, то се може чинити само у складу са основним начелима уговорног права, од којих је једно и начело еквивалентности узајамних давања.

Наиме, у случају дугорочног закључења уговора о кредиту могу наступити извесне промене на тржишту или просто економске промене. Стога је уговарање валутне клаузуле и варијабилне каматне стопе акт законитог поступања доброг привредника. Реч је о дозвољеном правном послу уговарања у девизама у Републици Србији, при чему се како плаћање тако и наплаћивање по таквим уговорима врши у динарима у тренутку испуњења обавезе. Улога стране валуте јесте да буде валориметар, односно средство успостављања еквивалентности узајамних давања из уговора о кредиту. Она нипошто не сме да буде правни основ богаћења даваоца кредита на штету корисника кредита стицањем несразмерне имовинске користи у односу на стварну вредност исплаћених кредитних средстава у динарима.

Јасно је да алеаторна природа уговора о кредиту подразумева и одређена мања одступања курса – вредности валуте обрачуна у односу на курс других валута и стопу инфлације, или тржишну цену предмета наменског кредита. Питање јесте да ли се уговорена валутна клаузула мора применити и ако постоји драстично одступање курса обрачунске валуте од реалне тржишне вредности динарског дуга у односу на просечни курс других валута или тржишну вредност предмета наменског кредита? Пример за то из новије праксе је био значајан пад вредности америчког долара и евра у односу на енормно висок раст вредности швајцарског франка.

Тако је настао спор о томе да ли је допуштена примена валутне клаузуле установљене у швајцарском франку на обрачун динарског дуга корисника кредита, као уговором опредељеног валориметра по курсу те валуте на дан плаћања.

Имајући у виду правну природу валутне клаузуле, закључак јесте да је њена примена правно допуштена само у случају када је стварно обезвређена тржишна – реална вредност динарског износа кредита у односу на примљена средства. Валутна клаузула има улогу чувара начела еквивалентности. Њеним уговарањем се настоји очувати стварна вредност износа динарске главнице који банка ставља на располагање кориснику кредита.

Нема места примени валутне клаузуле када је тржишни курс динара стабилан и нема инфлације у време плаћања у односу на време настанка кредитне обавезе, односно пријема динарског износа кредита. У супротном би се, услед нереалног и тржишно неоправданог драстичног увећања курса валуте обрачуна, омогућило да корисник

¹⁹⁹⁸ Видети пресуду Врховног суда Србије, Прев. 341/05 од 23.11.2005. године, као и новију пресуду Врховног касационог суда, Рев. 1892/16 од 7.3.2018. године, пресуду Апелационог суда у Нишу, Гж. 1977/18 од 29.3.2018. године, те одлуку Уставног суда Уж.3991/13 од 14. априла 2016. године.

кредита стекне несразмерну имовинску корист у односу на стварну вредност динарског дуга корисника кредита.

Члан 25. став 1. ЗОО прописује да је нужно приликом закључивања уговора поштовати основна начела ЗОО. То подразумева како поштовање начела еквивалентности, тако и обавезе уговорних страна да у извршавању својих обавеза поступају са пажњом доброг привредника, односно са пажњом доброг домаћина. Стране уговорнице су дужне да се у остварењу свог права из уговора уздрже од поступака којима би се отежало извршење обавезе друге стране, те да у извршавању својих обавеза поступају савесно и поштено. Оне имају и обавезу да корисника кредита информишу о свим ризицима уговора чије закључење му се предлаже. То подразумева и постојање обавезе даваоца кредита да корисника кредита обавести о правном дејству и о примени валутне клаузуле, те да му разјасни све услове који могу одредити њену реализацију.

У противном, уговорена валутна клаузула и промењива каматна стопа не могу уживати судску заштиту и у пракси може доћи до спорности њихове примене, односно до могуће корекције правних последица ако наступе промењене околности од утицаја на постојање и испуњење уговором одређених обавеза. Наиме, како то судија Слијепчевић наводи, у складу са наведеним одредбама ЗОО-а, као и са Директивом 93/13 ЕЕЗ од 5.4.1993. године о уговорним одредбама у потрошачким уговорима које се противе начелу савесности и поштења, те чланом 16. став 2. Устава Републике Србије и одредбама Споразума о стабилизацији и придруживању закљученог између Републике Србије и Европске уније 29.4.2008. године¹⁹⁹⁹ домаћи судови имају обавезу да реализују делотворну заштиту корисника кредита од свих непоштених уговорних одредаба и евентуалне злоупотребе моћи коју има банка давалац кредита у поступку нуђења и закључења једнострано сачињених стандардизованих уговора о кредиту.

При томе треба имати у виду да банке редовно установљавају валутну клаузулу као средство заштите реалне тржишне вредности пласираних динарских средстава кредита. Ове клаузуле банке једнострано намећу сваком потенцијалном кориснику кредита по принципу „узми или остави“. Оне искључују сваку могућност изостављања валутне клаузуле као саставног дела уговора о кредиту, допуштајући кориснику кредита једино опцију да преговара о обрачунској валути према чијем курсу ће се реализовати заштита реалне тржишне вредности пласираних динарских средстава кредита. Због дугорочности уговора о кредиту, ни банка ни корисник кредита нису у прилици да сагледају сва могућа тржишна кретања курса валуте обрачуна.

Обе уговорне стране подједнако морају сносити штетне последице алеаторности таквог. У противном, ако дође до нереалног и економски неоправдано енормног увећања или умањења курса обрачунске валуте, може доћи до несразмерног имовинског стицања или несразмерног имовинског умањења на рачун једне или друге уговорне стране. Ирелевантно је да ли је у том случају постојала намера неоснованог обогаћења или осиромашења друге уговорне стране у време закључења уговора. Тиме се напросто нарушава начело једнакости узајамних давања, а може се довести у питање и сврха постојања самог уговора.

Енормно повећање вредности швајцарског франка у односу на амерички долар и евро има за последицу да се корисници кредита доводе у стање објективне немогућности

¹⁹⁹⁹ Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, закључен 29.4.2008. године, доступан на: europa.rs/upload/ssp_prevod_sa_anexima.pdf, приступила 11.4.2020. године

враћања примљеног динарског износа обрачунатог у противвредности швајцарског франка као валориметра и уговорене променљиве каматне стопе. С обзиром на бројне случајеве корисника таквих кредита који су и после вишегодишњег уредног плаћања обрачунатих ануитета у противвредности швајцарског франка и даље дуговали целокупан износ главног дуга прерачунат по важећем курсу евра, несумњиво је да инсистирање банке да се установљене обавеза корисника кредита испуне применом швајцарског франка као валориметра није у складу са начелом еквивалентности узајамних давања.

Фактичко стање у питању настало је после закључења уговора о кредиту, и то независно и мимо воље уговорних страна. Правне последице тог стања објективно се нису могле предвидети приликом закључења уговора о кредиту, нити се у то време енорман раст курса швајцарског франка у односу на тржишну вредност америчког долара и евра реално могао очекивати. Он се такође није могао избећи нити отклонити како би се уговором опредељени валориметар и у време исплате кредитног дуга исказао у функцији његове реалне вредности. Економске и правне последице енормног раста курса швајцарског франка су настале после закључења уговора о кредиту а током његовог важења. Негативна дејства истог су отежала испуњење обавезе корисника кредита, такође објективно доводећи у питање и сврху даљег опстанка самог уговора.

Из наведених разлога, суд је дужан да у складу са начелом једнакости узајамних давања страна из уговора о кредиту применом члана 133. ЗОО усвоји захтев за раскид уговора којим се због промењених околности ускраћује право даваоцу кредита да применом швајцарског франка као уговореног валориметра стиче несразмерну имовинску корист.²⁰⁰⁰

Ми се слажемо са наведеним ставом, нарочито уколико се узме у обзир да уговор о кредиту закључује банка са обичним грађанима којима, за разлику од банке, закључивање наведених уговора не спада у оквиру редовне пословне делатности.

Када је реч о судској пракси, илустративне су пресуда Европског суда правде пословни број Ц 26/13²⁰⁰¹ донета 30.4.2014. године и пресуда истог суда пословни број Ц 260/18²⁰⁰² од 3.10.2019. године. У њима се наводи да је правно неодржива примена валутне клаузуле која за резултат има повреду начела савесности и поштења.

Домаћи судови су у овом погледу доносили опречне одлуке. Примера ради, Апелациони суд у Београду је пресудом пословни број Гж.1751/2018 од 15.3.2018. године потврдио пресуду Вишег суда у Београду²⁰⁰³ којом је, између осталог, одбијен евентуални тужбени захтев тужиле којим је тражила да се раскине уговор о стамбеном кредиту као неоснован. У образложењу наведене одлуке наведено је да тужилца тужбени захтев за раскид предметног уговора заснива на чињеници промене курса швајцарског франка у односу на динар, а та чињеница није довољна за закључак суда о томе да су се у овом случају стекли услови прописани одредбом члана 133. став 1. ЗОО за раскид предметног уговора о стамбеном кредиту. Став овог суда, са којим се ми не слажемо, био је да се раст курса било које валуте, па и швајцарског франка у односу на динар, који

²⁰⁰⁰ efektiva.rs/wp-content/uploads/2016/09/SLIJEP%C4%8CEVI%C4%86-DRAGI%C5%A0A-stav-o-CHF-valutnoje-kaluzili-i-jednostranoj-promeni-kamatnih-stop-a.pdf, приступила 5.10.2016. године.

²⁰⁰¹ curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=151524&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=HR&cid=2315852, приступила 11.4.2010. године

²⁰⁰² curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=218625&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=HR&cid=5083022, приступила 11.4.2020. године

²⁰⁰³ Пресуда Вишег суда у Београду, П. 3222/17 од 12.12.2017. године

се већ догодио у прошлости, могао предвидети. У предметној пресуди се наводи пример историјског кретања вредности динара у односу на немачку марку и остале валуте у протеклим деценијама, те да је депресијација динара током хиперинфлације, у периоду од 1992. године до 1994. године, постојала на дневном нивоу који је досегао преко 300.000.000,00%. Позивајући се на такву историју кретања курса динара у односу на светске валуте у блиској прошлости, Апелациони суд је нашао да депресијација динара у односу на швајцарски франак није била реално непредвидива и да је тужилца туженицу могла да има у виду при закључењу предметног уговора. Овај суд је сматрао да је за доношење закључка о постојању промењених околности недовољна чињеница увећања курс швајцарског франка у односу на динар, већ је било потребно утврдити да ли је, евентуално, у истом периоду, дошло и до пораста цена, као и то на који начин је банка дошла до новчаних средстава која су тужилци уплаћена на дан закључења предметног уговора о кредиту. Поред тога, на тужилци је било да докаже постојање субјективних околности због којих је очигледно да предметни уговор више не одговара њеним очекивањима и да би било неправично одржати га на снази таквог какав јесте. У вези са свим овим је суд констатовао да тужилца није ниједну такву околност истакла, ниједну од тих чињеница изнела, нити је у вези са њима предложила извођење било ког доказа.²⁰⁰⁴

Апелациони суд у Новом Саду је заузео супротан став, какав и ми заступамо. Према становишту овог суда, јасно је да је због раста валуте швајцарског франка отежано испуњење обавезе тужилаца, тако да уговор о дугорочном стамбеном кредиту како је закључен више не одговара њиховим очекивањима. Наиме, висина обавезе тужилаца као уговорне стране која је условљена курсом валуте швајцарског франка је у толикој мери увећана да отежава испуњење уговорних обавеза, јер је рата кредита неспорно много већа у динарском износу него што је била на дан закључења уговора. Тиме и тај уговор не одговара очекивањима тужилаца као уговорне стране и доводи у питање и сврху овог уговора. Стога је овај суд заузео став да су се испунили услови прописани одредбом члана 133. Закона о облигационим односима за раскид уговора због промењених околности.

Образложење наведене одлуке јесте да је званични средњи курс валуте СНФ порастао за 129%. Динар је при томе у периоду од дана потписивања уговора до дана вештачења депласиран за 57% у односу на евро. Дакле, курс швајцарског франка је повећан за 46% више у односу на раст курса евра у периоду од дана закључивања уговора до дана кад је извршено вештачење. Уговорени износ кредита од 145.050,00 швајцарских франака на дан пуштања кредита у течај износио је 6.966.113,28 динара или 90.889,22 евра. Према наведеном уговору о кредиту, тужиоци туженом треба да врате укупан износ од 190.747,50 швајцарских франака (са каматама и провизијом банке) или према средњем курсу на дан пуштања кредита у течај износ од 9.160.763,13 динара. Тужиоци су по основу кредита до дана вештачења исплатили туженом укупно 6.325.553,16 динара или 73.785,27 франака или 58.232,60 евра. Стање дуга тужиоца на дан вештачења износи 12.957.139,88 динара, односно по средњем курсу на овај дан 116.961,53 швајцарских франака или 107.728,93 евра.

Апелациони суд је имајући у виду наведене чињенице нашао да је првостепени суд правилно закључио да су у овој правној ствари испуњени законом предвиђени услови за раскид закљученог уговора о дугорочном стамбеном кредиту услед битно промењених околности. Наиме, утврђено је да је након закључења истог уговора дошло до великог

²⁰⁰⁴ Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж.1751/18 од 15.3.2018. године

скока валуте швајцарски франак. Услед тога је и висина обавезе корисника кредита која је предметним уговором условљена курсом валуте швајцарског франка увећана у тој мери да не одговара очекивањима тужилаца као корисника кредита, јер отежава испуњење њихових уговорних обавеза, јер је рата кредита неспорно много већа у динарском износу него што је била на дан закључења уговора. Апелациони суд је нашао да је самим тим доведена у питање и сврха предметног уговора, а нарушено и начело из члана 15. Закона о облигационим односима којим је прописано да у заснивању двостраних уговора стране полазе од начела једнаких вредности узајамних давања, јер је за тужиоце као кориснике кредита преузета обавеза враћања кредита постала превелика.

Овај суд је водио рачуна приликом одлучивања и о нормалном ризику уговарача да ће доћи до пораста курса валуте швајцарски франак у којој је индосиран предметни уговор. Међутим, имајући увид у вештачењем утврђене чињенице, Апелациони суд је оценио да се не може сматрати да су тужиоци са просечном пажњом која се захтева приликом закључења предметних уговора могли очекивати и претпоставити да ће доћи до толиког раста курса швајцарског франка након закључења уговора да ће то довести у питање и сврху самог закључења уговора.²⁰⁰⁵

Наш став јесте да су правно резоновање и аргументација Апелационог суда у Новом Саду на месту. Схватање Апелационог суда у Београду по коме се једна изванредна ситуација хиперинфлације под међународним санкцијама деведесетих година прошлог века, која је ушла у економске уџбенике широм света управо због своје изузетности, поставља као пример и разлог зашто се огроман раст курса валуте швајцарског франка могао предвидети не сматрамо утемељеним. С обзиром на велики пораст обавезе корисника кредита која је предметним уговором условљена курсом валуте швајцарског франка сасвим је основан закључак да иста више не одговара очекивањима тужилаца као корисника кредита, јер отежава испуњење њихових уговорних обавеза. Реч је о кредитима за куповину стана и висина рате је битан фактор који су уговорне стране имале у виду приликом закључења истих, јер је њихово очекивање било да ће рата бити у обиму који омогућава њено неометано плаћање. У ситуацији када је рата кредита неспорно много већа у динарском износу него што је била на дан закључења уговора, сматрамо да је исправан став Апелационог суда у Новом Саду да је самим тим доведена у питање и сврха предметног уговора, као и да је нарушено начело еквивалентности узајамних давања.

Премда је неспорно да су уговорне стране дужне да сносе уобичајен уговорни ризик, сматрамо да овакав и оволики раст курса швајцарског франка излази из оквира истог, те да тужиоци поступајући са просечном пажњом која се захтева приликом закључења предметних уговора нису могли предвидети наступање наведених околности. Поред тога, да би уговорна страна прихватила ризик, о истом мора бити на адекватан начин информисана, што приликом закључења предметних уговора није био случај.

Врховни касациони суд је донео низ одлука које се тичу раскида уговора о стамбеном кредиту који је закључен са валутном клаузулом у швајцарским францима. Њима су укинута пресуде нижестепених судова, јер нису потпуно и правилно утврдили чињенично стање. Првостепеним судовима је наложено да правилном применом материјалног права употпуне чињенично стање и на поуздан начин утврде да ли је и у којој мери дошло до промењених околности од закључења спорног уговора између странака. У образложењу је наведено да је такође потребно расправити да ли је друга

²⁰⁰⁵ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 1781/16 од 1.9.2016. године

уговорна страна - банка могла предвидети раст курса швајцарског франка. Уколико јесте, треба утврдити и да ли је иста приликом закључења уговора у писаном облику упозорила тужиоца на негативне последице које ће изазвати примена уговорене валутне клаузуле, што је њена законска обавеза утемељена одредбом члана 12. ЗОО који обавезује учеснике да се при заснивању облигационих односа и остваривању права и обавеза из тих односа придржавају начела савесности и поштења.

Врховни суд се такође позвао на принцип поштеног промета у облигационим односима потрошача, односно корисника услуга и продавца, односно даваоца услуга, који је разрађен и одредбама Закона о заштити потрошача и касније донетим савременим законима, који регулишу област заштите потрошача. Одредба члана 3. став 1. Закона, који је важио у време закључења Уговора о кредиту, прописивала је право на информисаност као основно право потрошача. То право је подразумевало обавештење о свим чињеницама од значаја за његов правилан избор и заштиту од непоштеног промета. Информације о својствима производа и услуга и условима продаје по одредби члана 46. става 1. истог закона морају бити тачне, потпуне, основане, недвосмислене, јасне и благовремене. Закон у члану 11. установљава право потрошача на заштиту његових економских интереса при куповини производа, односно коришћења услуга. Прописана права потрошача, односно корисника услуга су истовремено обавеза продавца, односно даваоца услуга при чему се по члану 43. истог закона права и обавезе односе и на финансијске услуге. Став Врховног касационог суда је да се испуњење тих обавеза мора ценити са становишта неспорно стручног знања банке даваоца кредита и њене обавезе да искуствено сагледа раније промене курса швајцарског франка и објективно оцени да ли је енорман раст курса те валуте могуће очекивати и у уговореном периоду повраћаја одобрених кредитних средстава тужиоцу. Ако су тим поводом учињени пропусти довели до конституисања неправичних уговорних одредби на штету тужиоца, исте се сагласно одредби члана 135. ЗОО, морају ценити при одлучивању о раскиду уговора, односно његовој измени због промењених околности.

Такође је потребно утврдити и да ли је и под којим условима банка кредитна средства пласирана тужиоцу прибавила на међубанкарском девизном тржишту, по ком курсу је извршила трансфер тих средстава, односно да ли је иста у обавези да тако прибављена средства врати у тој или другој валути и по ком курсу се врши обрачун њеног дуга. То су одлучне чињенице којима се опредељује и основаност тужбеног захтева. Стога је наложено да првостепени судови њихово постојање поуздано утврде у складу са правилом о терету доказивања.²⁰⁰⁶

Интересантно је становиште Врховног касационог суда у погледу тога да ли се ризик који су тужиоци односно корисници кредита преузели може сматрати нормалним ризиком, уобичајеним за ту врсту пословања. Наиме, овај суд је укинуо пресуду у којој је, без претходног утврђивања свих поменутих релевантних околности, другостепени суд нашао да нема основа за раскид уговора, јер је сматрао да промена курса швајцарског франка у односу на динар не представља околност коју тужила у време када је закључила предметни уговор о кредиту и анекс истог није могла очекивати и предвидети. Образложење укинуте пресуде је било да промена курса страних валута у односу на динар није неуобичајена појава на домаћем девизном тржишту. Врховни касациони суд је одбацио гледиште другостепеног суда по коме је бирајући швајцарски франак за валуту везивања износа месечног ануитета отплате свог девизног кредита тужила свесно прихватила ризик да током будућег периода отплате од 204 месеца може доћи до промене

²⁰⁰⁶ Пресуда Врховног касационог суда, Прев. 60/16 од 27.4.2017. године

курса. Исти суд није сматрао да су правилни закључци другостепеног суда да околност наглог скока швајцарског франка у односу на динар и друге валуте не представља оправдани разлог за раскид уговора због отежаног испуњења, те да није испуњен услов за раскид уговора због немогућности остваривања његове сврхе будући да је тужиља остварила сврху уговора куповином куће од средстава кредита.

Нагласивши да није споран став другостепеног суда да промена курса страних валута у односу на динар није неуобичајена појава на домаћем девизном тржишту, Врховни касациони суд је истакао да то не значи да свака па и енормна промена курса представља уобичајену појаву. Стога је наложено првостепеним судовима да утврде да ли се у конкретном случају радило о нормалном ризику код уговора овакве врсте а посебно да ли је у конкретном случају могуће испоштовати начело облигационих односа о једнакој вредности узајамних давања.

Врховни касациони суд је такође сматрао да је неопходно утврдити све околности у вези са закључењем уговора, односно да ли су корисници кредита ваљано разумели садржину уговорних одредби и да ли су могли да у пуној мери оцене економске последице закључења уговора у швајцарским францима, односно тај девизни ризик. Став овог суда је био да је због тога потребно утврдити и које су професије корисници кредита јер је та чињеница од значаја за примену начела савесности и поштења.²⁰⁰⁷

Поред тога, овај суд је наложио да се утврди да ли су се корисници кредита искористили својим правом да у току периода отплате кредита поднесу банци захтев да се преостали износ главнице искаже у еврџу и да у том смислу банка изврши конверзију преосталог износа главнице у еврџу, те уколико нису, који су разлози за то. Као околност од значаја је наведено и да се утврди да ли је тужена банка доставила тужиоцима понуду за закључење анекса уговора о кредиту у смислу одредби Одлуке Народне банке Србије о мерама за очување стабилности финансијског система у вези са кредитима индексираним у иностраној валути,²⁰⁰⁸ што је задатак првостепених судова.²⁰⁰⁹

Врховни касациони суд је наложио и да се утврди и на који је начин банка дошла до средстава која су тужили одобрена, те да ли су банке поступале у складу са одговарајућим одредбама Закона о заштити корисника финансијских услуга²⁰¹⁰ и Закона о заштити потрошача.²⁰¹¹ Без доношења дефинитивне одлуке о томе да ли су испуњени услови за раскид уговора због промењених околности, овај суд је дао задатак нижестепеним судовима да након што поуздано утврде да ли је и у којој мери дошло до промењених околности од закључења спорног уговора између странака, водећи рачуна о свим осталим околностима конкретног случаја и међусобног уговора странака, оцене да ли су испуњени услови да се уговори у питању раскину и у складу са тим донесу на закону засновану одлуку.²⁰¹²

Закључак који се намеће након анализе праксе Врховног касационог суда у овом погледу јесте да је спорном питању приступио са великом дозом опреза и да је његово решавање суштински препустио нижестепеним судовима. Кроз упутства која су дата за

²⁰⁰⁷ Решење Врховног касационог суда, Рев. 2373/16 од 21.6.2018. године

²⁰⁰⁸ Одлука Народне банке Србије о мерама за очување стабилности финансијског система у вези са кредитима индексираним у иностраној валути, „Службени гласник РС“, бр. 21/15 и 51/15

²⁰⁰⁹ Решење Врховног касационог суда, Рев. 2373/16 од 21.6.2018. године

²⁰¹⁰ Закон о заштити корисника финансијских услуга, „Сл. гласник РС“, бр. 36/2011 и 139/2014, у даљем тексту: Закон о заштити корисника финансијских услуга.

²⁰¹¹ Закон о заштити потрошача, „Службени гласник РС“, бр. 62/2014 и 6/2016

²⁰¹² Решење Врховног касационог суда, Рев. 321/16 од 25.1.2017. године

околности које нижестепени судови треба да утврде (нарочито о томе да је потребна провера сазнања и поступања тужених банака, али и тужилаца, те да је нужно да се установи начин и услови прибављања кредитних средства пласираних тужиоцима на међубанкарском девизном тржишту), те закључке како не представља свака па и енормна промена курса уобичајену појаву и како је због тога потребно установити да ли су корисници кредита ваљано разумели садржину уговорних одредби и да ли су могли да у пуној мери оцене економске последице закључења уговора у швајцарским францима, односно тај девизни ризик, можемо наслутити став Врховног касационог суда када је реч о мериторном одлучивању у оваквим споровима, али далеко од тога да је он изврстан и јасан из досадашње праксе овог суда.

Апелациони суд у Новом Саду се доследно придржавао своје раније праксе и у касније донетим пресудама,²⁰¹³ али је имао у виду и праксу Врховног касационог суда. У пресуди из 2018. године је утврдио и да је промена односа евра и швајцарског франка у смислу повећања вредности у односу на евро довела до повећања цена свих добара у Србији чија је вредност везана за евро, што је условило и несразмеру у давањима од око 38%, па је и предметним уговором о стамбеном кредиту дошло до нарушене еквиваленције узајамних давања и то на штету тужиље. У истој пресуди је одлучено да наводи из жалбе туженог да је тужилца свесно прихватила ризик који са собом носи везивање за наведену страну валуту нису основани. Овај суд је приликом одлучивања водио рачуна и о нормалном ризику уговарача да може доћи до пораста курса валуте швајцарског франка у којој је индексирани предметни уговор, али имајући у виду чињенице које су утврђене економско финансијским вештачењем не може се сматрати да је тужилца могла да очекује и претпостави да ће доћи до толиког раста курса швајцарског франка након закључења уговора и да ће се довести у питање сврха самог закључења уговора. Поред тога, због вишегодишњег трајања уговора о кредиту ни банка ни корисник кредита нису могли у време закључења уговора да реално сагледају сва будућа тржишна кретања курса валуте обрачуна.

У пресуди је наглашено да непредвидива и неочекивана колебања курса обрачунске валуте не могу довести до несразмерног имовинског обогаћења или осиромашења било које стране из уговора о кредиту, те да је општепозната чињеница да енормно повећање вредности швајцарског франка у односу на динар и евро има за последицу да се корисници кредита доводе у стање објективне немогућности враћања примљеног динарског износа обрачунатог у противвредности швајцарског франка, као и уговорене променљиве каматне стопе.

Напошетку, Апелациони суд у Новом Саду је, угледајући се на праксу Врховног касационог суда, навео да принципе поштеност промета у облигационим односима потрошача и продавца односно корисника услуга и даваоца услуга, регулишу одредбе Закона о заштити потрошача, као и касније донети закони који регулишу област заштите потрошача. Одредба члана 3. став.1. Закона о заштити потрошача, који је важио у време закључења уговора о кредиту прописује да је основно право потрошача право на информисање. То право подразумева обавештење потрошача о свим чињеницама од значаја за његов правилан избор и заштиту од непоштеног промета. Информација о својственом производу услуга и условима продаје према одредби члана 46. став. 1 тог закона морају бити тачне, потпуне, основане, недвосмислене, јасне и благовремене. Чланом 11. установљено је право потрошача на заштиту његових економских интереса при куповини производа односно коришћења услуга. Прописано право потрошача,

²⁰¹³ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 343/18 од 1.3.2018. године

односно корисника услуга је истовремено обавеза продавца односно даваоца услуга, при чему се према члану 43. истог закона права и обавезе односе и на финансијске услуге. Испуњење тих обавеза мора се ценити са становишта неспорног стручног знања банке даваоца кредита и њене обавезе да искуствено сагледа раније промене курса швајцарског франка и објективно оцени да ли је енормни раст курса те валуте могуће очекивати и у уговореном периоду враћања кредита, те да ли је у том смислу обавестио корисника кредита. Како се тужени на ове околности током поступка није позивао, нити достављао доказе, учињени пропуст доводи до конституисања неправичних уговорних одредби на штету тужиље, те они сагласно одредаба члана 135. ЗОО, такође утичу при одлучивању о раскиду уговора односно његовој измени због промењених околности.²⁰¹⁴

Сматрамо да је пракса Апелационог суда у Новом Саду у овом погледу пример доброг правног резоновања, те поштовања и примене основних начела уговорног права у судској пракси која се односи на нимало једноставна питања чије решење итекако може да утиче како на егзистенцију бројних породица, тако и на очување правне сигурности и поверења у судски систем и судове као чуваре правичности. Начин на који су се ухватили у коштац са проблемом у коме се нашао велики број људи и који је у погледу примене права изазивао опречна мишљења међу представницима правне струке, сведочи о једном врло стручном приступу у коме је акценат стављен на правичност, савесност и поштење, те еквивалентност узајамних давања.

8.5. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ РАСКИДА ИЛИ ИЗМЕНЕ УГОВОРА ЗБОГ ПРОМЕЊЕНИХ ОКОЛНОСТИ

Институт измене или раскида уговора због промењених околности јесте институт који представља изузетак од правила да је уговор закон за уговорне стране. Правне последице његове примене јесу двојаке: измена, или раскид уговора. С обзиром на начин на који су санкције формулисане у ЗОО-у, чини се да се предност даје раскиду уговора, док је ревизија предвиђена као право које сауговарач има у случају да жели да одржи уговор на снази.²⁰¹⁵

8.5.1. Раскид уговора позивањем на клаузулу *rebus sic stantibus*

8.5.1.1. Обавеза обавештавања друге уговорне стране о намери раскида уговора

Странка која има право да због промењених околности захтева раскид уговора је у складу са чланом 134. ЗОО дужна да о намери да раскине уговор због промењених околности обавести одмах по сазнању за њихово наступање. Рок о коме је реч је према

²⁰¹⁴ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 4205/17 од 20.3.2018. године

²⁰¹⁵ S. Petrić, 2006, 126

томе субјективан и почиње тећи од момента сазнања за догађај који је проузроковао штетне последице, а не од датума када се тај догађај могао избећи или савладати.²⁰¹⁶

У литератури се истиче да је ова обавеза успостављена јер је реч о врло важној околности, која задире у само постојање уговора.²⁰¹⁷ Наиме, други уговарач рачуна са тим да ће до извршења уговора доћи и због тога што није обавештен да ће доћи до захтева за раскид истог може да претрпи знатну штету.²⁰¹⁸

Ово правило је уско повезано са начелом савесности и поштења.²⁰¹⁹ Реч је о конкретизацији опште дужности уговорних страна да једна другу обавештавају о свим чињеницама које су релевантне за њихов однос.²⁰²⁰ Такође, обавеза обавештавања о раскиду уговора је у складу са начелом сарадње субјеката облигационог односа када је реч о извршењу истог.²⁰²¹

Према начину на који је обавеза обавештавања формулисана у закону, јасно је да она мора да се изврши на сигуран начин, који одговара околностима конкретног случаја.²⁰²² Дакле, обавештење мора да стигне до друге странке и није довољно да се само уредно испоручи. Мора постојати доказ о пријему обавештења. У супротном, она странка чије је извршење уговора отежано или циљ уговора постане немогуће испунити, дужна је да другој уговорној страни накнади сву штету која је настала јер није била благовремено обавештена о битној промени околности у вези са уговором.²⁰²³ Услов за остварење права на накнаду штете јесте да друга страна докаже да трпи штету због пропуштања наведене законске обавезе, као и њену висину.²⁰²⁴

Упркос томе, погрешно би било из наведених одредби извести закључак да је обавештење о намери раскида уговора због промењених околностима предуслов за раскид уговора услед истих.²⁰²⁵ Наиме, изостанак таквог обавештења је само основ да се захтева накнада штете која је због тога евентуално наступила за другу уговорну страну.²⁰²⁶ При томе, уговорна страна која захтева накнаду штете јер друга уговорна страна није поступила у складу са својом законском обавезом која је прописана чланом 134. ЗОО, дужна је да докаже да је услед тог пропуштања претрпела штету.²⁰²⁷ Дакле не само да је нужно доказати постојање и вишину штете, већ и узрочно-последичну везу између проузроковане штете и пропуштеног обавештења.²⁰²⁸

²⁰¹⁶ Ирина Шолаја, *Овлашћења стране погођене промењеним околностима и овлашћења суда*, Годишњак факултета, 2017, број 7, 290

²⁰¹⁷ Р. Ковачевић Куштримовић, 1979, 299

²⁰¹⁸ Б. Лоза, 2000, 151

²⁰¹⁹ Б. Визнер, 1978, 210

²⁰²⁰ Ова дужност је регулисана чланом 268. ЗОО, којим је такође предвиђено да уговарач који поступи супротно тој обавези одговара за штету коју претрпи друга страна због тога што није била благовремено обавештена.

²⁰²¹ Б. Лоза, 2000, 151

²⁰²² С. Перовић, 1995, 265

²⁰²³ Наиме, могуће је да друга уговорна страна пропусти да предузме мере неопходне за заштиту како својих права, тако и правом заштићених интереса, јер није уследило благовремено обавештавање друге уговорне стране о намери раскидања уговора. – Р. Ковачевић Куштримовић, 1979, 299

²⁰²⁴ С. Перовић, 1995, 265

²⁰²⁵ С. Пановски, 1985, 37

²⁰²⁶ Љубиша Милошевић, *Облигационоправна (грађанскоправна, имовинскоправна) одговорност за своје штетне радње*, Зборник радова 1983, 109

²⁰²⁷ М. Драгичевић, 2012, 310

²⁰²⁸ И. Шолаја, 2017, 288

Санкција у виду одговорности за штету насталу због тога што друга уговорна страна није била правовремено обавештена о намери да се захтева раскид уговора због промењених околности се у теорији оправдава тиме што јој је на тај начин ускраћена прилика да предузме потребне мере у циљу заштите њених права и правом заштићених интереса када је реч о предстојећем раскиду уговора.²⁰²⁹

Истовремено, важно је нагласити да странка која је благовремено обавештена о промењеним околностима, а није предузела мере да спречи наступање штете, иако је била у могућности да то учини, нема право на накнаду претрпљене штете. Наиме, правило о благовременом обавештавању је значајно за другу уговорну страну јер јој омогућава да предузме одговарајуће кораке да заштити своје интересе, односно предупреди или минимизира штету која може настати ако друга страна оствари своје право на примену института промењених околности.²⁰³⁰ Уколико то не учини упркос томе што је имала информацију да ће њен сауговорач да захтева да се уговор раскине због промењених околности, онда се сматра да нема право да захтева да јој се евентуална штета настала због тог пропуштања накнади.

8.5.1.2. *Захтев уговорне стране да суд раскине уговор*

У складу са напред наведеним, уговорна страна која тражи раскид уговора позивајући се на клаузулу *rebus sic stantibus* дужна је да се обрати суду и захтева раскид уговора. Правно средство којим се то уобичајено чини јесте тужба²⁰³¹ и то конститутивна.²⁰³² У литератури се истиче да се раскид уговора може захтевати и у противтужби,²⁰³³ као и у приговору.²⁰³⁴ На основу законске формулације, долазимо до закључка да оштећена страна има право да захтева раскид, али не и измену уговора.²⁰³⁵ У питању је једнострани, немотивисани раскид уговора.²⁰³⁶ На уговорној страни која захтева раскид уговора лежи и терет доказивања.²⁰³⁷

На судској власти је да након испитивања тог захтева оцени да ли су у конкретном случају испуњени услови да се исти прихвати, или га је нужно одбити.²⁰³⁸ У случају да су испуњени законом наведени услови, уговор се раскида одлуком суда, која има конститутивно дејство.²⁰³⁹

Након што донесе одлуку о раскиду уговора, суд ће другој уговорној страни, на њен захтев, досудити накнаду правичног дела штете коју она трпи услед раскида уговора. Наиме, како су интереси оштећене стране донекле заштићени применом института промењених околности, нужно је пружити заштиту и интересима друге уговорне

²⁰²⁹ Б. Визнер, 1978, 535

²⁰³⁰ S. Petrić, 2006, 130

²⁰³¹ С. Перовић, 1995, 264

²⁰³² И. Шолаја, 2017, 288

²⁰³³ М. Киждобрански, 1987, 10

²⁰³⁴ Б. Визнер, 1978, 534

²⁰³⁵ S. Petrić, 2006, 128

²⁰³⁶ Реч је о једностраном раскиду уговора јер га је захтевала једна уговорна страна, а немотивисан је јер је изјава о раскиду дата независно од понашања друге стране. – И. Шолаја, 2017, 288

²⁰³⁷ М. Киждобрански, 1987, 10

²⁰³⁸ Р. Ковачевић Куштримовић, 1979, 299

²⁰³⁹ И. Јанковец, 1999, 143

стране.²⁰⁴⁰ Акцент је на речима „правичан део“ штете, јер је штета у питању резултат неочекиване промене околности, која се као таква не може приписати страни која је захтевала раскид уговора. На овај начин се врши расподела терета штете између саговорача.²⁰⁴¹ Обавеза накнаде правичног дела штете суштински подразумева обавезу суда да, водећи се начелом правичности, одреди износ накнаде тако да негативне последице примене клаузуле *rebus sic stantibus* подједнако погоде обе уговорне стране.²⁰⁴²

У домаћој правној теорији наилазимо на став по коме је правни термин ”правичан део штете” недовољно прецизан и да се његовом употребом отварају врата произвољности приликом досуђивања исте. Предлаже се да се наведени термин замени прецизнијим и лакше одредивим термином ”трошкови”.²⁰⁴³ Нама се чини да је термин ”штета” ипак комплекснији и свеобухватнији, те да таква замена не би била целисходна.

8.5.2. Одржавање уговора на снази његовом правичном изменом

Занимљиво је да ЗОО предвиђа могућност да се уговор одржи на снази – под условом да друга уговорна страна понуди или пристане да се услови уговора правично измене.²⁰⁴⁴

У овом контексту, израз „одржавање уговора на снази“ треба схватити у смислу формалне везе измењеног, ревидираног уговора са првобитним. Наиме, јасно је да је у том случају заправо дошло до својеврсне новације јер је на место старе уговорне обавезе дошла нова.²⁰⁴⁵

8.5.2.1. Понуда или пристанак друге стране на правичну измену одговарајућих услова уговора

Доста полемике је изазвала формулација „ако друга страна понуди или *пристане* (подвукао аутор) да се одговарајући услови уговора правично измене“. Питање које рађа дилему јесте: који круг лица, на основу наведене одредбе, има право да учини такву понуду?

Наиме, у теорији је неспорно право друге уговорне стране да понуди правичну измену услова уговора. Уговор се неће раскинути ако такав предлог буде безрезервно прихваћен. Међутим, до раскида уговора неће доћи ни у случају да оштећени уговорач одбије предложено измену уговора, а суд нађе да су предложене модификације уговорних одредби правичне. При томе, изменити се могу само оне уговорне одредбе које су „захваћене“ утицајем промењених околности.²⁰⁴⁶

²⁰⁴⁰ S. Petrić, 2006, 130

²⁰⁴¹ Уколико би се досуђивала накнада претрпљене штете у целокупном износу, а не у њеном правичном делу, избрисала би се разлика између ситуације када се уговор раскида применом клаузуле *rebus sic stantibus* и случаја скривљене немогућности испуњења. – С. Перовић, 1995, 265

²⁰⁴² S. Petrić, 2006, 130

²⁰⁴³ Д. Попов, 1986, 77

²⁰⁴⁴ Члан 133. став 4. ЗОО.

²⁰⁴⁵ Б. Визнер, 1978, 534

²⁰⁴⁶ S. Перовић, 1995, 265

Оно око чега се у литератури пак „ломе копља“ јесте питање да ли оштећена уговорна страна има право да понуди правичну измену услова уговора.

Више домаћих правних аутора сматра да из одредби члана 133. ЗОО произлази да страна која се позива на промењене околности тужбом може захтевати само раскид уговора, док измену истог може предложити суд или друга уговорна страна.²⁰⁴⁷

Међутим, уколико прихватимо наведено гледиште, које је широко заступљено у нашој правној теорији, поставља се питање како објаснити део одредбе става 4. члана 133. ЗОО која предвиђа могућност да друга уговорна страна не само понуди, већ и пристане на правичну измену уговора. Уколико уговорна страна погођена промењеним околностима не може да понуди измену уговора, већ само да захтева раскид, како је законодавац предвидео могућност да друга уговорна страна пристане на измену уговора?

Према нашем мишљењу, крајње је споран одговор на ово питање који дају заговорници тумачења по ком оштећена уговорна страна не може предложити модификацију уговора. Тврдња која се износи је следећа: наведеном одредбом је, наиме, наложено суду да странкама предложи правичну измену појединих услова у уговору на које је утицао непредвиђени догађај. Другим речима, суд треба да нађе за уговор такву садржину која ће оправдати сврху уговора и у новим условима на најбољи начин задовољити интересе странака.²⁰⁴⁸

У делу литературе се стога наглашава да се интервенција суда као органа државне власти иако су у питању приватни, уговорни односи међу странкама може оправдати не само улогом коју суд има у очувању државног поретка, већ и „прећутним условом странака да у сукобу уговора и стварности суд ступи на сцену.“²⁰⁴⁹

Такво схватање налазимо и у појединим одлукама из судске праксе. Тако је Врховни суд Србије у пресуди посл. број Пзз. 2/95 и Прев. 50/95 од 8.2.1995. године потврдио да у случају да је тужилац који тражи раскид уговора због промењених околности пре подношења тужбе предложио туженом измену уговора, првостепени суд има дужност да испита да ли постоји могућност да се уговор правично измени, те чак и сам да понуди правичну измену услова којом би се остварила сврха уговора.²⁰⁵⁰ У наведеној одлуци се даље додаје да уколико друга страна пристане на правично измењене услове, неће доћи до раскида уговора.

Овом одлуком Врховног суда Србије не само да је потврђено правило по ком страна која захтева примену института промењених околности може да захтева и измену уговора, већ је потврђен став домаће правне теорије по ком и суд може да предложи да се спорни уговор измени на одговарајући и правичан начин, како би се очувала његова сврха и омогућило да у том измењеном облику остане на снази.

Нама се ово тумачење чини крајње дискутабилним, уколико имамо у виду одредбе члана 3. Закона о парничном поступку који у ставу 1. предвиђа да у парничном поступку суд одлучује у границама захтева које су постављени у поступку. Супротно поступање би било кршење начела парничног поступка. Стога сматрамо да суд нема право да предложи туженом правичну измену уговора и сагласни смо са Б. Визнером који истиче да „суд по службеној дужности (*ex officio*) неће сам од себе моћи предложени

²⁰⁴⁷ М. Драгичевић, 2012, 309; S. Petrić, 2006, 129; С. Перовић, 1995, 264

²⁰⁴⁸ Р. Ковачевић Куштримовић, 1979, 299

²⁰⁴⁹ *Ibidem*.

²⁰⁵⁰ Према: М. Драгичевић, 2012, 309

раскид уговора изменити у одговарајућу његову ревизију, као ни предложену ревизију у његов раскид, пошто је то право резервисано само за уговорне стране.“²⁰⁵¹

Међу онима који одредбе члана 133. ЗОО тумаче тако да кад је реч о клаузули *rebus sic stantibus* оштећена уговорна страна може да захтева раскид, али не и измену уговора, немали је број оних који сматрају да би наведене законске одредбе требало изменити. Све су гласнији предлози да се и оној уговорној страни која се позива на промењене околности пружи могућност да тужбом захтева измену уговора²⁰⁵² на начин који би био правичан, а истовремено и усклађен са начелом еквивалентности узајамних престација. Заступници увођења ове могућности наглашавају да се на тај начин пружа прилика обема странама у уговору да исти сачувају и прилагоде новонасталој ситуацији, подсећајући да је да би измена уговора била пуноважна нужно да се обе стране са тим сложе. Уколико до сагласности обеју страна не би дошло, а суд нађе да има места примени института промењених околности, уговор би се раскинуо конститутивном одлуком суда.²⁰⁵³

Тако се, примера ради, М. Драгичевић залаже за повратак решењима из Општих узанси, као што је то учињено у хрватском и делимично у црногорском облигационом праву. Она сматра да би се то требало нарочито учинити када је реч о дефинисању промењених околности и правима уговорних страна у случају примене института клаузуле *rebus sic stantibus*. Поред тога, начин на који је ово правно средство регулисано у ЗОО би по мишљењу овог аутора требало уподобити одредбама Принципа европског уговорног права,²⁰⁵⁴ која многи виде као неки вид почетног стадијума стварања Европског грађанског законика.²⁰⁵⁵

С. Петрић поздравља одлуку хрватског законодавца да измени раније важеће законодавство и ставом 1. члана 369. Закона о обвезним односима²⁰⁵⁶ предност да измени уговора. Битан аргумент у корист оваквог решења јесте да оно више одговара тенденцији да се уговор одржи на снази упркос промени околности. Поред тога, оно осликава и решења из савременог права - поред већ поменутих Принципа европског уговорног права, ту су и решења заступљена у UNIDROIT Начелима²⁰⁵⁷ али и немачком Грађанском закону.²⁰⁵⁸ Међутим, овај аутор критикује законску формулацију наведеног члана јер је прилично непрецизна и подложна различитим тумачењима, те није у складу са одредбама става 4. члана 369. истог закона.²⁰⁵⁹

Постоје и аутори који сматрају да нема потребе за изменом ЗОО у том погледу, јер начин на који је институт измене или раскида уговора због промењених околности предвиђен у том законском акту омогућава обема уговорним странама да захтевају измену уговора.²⁰⁶⁰

Делећи став својих колега да се закључак по ком право да захтева правичну измену уговора припада како угроженој тако и неугроженој уговорној страни може

²⁰⁵¹ Б. Визнер, 1978, 534

²⁰⁵² А. Бикић, 2011, 86; М. Драгичевић, 2012, 311

²⁰⁵³ А. Бикић, 2011, 86

²⁰⁵⁴ Члан 6.111. Принципа европског уговорног права.

²⁰⁵⁵ М. Драгичевић, 2012, 311-312

²⁰⁵⁶ Закон о обвезним односима, „Народне новине” бр. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18

²⁰⁵⁷ Члан 6.2.3. UNIDROIT Начела.

²⁰⁵⁸ Члан 313. немачког Грађанског законика.

²⁰⁵⁹ S. Petrić, 2006, 127-128

²⁰⁶⁰ С. Перовић, 1995, 265

извести из навода става 4. предметног законског члана, Б. Визнер напомиње да је такво тумачење у складу са заштитом принципа аутономије воље, али и са начелом равноправности уговорних страна у облигационом односу. Разлог је једноставан – уколико се позивањем на клаузулу *rebus sic stantibus* уговор у питању раскине или измени, тиме се могу угрозити не само интереси оштећене уговорне стране, већ и њеног сауговорача. У складу са његовим схватањем измена уговора може се захтевати путем тужбе, противтужбе или приговора.²⁰⁶¹

Новија пракса Врховног касационог суда потврђује схватање по коме обе уговорне стране могу да понуде правичну измену уговора. Наиме, решењем овог суда посл. број Рев. 2373/16 од 21.6.2018. године укинута су пресуде нижестепених судова јер нису утврдили да ли су се у спору који се односи на раскид тужиоци обраћали туженој банци са захтевом за измену своје уговорне обавезе конверзијом преосталог износа главнице у евро, нити да ли је тужена банка доставила тужиоцима понуду за закључење анекса уговора о кредиту којим би се предметни уговор правично изменио. Врхопни касациони суд је наложио првостепеном суду да у поновном поступку утврди да ли су се уговорне стране користиле овом могућношћу и ако нису, који су разлози за то.²⁰⁶²

Још једну дилему изазива питање шта треба разумети под законодавчевом формулацијом да се може захтевати „правична измена одговарајућих услова уговора“.

Под „одговарајућим условима“ уговора би требало схватити правило по ком се измена уговора може односити само на битне елементе и услове уговора, и то на оне који су због изванредних и неочекиваних околности које су наступиле претрпели садржинске измене.²⁰⁶³

Одредбу о „правичној измени“ уговора треба схватити тако да ће суд имати задатак да најпре утврди главни циљ уговора који су уговорачи намеравали постићи у време његовог закључења, а потом и да истражи могућност да се тај циљ прилагоди ревидираном садржају уговора. Суд треба да нађе такво решење које одговара намери уговорних страна, тако да би оне у време закључења уговора пристале да склопе уговор са измењеном садржином.²⁰⁶⁴ При томе мора да води рачуна о интересу како оштећене уговорне стране, тако и њеног сауговорача.

Када говоримо о ”одговарајућим условима уговора” који се могу изменити, опште правило јесте да се могу изменити све одредбе на које су изванредни и непредвидиви догађаји који представљају промењене околности утицали. Најчешће је реч о одредбама о цени и роковима.²⁰⁶⁵

²⁰⁶¹ Б. Визнер, 1978, 533-534

²⁰⁶² Решење Врховног касационог суда, Рев. 2373/16 од 21.6.2018. године

²⁰⁶³ Б. Визнер, 1978, 534

²⁰⁶⁴ *Ibidem*.

²⁰⁶⁵ М. Киждобрански, 1987, 8

8.5.2.2. Поступак суда у случају да се странке не сагласе са предложеним изменама спорног уговора

8.5.2.2.1. Овлашћење суда да раскине предметни уговор ако нема сагласности о предложеним изменама

Како би до предложених измена дошло, нужно је да се са њима сагласе уговорне стране. Са друге стране, Закон не обавезује странке да то учине. Уколико се странке не усагласе о правичним изменама уговора, нити прихвате предлог суда у том погледу, суд је овлашћен да раскине предметни уговор.

У правној теорији се наилази на став по коме би било пожељно по угледу на француски Грађански законик унети одредбе којима се заправо мотивише да уговорне стране и пре него што се обрате суду у доброј вери приступе преговорима којим би на миран и споразуман начин решили новонасталу ситуацију и избегли мешање суда.²⁰⁶⁶

Иако не поричемо корисност такве одредбе, сматрамо да би се слична одредба могла унети и у погледу предложених измена уговора на правичан начин, било да је предлог дошао од стране оштећеног уговарача, било од суда. Било би целисходно експлицитно обавезати обе уговорне стране да усаглашавају о евентуалним изменама приступе на озбиљан начин и у доброј вери. На тај начин би се постигло да раскид уговора не буде најчешће, већ решење за које се опредељује само ако се исцрпе све остале опције, те да преговори о правичној измени уговора не буду само формалност која се мора обавити како би се уговор раскинуо.

8.5.2.2.2. Околности којим се суд нарочито руководи приликом доношења одлуке о примени правила о промењеним околностима

8.5.2.2.2.1. Објективне околности којим се суд руководи када је реч о примени клаузуле *rebus sic stantibus*

Сама испуњеност услова који су прописани чланом 133. ЗОО не значи аутоматски да ће суд да усвоји захтев да се уговор раскине или измени позивањем на институт измене или раскида уговора због промењених околности.²⁰⁶⁷ Као што нам је познато, одступање од начела *pacta sunt servanda* је дозвољено под изузетним условима, те је нужно да суд у сваком конкретном случају своју одлуку заснује на темељној анализи свих околности конкретног случаја.

Чланом 135. ЗОО прописана су правила о томе чиме суд нарочито треба да се руководи приликом доношења одлуке када је у питању позивање на клаузулу *rebus sic stantibus*. То су начела поштеног промета, циљ уговора, нормалан ризик код уговора односне врсте, општи интерес као и интерес обе стране. Сматра се да ова листа није *numerus clausus*, већ да су њоме апострофиране околности о којима суд посебно треба да води рачуна. Такав став се поткрепљује законодавчевим опредељењем да употреби термин "нарочито" у наведеној законској одредби.²⁰⁶⁸

²⁰⁶⁶ D. Klasiček, M. Ivatin, 2018, 51

²⁰⁶⁷ С. Перовић, 1995, 266

²⁰⁶⁸ S. Petrić, 2006, 131

Под начелима поштеног промета можемо сматрати поштовање начела савесности и поштења и поступање у доброј вери.²⁰⁶⁹ Циљ уговора представља основу обавеза уговорних страна,²⁰⁷⁰ тачније заједничку сврху коју су уговорне стране хтеле да остваре закључивањем предметног уговора.²⁰⁷¹ У складу са наведеним, задатак суда је да утврди шта је био циљ уговора и да ли је он и даље остварив у светлу нових, непредвиђених околности.²⁰⁷² Посао суда је нешто једноставнији када је циљ уговора саопштен приликом његовог закључења. Уколико то није случај, циљ уговора се утврђује тумачењем намере која је садржана у одредбама самог уговора или полазећи од врсте уговора и околности конкретног случаја.²⁰⁷³ Ако се циљ уговора још може остварити, захтев за његовим раскидом ће бити одбијен.²⁰⁷⁴

Јасно је да се примена института промењених околности мора ограничити само на оне догађаје који су по својој природи изузетни и несавладиви. Стога су од тога изузети они случајеви који спадају у нормалан пословни ризик. Шта ће се сматрати под ”нормалним ризиком код уговора односне врсте” врло је значајно питање. Он би се донекле могао дефинисати као мера у којој је странка дужна трпети последице неочекиваних и непредвидивих догађаја, односно околности. Нормалан, уобичајени ризик је понекад предвиђен уговором или на основу изричите законске норме. Ипак, најчешће је задатак суда да утврди да ли је преузет ризик у оквиру онога што се сматра редовним. При томе се суд води пре свега врстом уговора, затим његовом сврхом, те природом обавеза које су уговорне стране преузеле на себе, као и свим другим околностима везаним за конкретни уговор које су у овом погледу правнорелевантне.²⁰⁷⁵ Примери који се наводе у литератури јесу случајеви када код уговора о купопродаји пољопривредних производа дође до знатног повећања цене због ниског приноса или пак њеног смањења јер је принос био изузетно добар.²⁰⁷⁶ Наиме, реч је о догађају који се може очекивати у оквиру редовног пословања у тој бранши и обе уговорне стране могу рачунати на могућност таквог добитка, односно губитка.²⁰⁷⁷ Са друге стране, интересантно је да је суд различито ценио промену цена на тржишту као околност када је реч о трговачким уговорима и оним који то нису. Правно резонување је у том погледу било да степен ризика коју странка мора да трпи није исти у ове две врсте уговорних односа.²⁰⁷⁸

Сматра се да је на уговарачима да сnose ризик који произлази из радне организације пословања, те да су дужне да правовремено осигурају средства неопходна за извршење уговора јер управо они сnose ризик њихове набавке. Поред тога, послодавац сноси ризик правилног деловања запослених јер је његова обавеза да организује не само средства за рад већ и раднике. Стога када је на пример, дошло до штрајка радника у једном предузећу (а не генералног штрајка) и суд утврди да је исти последица погоршања

²⁰⁶⁹ Б. Визнер, 1978, 536

²⁰⁷⁰ А. Дудаш, 2010, 161

²⁰⁷¹ S. Petrić, 2006, 131

²⁰⁷² А. Дудаш, 2010, 161-162

²⁰⁷³ И. Шолаја, 2017, 293

²⁰⁷⁴ *Ibidem.*

²⁰⁷⁵ О томе сведочи и чињеница да како италијанско, тако и немачко право као једну од претпоставки за примену промењених околности управо помињу да ризик које су странке уговором или на основу изричите законске норме преузеле није уобичајени, нормални уговорни ризик. Исто правило можемо наћи и у UNIDROIT Начелима, те у Принципима европског уговорног права – Према: S. Petrić, 2006, 132

²⁰⁷⁶ И. Шолаја, 2017, 294

²⁰⁷⁷ Б. Визнер, 1978, 210

²⁰⁷⁸ S. Petrić, 2006, 132

услова рада за који је одговоран послодавац, околност постојања штрајка се неће уважити као промењена околност и одбиће се примена наведеног правног средства.²⁰⁷⁹

Разлози вођења рачуна о општем интересу су јасни, премда је ова одредба понекад критикована као непрецизна и застарела. Када је реч о законском правилу да се мора водити рачуна о интересима обеју уговорних страна, у теорији се истиче да је она својеврсни подсетник суду да не посматра изоловано ситуацију уговорне стране која је погођена промењеним околностима, ако би начин на који она захтева да се ситуација правно реши несразмерно оштетио интересе друге стране.²⁰⁸⁰ Другим речима, суд треба да води рачуна о легитимним очекивањима, побудама и интересима странака.²⁰⁸¹ Илустрација законодавчевог вођења рачуна о интересима обе уговорне стране јесу и одредбе по којим се пружа могућност да се уговор одржи на снази одлуком суда онда када друга уговорна страна понуди или пристане на праведну измену уговорних одредби.²⁰⁸²

Приликом доношења ове одредбе, законодавац је имао у виду последице које измена или раскид одређеног уговора може да има на друге учеснике у промету, али и то да се избором једне од ових санкција прекидају дотадашњи токови промета,²⁰⁸³ што може да има извесне негативне последице када је реч о остваривању општег интереса. Како све наведене околности некад могу да „превладају“ у односу на интересе уговарача да се примени институт измене или раскида уговора због промењених околности, законодавац је наложио представницима судске власти да о њима нарочито воде рачуна.²⁰⁸⁴

У овом контексту је интересантно решење Врховног касационог суда посл.број Рев. 321/2016 од 25.1.2017. године. Наиме, Врховни касациони суд је нашао да је другостепени суд одлучио о захтеву за раскид уговора о банкарском кредиту индексираном у швајцарским францима, при чему није правилно применио одредбе чланова 133. и 135. ЗОО, те није правилно и потпуно утврдио чињенично стање. Према схватању овог суда, правилна примена законских одредби захтева да се, пре доношења закључка о томе да нема основа за раскид уговора, најпре утврди да ли је уопште дошло до промене околности и уколико јесте, у којој мери. Потом суд треба да испита да ли је због тога очигледно неправично да се уговор одржи на снази јер више не одговара очекивањима уговорних страна или се због тога не може остварити сврха уговора. При томе треба да се руководи околностима наведеним у члану 135. ЗОО као значајним за доношење одлуке.

У конкретном случају, другостепени суд није утврдио све релевантне околности. Донео је одлуку да нема места раскиду уговора због промењених околности, нашавши да промена курса швајцарског франка у односу на динар не представља околност коју тужила није могла предвидети пошто промена курса страних валута не представља неуобичајену појаву на домаћем тржишту. Додатни аргумент је био да је бирајући швајцарски франак за валуту везивања износа месечног ануитета отплате свог девизног кредита тужила свесно прихватила ризик да током периода отплате од 204 месеца може доћи до промене курса. Нижестепени суд је такође нагласио да није испуњен услов да не

²⁰⁷⁹ Према: И. Шолаја, 2017, 294

²⁰⁸⁰ S. Petrić, 2006, 131

²⁰⁸¹ А. Дудаш, 2010, 162

²⁰⁸² Б. Визнер, 1978, 357

²⁰⁸³ И. Шолаја, 2017, 295

²⁰⁸⁴ С. Перовић, 1995, 266

може да се оствари сврха уговора пошто је тужилца остварила сврху уговора куповином куће од средстава кредита. Врховни касациони суд је нагласио да се не сматра свака, па и енормна промена курса страних валута у односу на динар, уобичајеном појавом на тржишту. С обзиром на то да је првостепени суд истакао да је тужилца узела кредит за куповину куће, а да јој сада за отплату треба неколико таквих кућа, другостепени суд је пропустио да утврди да ли се у конкретном случају радило о уобичајеном ризику за уговоре такве врсте, те да ли је могуће испоштовати начело једнакости узајамних давања које је садржано и у једном од чланова уговора који је предмет спора. Врховни касациони суд је подсетио да се начело једнакости узајамних давања мора поштовати не само у време закључења уговора, већ и у току његове реализације. Илустрација да је то начело нарушено би могла бити чињеница да је тужилца по уговору о кредиту добила 3.104.095, 10 динара а да је укупна сума коју треба да исплати у року од 17 година 7.737.590,25 динара. Такође, истакао је да је другостепени суд пропустио да утврди на који начин је банка дошла до средстава која су одобрена, те да ли су испоштоване одговарајуће одредбе Закона о заштити корисника финансијских услуга и Закона о заштити потрошача.

Имајући у виду све наведено, Врховни касациони суд је укинуо одлуку другостепеног суда и наложио да у поновном поступку сам или преко првостепеног суда правилно и потпуно утврди чињенично стање, у складу са наведеним упутствима.²⁰⁸⁵

Ово решење је значајно из више разлога. Пре свега, њиме се наглашава да је нужно да суд утврди да ли је дошло до промене околности и у којој мери, те да ли су испуњени остали услови предвиђени чланом 133. ЗОО за примену правила о промењеним околностима. Међутим, оно што се чини још важнијим јесте инсистирање Врховног касационог суда да се утврди да ли је у конкретном случају реч о околности која се могла предвидети, те да ли је ризик који је оштећена уговорна страна преузела уобичајен. Постојање очигледне несразмере уговорних давања је илустровано више него дуплим износом који оштећена страна треба да врати банци, упркос аргументацији да су испоштоване законске одредбе о висини каматне стопе. Поред тога, инсистира се на заштити интереса обе уговорне стране, а у складу са одговарајућим одредбама не само ЗОО, већ и *lex specialis*.

8.5.2.2.2. Субјективне околности којим се суд руководи када је реч о примени клаузуле *rebus sic stantibus*

Поред онога што је законодавац прописао, а што би се могло окарактерисати као *објективне околности*,²⁰⁸⁶ судови су у својој пракси водили рачуна и о *субјективним околностима* конкретног случаја: да ли су странке приликом извршавања својих уговорних обавеза поступале са одговарајућим степеном пажње и професионално, те да ли су познавале законитости тржишта и имале у виду утицај друштвених и економских односа на промене које се на њему манифестују. Када је реч о субјективним околностима, судови су нарочито ценили да ли су странке знале за наступање одређених догађаја, а уколико нису, да ли су морале и биле дужне за исте знати и узети их у обзир.²⁰⁸⁷

²⁰⁸⁵ Решење Врховног касационог суда, Рев.321/2016 од 25.1.2017. године

²⁰⁸⁶ М. Драгичевић, 2012, 310

²⁰⁸⁷ *Ibidem*.

8.6. НАКНАДА ШТЕТЕ НАСТАЛЕ ПРИМЕНОМ КЛАУЗУЛЕ О ПРОМЕЊЕНИМ ОКОЛНОСТИМА

Правила о накнади штете²⁰⁸⁸ када суд раскине уговор због примене клаузуле *rebus sic stantibus* у односу на друге случајеве уговорне одговорности показују извесне специфичности.

8.6.1. Правни стандард „накнада правичног дела штете“ претрпљене због раскида уговора

Закон о облигационим односима садржи и једно ново решење – наиме, суд овим законом први пут добија овлашћење да обавезе уговорну страну која је захтевала раскид уговора позивањем на промењене околности на накнаду *правичног дела штете* коју друга уговорна страна трпи због раскида уговора. Ово решење је инспирисано начелом еквивалентности узајамних давања,²⁰⁸⁹ као и начелом правичности. Наиме, из законске одредбе јасно следи да уговорна страна која се позива на промењене околности није дужна да накнади целокупну штету коју друга уговорна страна трпи због измене или раскида уговора, већ само њен правичан део. У супротном, како се истиче у правној теорији, не би било разлике између раскида или измене уговора због промењених околности и случаја одговорности дужника због повреде уговора.²⁰⁹⁰

Са друге стране, образложење због чега се дужник обавезује на накнаду било какве штете иако је услед промењених околности испуњење уговора за њега знатно отежано, или је сврха уговора “отпала” лежи у томе што је испуњење уговора ипак могуће те сходно општим правилима уговорног права дужник мора или да испуни своју уговорну обавезу или да накнади насталу штету другој страни због неиспуњења исте. Такође, у складу са начелом правичности, друга уговорна страна која није ни на који начин скривила промену околности услед које је уговор раскинут није дужна да сноси целокупну штету до које услед тога може доћи. Стога би циљ наведене одредбе, по мишљењу појединих аутора, требало видети у прерасподели пословних ризика које су уговорне стране преузеле приликом закључења уговора.²⁰⁹¹

Питање које се логично намеће јесте: *шта се сматра под „правичним делом штете“ који је уговорна страна која је успела да издејствује раскид уговора услед промењених околности дужна да накнади свом саговорачу? У питању је правни стандард, из чије формулације је јасно да није реч о штети која је настала у целини. Досуђена накнада треба да надомести део губитка који друга уговорна страна трпи због раскида уговора у вези са којим до ње нема никакве кривице. Остатак штете ће та, како се у литератури још назива, „невина“ уговорна страна, морати да сноси сама, што је у*

²⁰⁸⁸ На овом месту ћемо напоменути да је у нашој теорији истицано да како појам накнаде штете, тако и њена висина, имају велики значај када је реч о питању еквивалентности. Разлог је што се на основу сразмере између висине штете и висине накнаде и упоређивања овог односа са објективном еквивалентношћу између добара изводи закључак о еквивалентности сразмере између штете и накнаде. – Ж. Ђорђевић, Београд, 1958, 80

²⁰⁸⁹ С. Паневски, 1985, 36

²⁰⁹⁰ И. Јанковец, 1999, 142

²⁰⁹¹ *Ibidem*, 142-143

складу са суштином института промењених околности као непредвидивих и нескривљених, изванредних догађаја који имају утицаја на судбину уговора. Колики ће бити удели уговорних страна у сношењу настале штете одредиће суд, руководећи се начелом правичности, у сваком конкретном случају.²⁰⁹²

Као неку општу смерницу, навешћемо да је нужно да се накнаде трошкови које је друга страна имала у вези са уговором.

8.6.2. Моменат према ком се утврђује висина накнаде штете

Када је реч о моменту према ком се утврђује висина накнаде штете, примењује се правило члана 189. став 2. ЗОО по коме се висина накнаде штете одређује према ценама у време доношења судске одлуке.²⁰⁹³ Иако је јасно да у овом случају између почетног момента код обрачунавања висине накнаде штете, који се огледа у моменту проузроковања исте и завршног, који се састоји у њеној накнади након што је донета судска пресуда, постоји одређени временски интервал, сматра се да се једино наведеним решењем имовина оштећеног може вратити у стање у ком је била пре оштећења.

Било би погрешно изједначити висину штете са ценом одређене ствари. Утицај има стање ствари у тренутку проузроковања штете, а према вредности у моменту пресуђења.

8.7. ПОЈЕДИНА СПОРНА ПИТАЊА У ВЕЗИ СА ПРИМЕНОМ КЛАУЗУЛЕ *REBUS SIC STANTIBUS*

8.7.1. Инфлација као околност која може бити основ за измену или раскид уговора услед промењених околности

Услед динамике савременог живота, неретко долази до великих флукуација на тржишту и значајних монетарних поремећаја, попут непланиране инфлације и промене цена.²⁰⁹⁴ Јасно је да те околности могу довести једну или обе уговорне стране у врло тежак положај приликом испуњења уговорних обавеза. Поред тога, долази до поремећаја имовинске равнотеже у уговору и нарушава се начело еквивалентности узајамних престација.²⁰⁹⁵

Поставља се питање какав је став заузела судска пракса када је у питању утицај инфлације на судбину уговора. Да ли је у питању околност која може бити основ за примену клаузуле *rebus sic stantibus*?

Пример у том погледу представља пресуда Врховног суда Србије, посл. број Рев. 623/97 од 10.9.1997. године, у којој се наводи да „како је тужилац као продавац пословног

²⁰⁹² А. Бикић, 2011, 87

²⁰⁹³ Истим чланом је прописано да једини изузетак од наведеног правила постоји у случају да закон наређује нешто друго.

²⁰⁹⁴ П. Стојановић, И. Зиндовић, 2013, 100

²⁰⁹⁵ *Ibidem*.

простора сам одредио услове уговора, којим је поред осталог била уговорена и камата на неотплаћени део уговорене купопродајне цене с тим што се продавац ради обезбеђења од евентуалног инфлаторног дејства обезбедио везујући уговором купопродајну цену за промену курса динара, по правилној оцени нижестепених судова не може се сад позивати на чињеницу да у време закључења уговора није могао предвидети и утицај инфлације.“ У истој одлуци, Врховни суд је изнео своју оцену да је тужилац могао да се додатно заштити од евентуалног утицаја инфлације и промењених околности уговарањем индексне клаузуле.²⁰⁹⁶

На основу наведене пресуде могао би се извести закључак да се у домаћој судској пракси инфлација није сматрала околношћу која се није могла предвидети, те да су судови сматрали да чак и у случају да странка није предвидела раст инфлаторне стопе који је деведесетих година прошлог века несумњиво био рапидан, та се околност могла избећи и отклонити уношењем одговарајућих заштитних одредби и индексних клаузула у уговор. Уколико то уговорна страна није учинила, није поступила са одговарајућим степеном пажње и није са успехом могла да захтева да се на конкретан случај примени клаузула *rebus sic stantibus*.

Овакво схватање је у складу са, примера ради, ранијом пресудом Врховног суда Хрватске. Овај суд је у својој пресуди од 18. марта 1992. године нагласио да пад вредности новца у инфлаторним околностима није околност због које се основано може тражити раскид уговора.²⁰⁹⁷

Међутим, судска пракса у овом погледу није сасвим уједначена. Тако се у пресуди Врховног суда Србије, посл. број Рев. 833/01 од 15.3.2002. године наводи да тужилац може да повећа тужбени захтев уколико је ранија пресуда, на коју се он није жалио, укинута у досуђујућем делу по жалби туженог, само под условом да је повећање наступило услед промењених околности које се огледају у утицају инфлације. Под тим истим условом, даље се наводи у пресуди, може се тужиоцу у наставку поступка досудити накнада штете у већем износу од првобитно досуђеног.²⁰⁹⁸

Као што видимо, Врховни суд је у овој пресуди сматрао да се правила о промењеним околностима могу применити када је реч о инфлацији, што је супротно од става који је, како смо илустровали, заузео 5 година раније.

Можемо закључити да је промена става резултат промене околности на друштвеном и економском плану. Наиме, временом су судови одступили од посматрања инфлације као околности са којом се могло рачунати управо јер се показало да је супротан став изнедрио бројна неправична решења. Инфлација у оквиру редовних граница јесте предвидив фактор али изнад одређене границе прелази у околност која спада у изванредне и нешто са чим није нужно рачунати у време закључења уговора.

²⁰⁹⁶ Према: М. Драгичевић, 2012, 307

²⁰⁹⁷ Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев. 2899/1992-2 од 28.3.1992. године

²⁰⁹⁸ Према: Светлана Јоцовић, *Преглед судске праксе*, Ревизија за право осигурања, 2004, број 3-4, 50

8.7.2. Примена правила о промењеним околностима у случају споразумног продужења рока за испуњење дужникове обавезе

Раније смо навели да је нужно да су околности које су основ позивања на примену клаузуле *rebus sic stantibus* наступиле након закључења уговора, али пре него што је уговорна обавеза доспела. Иако ово правило изгледа сасвим једноставно за примену, у пракси су се појавиле извесне дилеме. Једна од њих је: *шта чинити у случају да су странке споразумно продужиле рок за испуњење дужникове обавезе, па у времену између уговореног рока и истека накнадног рока дође до промене околности?* Врховни привредни суд је сматрао да се у том случају може захтевати измена или раскид уговора позивањем на клаузулу *rebus sic stantibus*.²⁰⁹⁹

Сагласни само са наведеним ставом Врховног привредног суда јер је до продужења рока дошло сагласношћу воља обе уговорне стране. У том случају се продужава рок за испуњење обавезе и није реч о доцњи, већ о измени уговора.

8.8. ПОСЕБНА ЗАКОНСКА ПРАВИЛА О ПРИМЕНИ ИНСТИТУТА ПРОМЕЊЕНИХ ОКОЛНОСТИ

Правила о промењеним околностима представљају опште правило, које се примењује на све уговоре. Међутим, поред општег института промењених околности, постоје и појединачна правила којим се узима у обзир промена околности у току извршења уговора.

Тако се клаузула *rebus sic stantibus* појављује код института предуговора, те у правилима о измени досуђене накнаде материјалне штете у случају смрти, телесне повреде или оштећења здравља. Поред тога, законодавац предвиђа да се правила о промењеним околностима примењују и код следећих уговора: о зајму, о делу, о грађењу, о лиценци, о остави и уговора о организовању путовања. Овај институт се примењује и код прорачуна са изричитим јемством.²¹⁰⁰ Посебним законом је, како смо већ навели, предвиђено да се клаузула *rebus sic stantibus* примењује и на ауторске уговоре.²¹⁰¹

8.8.1. Посебна законска правила о утицају промењених околности на предуговор

Предуговор, или како се још назива прелиминарни уговор, јесте такав уговор којим преговорне стране преузимају обавезу да накнадно, до одређеног рока, међусобно склопе други, главни уговор, чији су битни елементи унапред утврђени.²¹⁰²

Овај уговор је у ЗОО регулисан одредбама члана 45. ЗОО. Истим чланом су регулисани услови пуноважности и примене предуговора, као и временски рок у коме

²⁰⁹⁹ Пресуда Врховног привредног суда, Си.788/59 од 20.7.1959. године

²¹⁰⁰ Члан 624. став 2. ЗОО.

²¹⁰¹ В. Винш, 2017, 191

²¹⁰² Б. Визнер, 1978, 206

уговорне стране могу да захтевају закључење главног уговора на основу склопљеног предуговора.

Предмет нашег интересовања је последњи, шести став наведеног члана ЗОО којим је прописано да предуговор неће обавезивати уговорне стране уколико су се околности од његовог склапања толико измениле, да не би био закључен да су такве околности постојале у време кад је склопљен. У наведеном случају, предуговор престаје, било тако што ће га раскинути саме уговорне стране, или ће то учинити суд на њихов захтев. Друга могућност је измена предуговора, која подразумева новацију раније постојеће обавезе новим условима обавезивања.²¹⁰³

Реч је о примени правила о промењеним околностима на предуговор. Иако се не тражи да „по општем мишљењу не би било правично одржати уговор на снази“, услов да „уговор не би био закључен да су те околности постојале у време његовог закључења“ може се схватити као тај да се услед дејства измењених околности које странке нису очекивале не може остварити сврха уговора, односно његов циљ и да он више не одговара интересима уговорних странака.

У литератури се нарочито истиче да треба правити разлику између случаја престанка предуговора због промењених околности и случаја када уговорна страна сама онемогући склапање главног уговора. Разлика је у томе што у потоњем случају друга страна има право на накнаду штете.²¹⁰⁴

8.8.2. Промењене околности као основ за измену досуђене накнаде материјалне штете у случају смрти, телесне повреде или оштећења здравља

Износ досуђене новчане ренте на име накнаде материјалне штете у случају смрти,²¹⁰⁵ телесне повреде или оштећења здравља,²¹⁰⁶ премда правноснажно досуђен, под одређеним условима подложен је измени.

Члан 196. ЗОО омогућава да суд, на захтев оштећеног, повећа износ новчане ренте за убудуће, ако је дошло до знатније промене околности које је суд имао у виду када је доносио ранију одлуку. Истим чланом је предвиђено да се досуђена новчана рента може, под истим условом а на захтев штетника, смањити или чак укинути.²¹⁰⁷ На основу

²¹⁰³ *Ibidem*, 210

²¹⁰⁴ *Ibidem*.

²¹⁰⁵ Члан 194. ЗОО у ставу 2. прописује да ће се лицу које је погинули издржавао или редовно помагао, као и лицу које је по закону имало право да захтева издржавање од погинулог досудити новчана рента на име накнаде штете коју трпи услед губитка. Обвезник плаћања наведене ренте је лице које је проузроковало смрт погинулог. Износ новчане ренте се одмерава с обзиром на све околности случаја и не може бити већи од оног што би оштећеник добијао од погинулог да је остао у животу.

²¹⁰⁶ ЗОО у члану 195. став 2. предвиђа да повређени, коме је нанета телесна повреда или нарушено здравље, има право на накнаду штете на име изгубљене зараде због потпуне или делимичне неспособности за рад, или трајно повећаних потреба, те накнаду штете због уништења или смањења могућности за даље развијање и напредовање. Та накнада штете се досуђује у облику новчане ренте, коју је оштећеном дужно да исплаћује лице које је изазвало конкретну телесну повреду, односно нарушење здравља у питању.

²¹⁰⁷ Занимљиво је да се француска теорија оштро противи увођењу могућности накнадне измене износа или пак накнадног укидања правноснажно утврђене ренте. Образложење које се при том даје јесте да је суд правноснажно утврдио опсег причињене штете и износ њене новчане накнаде. У француској литератури преовладава став, који је прихватила и судска пракса, по ком оштећени може тражити повећање ренте која му је досуђена због оштећења здравља, ако му се стање погорша, али штетник не може

формулације законске одредбе, јасно је да је реч о посебном случају примене клаузуле о промењеним околностима.²¹⁰⁸

У „знатну промену околности које је суд имао у виду приликом доношења раније одлуке“ обично се сврставају три групе релевантних околности чија измена може бити од утицаја на висину утврђеног износа новчане ренте.

У прву групу спадају околности које је суд имао у виду приликом одређивања висине новчане ренте због губитка издржавања, услед смрти даваоца издржавања. Најчешће је реч о ситуацији када је у међувремену, од доношења одлуке до захтева за изменом висине ренте, дошло до промене у висини прихода које би погинули остваривао, било тако што би се да је он у животу његови приходи повећали, било тако што би дошло до њиховог смањења.²¹⁰⁹

У другу групу спада повећање или смањење способности за рад, односно побољшање или погоршање здравственог стања лица коме је новчана рента досуђена због накнаде материјалне штете због нанете телесне повреде, односно нарушеног здравља.²¹¹⁰

У трећу групу околности се сврстава пораст или опадање цене животних трошкова или зараде оштећеника, као и промена у куповној моћи новца.²¹¹¹

Карактер новчане ренте је искључиво одштетни, а никако алиментациони. С обзиром на то, како смо и видели на основу анализираних одредби закона, приликом измене новчане ренте, релевантна је само промена околности која се односи на имовно стање оштећеног, или погинулог даваоца издржавања. Промене у имовини дужника, који је изазвао материјалну штету у питању, за примену ових правила нису од правног значаја.²¹¹²

Такође, измена новчане ренте има дејство *ex nunc*, односно само за будуће исплате. Суд може повећати или смањити раније утврђен износ ренте, у зависности од карактера промењених околности. Уколико то околности захтевају, рента се може и укинути.²¹¹³

Оправдање иза оваквих одредби је следеће - приликом утврђивања износа новчане накнаде суд утврђује висину како штете која је већ наступила, тако и оне која ће наступити у будућности. Међутим, јасно је да приликом одређивања висине будуће штете суд не може унапред знати да ли ће доћи до неочекиване промене околности која

тражити смањење износа ренте, нити њено укидање, уколико се стање здравља оштећеног побољша. Наиме, сматрају Французи, у првом случају дошло је до настанка нове штете, која није узета у обзир приликом доношења раније пресуде и не ради се о *res judicata*. У другом случају, пак, грешка коју је суд начинио приликом утврђивања обима штете се не може поправити, јер је судска одлука постала правноснажна, чиме је висина настале штете „пресуђена ствар“. – Према: Б. Визнер, 1978, 893

²¹⁰⁸ Пример који се наводи јесте ситуација када се захтева ревизија утврђеног износа новчане ренте јер би погинуло лице у време кад се иста захтева отишло у пензију, чији би износ био мањи од износа зараде спрам ког је суд својевремено одредио висину новчане ренте. - Б. Визнер, 1978, 594

²¹⁰⁹ *Ibidem*, 892

²¹¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹¹ Б. Визнер, 1978, 892

²¹¹² *Ibidem*.

²¹¹³ Пример би био случај када је оштећени потпуно здравствено рехабилитован, али иако је у могућности, не жели да прихвати посао којим се и раније бавио, већ захтева да му се и даље исплаћује накнада на име изгубљене зараде. Суд има право, на захтев дужника новчане ренте, да исту укине. – Б. Визнер, 1978, 893

ће на исту утицати. Суд досуђује накнаду штете, али не одређује истовремено неопозиво њен обим.²¹¹⁴

Новчана рента се исплаћује у једнаким, константним износима, утврђеним према ценама у време доношења судске одлуке. Уколико се околности тако промене, да досуђени износи више нису правични, сасвим је оправдано пружити суду могућност да једном донету одлуку коригује, чак и уколико је иста постала правноснажна. Наиме, како се у теорији истиче, правноснажност пресуде се односи на чињенично стање у периоду закључно са даном њеног доношења. Стога са становишта правноснажности прве пресуде нема никаквих сметњи да се у случају ублажења последица повреде, на захтев одговорног лица износ ренте снизи, односно у случају да се последице повреде погоршају, износ ренте повећа.²¹¹⁵

8.8.3. Посебна законска правила о примени института промењених околности на уговоре о грађењу

Законодавац је за једну посебну врсту уговора, уговор о грађењу, предвидео специјална правила када је реч о примени клаузуле *rebus sic stantibus*. У питању су одредбе чланова 636-639. ЗОО, које се односе на могућности да се услед промењених околности ревидира уговор о грађењу. Оне представљају својеврстан *lex specialis* у односу на општа правила којим је регулисан институт измене или раскида уговора због промењених околности.²¹¹⁶ Другим речима, код уговора о грађењу ће се превасходно применити одредбе о измени цене код овог уговора, али се тиме не искључује примена општих одредби о клаузули *rebus sic stantibus* ако су испуњени за то законом предвиђени услови.²¹¹⁷

Уговор о грађењу представља уговор *sui generis* који је регулисан тринаестом главом ЗОО. То је уговор о делу којим се извођач обавезује да према одређеном пројекту сагради у уговореном року одређену грађевину на одређеном земљишту или да на таквом земљишту, односно на већ постојећем објекту изврши какве друге грађевинске радове, а наручилац се обавезује да му за то исплати одређену цену.²¹¹⁸

У већини случајева извршење овог уговора траје дужи временски период, што га чини подобним за утицај промењених околности. То нарочито важи ако се узме у обзир промењивост економских прилика на тржишту, изненадне промене цена и доступних количина грађевинског материјала, промене услова увоза и повећања царина, пореза и доприноса. Не треба занемарити ни промене у природним околностима, које могу утицати на извођење радова.²¹¹⁹ У Посебним узанасама о грађењу²¹²⁰ је предвиђено да сваки уговарач има право да захтева измену уговорене цене у случају наступања ванредних догађаја који утичу на висину цене. Као ванредни догађаји су класификоване околности које се у време закључења уговора нису могле предвидети, а чије се наступање није могло избећи нити њихово дејство отклонити. Као такви догађаји се, у складу са

²¹¹⁴ Б. Визнер, 1978, 894

²¹¹⁵ *Ibidem*.

²¹¹⁶ Б. Матић, 1981, 346

²¹¹⁷ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 50

²¹¹⁸ Члан 630. став 1. ЗОО.

²¹¹⁹ М. Киждобрански, 1987, 16

²¹²⁰ Посебне узансе о грађењу, „Службени лист СФРЈ”, бр.18/77; у даљем тексту: Посебне узансе.

Посебним узансама о грађењу, сматрају нарочито мере утврђене актима надлежних органа, промена цене материјала и услуга трећих лица на тржишту, промена трошкова живота, те услови за извођење радова у земљи или води, који нису предвиђени техничком документацијом.²¹²¹

Ни Закон о облигационим односима није занемарио утицај промењених околности на ову врсту уговора. Стога је чланом 636. став 1. ЗОО утврђено право извођача радова који је своју обавезу испунио у предвиђеном року да захтева повећање цене радова ако су се у времену од закључења до испуњења уговора о грађењу повећале цене елемената на основу којих је одређена цена радова, тако да би требало да та цена буде већа за више од два процента. Наредним ставом истог законског члана је децидно прописано да у наведеном случају извођач радова може тражити само разлику у цени која прелази два процента.²¹²²

У складу са начелом равноправности странака, ставом 1. члана 639. ЗОО је прописано да у случају да су се у време између закључења уговора и испуњења обавезе извођача цене елемената на основу којих је одређена цена радова снизиле за више од два процента, а радови су извршени у уговореном року, наручилац има право да тражи одговарајуће снижење уговорене цене радова изнад тог процента. Ипак, у пракси је то знатно ређе случај, нарочито јер су много чешће појаве поскуплења грађевинског материјала и трошкова живота него обратна ситуација.²¹²³

Иако би се на први поглед могло учинити да је граница за примену клаузуле *rebus sic stantibus* постављена неоправдано ниско, разлог за то лежи у самој природи уговора о грађењу као уговора код којих су вредности узајамних престација обично врло високе. Самим тим, долази до изражаја оно о чему је раније било речи – чак и процентуално мала несразмера узајамних давања може нанети велику имовинску штету оштећеној уговорној страни уколико је реч о врло вредним престацијама. Управо се у тим случајевима показује оправданост примене правног стандарда „очигледне несразмере“ у уговорном праву.

Упркос томе што је утврђивање евентуалног постојања очигледне несразмере у конкретним случајевима начелно препуштено суду, намеће се закључак да се управо због значајних износа о којим је обично код уговора о грађењу реч наш законодавац определио да за ову врсту уговора процентуално одреди, и то императивном нормом, горњу границу дозвољеног одступања вредности узајамних престација. Чињеница да је несразмера између давања уговорних страна већа, представља основ да се захтева ревизија уговора, уколико су испуњени и остали законом предвиђени услови.

Посебна правила важе ако је код уговора о грађењу уговорена фиксна цена.²¹²⁴ Члан 367. предвиђа да и код оних уговора о грађењу код којих је уговорено да се цена неће мењати,²¹²⁵ извођач може да захтева измену цене радова под условом да су се цене елемената у толикој мери повећале да би стварна цена радова од уговорене требала бити

²¹²¹ Члан 233. Посебних узанси о грађењу.

²¹²² У овом контексту интересантан је и члан 234. Посебних узанси о грађењу.

²¹²³ М. Киждобрански, 1987, 20

²¹²⁴ У уговорима о грађењу цене се могу уговорити као непромењиве (фиксне) и као промењиве (клизајуће). – *Ibidem*, 18

²¹²⁵ Занимљиво је схватање Врховног привредног суда изражено у пресуди посл. број Сл. 867/59 по којем се не мора узети као извесно да су странке самом употребом израза „фиксна цена“ хтеле унапред искључити било какав утицај касније наступелих промењених околности на висину уговорене цене. – Према: Б. Визнер, 1978, 1973

већа за више од 10 процената. Додатни услов је да до повећања цене преко наведеног процента није дошло након његовог доласка у доцњу. Уколико су оба наведена услова испуњена, извођач радова може захтевати само разлику у цени која прелази 10 процената.²¹²⁶

Наиме, сматра се да је у уговорену фиксну цену извођач радова урачунао и ризик и да је у складу са тим дужан да сноси све ризике евентуалног повећања цене радова.²¹²⁷ Генерално говорећи, сигурност у правном промету захтева да се уговорена цена код уговора о грађењу не мења, а у складу са начелом по коме је уговор закон за уговорне стране. Међутим, како је реч о трајном уговору замисливо је да у току временског периода између његовог закључења и извршења дође до појаве извесних непредвиђених, изненадних околности које могу имати утицаја на елементе спрам којих се првобитно и одредила висина уговорене цене. Обе уговорне странке носе ризик од тих промена, али до одређеног, уобичајеног процента промене цене елемената.²¹²⁸

Савим је правично да наведена обавеза извођача радова има своје границе. Законодавац је стога сматрао да уколико би се цене елемената на основу којих је цена уговорена повећале за преко десет процената, тиме је пређена граница уобичајеног ризика који је извођач радова дужан да сноси. Како је у питању повећање које се по редовном току ствари није могло предвидети, у складу је са начелима правичности и једнакости узајамних давања да му се допусти да тражи ревизију закљученог уговора и повећање уговорене цене.²¹²⁹

Оно што је такође битно напоменути у контексту наведене одредбе јесте да треба водити рачуна о томе да ли је плаћање извршено унапред и да ли је дат аванс за набавку материјала. Наиме, уколико је одговор на било које од ова два питања потврдан, извођач радова је био у могућности да сав материјал набави пре повећања цене и на тај начин пренебегне дејство изванредних догађаја.²¹³⁰

У теорији се истиче да странке могу да уговором модификују наведену законску одредбу, те да уговоре други, било виши или нижи проценат разлике трошкова изградње који сноси извођач.²¹³¹ У судској пракси је заузет став да се тај проценат ипак мора кретати у оквирима нормалног ризика код ове врсте правних послова, што се правдало разлозима савесности и поштења. Такво схватање се образлаже тиме да би већи ризик довео у питање извођачеву способност да нормално послује.²¹³²

У том контексту илустративна је одлука Врховног привредног суда посл.број Сл.1244/63 донета шездесетих година прошлог века, а у којој је заузет став да се вољом странака може искључити право на разлике у цени због наступања изванредних догађаја само ако те разлике не прелазе оквири нормалног ризика у пословним односима. У супротном, клаузула којом се искључује право на разлике у цени противна је начелу савесности и поштења.²¹³³

²¹²⁶ Овакве одредбе су предвиђене и у члановима 27. и 28. Посебних узанси о грађењу.

²¹²⁷ М. Киждобрански, 1987, 20

²¹²⁸ Б. Визнер, 1978, 1967

²¹²⁹ Јелена Вилус, *Уговор о грађењу (према Закону о облигационим односима)*, Зборник радова, 1979, 146

²¹³⁰ М. Киждобрански, 1987, 20

²¹³¹ Б. Визнер, 1978, 1971

²¹³² *Ibidem*, 1974

²¹³³ *Ibidem*.

Ставом 2. члана 269. ЗОО је предвиђено да у случају да је уговорена непромењивост цене радова, а они су извршени у уговореном року, наручилац има право на снижење уговорене цене, у случају да су се цене елемената на основу којих је одређена цена смањиле за толико да би цена била нижа за више од десет процената, и то за разлику у цени преко 10 процената. Законодавчева логика је иста и у овом случају – није правично, нити у складу са начелом једнакости узајамних давања да наручилац радова толико претплати пружену услугу, уколико у време закључења уговора није могао да предвиди да ће цена елемената толико опасти.

Поставља се питање какав утицај има доцња на право извођача радова да тражи повећање уговорене цене, односно право наручиоца да тражи њено смањење, услед промене цене елемената на основу којих је одређена уговорна цена.

Када је реч о доцњи извођача радова, кључно питање је у ком моменту је дошло до повећања цене елемената на основу којих је одређена цена радова. Уколико је до наведеног повећања дошло након његовог доласка у доцњу, он нема право да захтева да се повиси цена радова.²¹³⁴ Законодавчево резонување је крајње једноставно – да извођач радова није дошао у доцњу, не би се нашао у ситуацији у којој је дошло до повећања цена елемената. При томе, као што видимо из саме формулације законске одредбе, законодавац није сматрао релевантним да ли је до доцње дошло кривицом извођача, или не.

У теорији се истиче да премда се законодавац опредељивањем за наведену формулацију евидентно одлучио за објективно закашњење извођача, тиме није искључена могућност да уговорне стране уговоре да ће извођач моћи да захтева повећање цене радова и у случају да је до пораста цене елемената на темељу којих се цена радова одређује дошло након што је он дошао у доцњу, под условом да докаже да његово закашњење није скривљено.²¹³⁵ Нама се чини да је наведено схватање више у складу са начелом правичности. Наиме, уколико је до закашњења дошло услед околности на које извођач радова није могао да утиче, а у међувремену је дошло до пораста цене елемената на основу којих се променила и цена радова, не би било правично да му се не дозволи да захтева разлику у цени, нарочито јер је поступао у складу са начелом савесности и поштења.

Посећемо такође да на наступање неких изванредних догађаја, попут доношења мера надлежних органа или повећања цене трошкова живота или материјала, доцња извођача радова има утицај. На наступање других, попут промене услова извођења радова на земљи и у води, нема.²¹³⁶ Стога би приликом одлучивања о захтеву извођача радова који је у доцњи требало имати у виду и врсту промењених околности које су наступиле.

Уколико је пак до повећања цене елемената на основу којих је одређена цена радова дошло у времену између закључења уговора и дана када је према уговору требало да се заврше радови, извођач радова који је својом кривицом запао у доцњу може да захтева повећање цене радова, али само уколико би према новим ценама елемената цена

²¹³⁴ Члан 366. став 4. ЗОО.

²¹³⁵ Б. Визнер, 1978, 1972

²¹³⁶ М. Киждобрански, 1987, 26

рада требала да буде већа од уговорене за више од пет процената.²¹³⁷ При томе извођач радова може да тражи само разлику у цени која прелази пет процената.²¹³⁸

Последњим ставом члана 639. дато је право наручиоцу радова да у случају доцње извођача радова да му се снизи цена радова сразмерно сваком снижењу цене елемената на основу којих је цена радова одређена.

Ревизија уговора услед промењених околности које су имале утицај на цену елемената на основу којих је одређена цена рада није једина могућност коју ЗОО предвиђа када је реч о уговору о грађењу. Тако је чланом 638. ЗОО предвиђено да уколико би услед повећања цене елемената рада изнад наведених процената уговорена цена морала бити знатно повећана, наручилац радова има право да раскине уговор. Он је у случају раскида уговора дужан да исплати извођачу одговарајући део уговорене цене за извршене радове, као и правичну накнаду за учињене неопходне трошкове.

Иако је начелно правило да се уговор одржава на снази кад год је то могуће, сматрамо да је оваква законска одредба у складу са начелом правичности. Наиме, наручилац радова је у време закључења уговора имао у виду једну цену и одређене економске ефекте које за њега тај уговор треба да има, укључујући и очекивану добит. Уколико су ти економски ефекти због утицаја промењених околности толико измењени да уговор за њега више није повољан, односно не одговарају оном што је имао у виду приликом његовог закључења, сасвим је оправдано пружити му могућност да исти раскине, уз обавезу да другој страни накнади неопходне трошкове и плати до тог тренутка извршене радове.

Јасно је да извођач радова нема правни интерес да захтева раскид уговора уколико дође до снижења цене елемената на основу којих се одређује и уговара цена рада, те стога таква могућност није ни предвиђена.

Наведене одредбе чланова 636.-639. ЗОО евидентно представљају посебан случај примене правила о промењеним околностима на посебну врсту уговора. У правној теорији су постојала опречна мишљења о оправданости доношења посебне норме којом се регулишу наведени случајеви и то у вези са једном тачно одређеном врстом уговора.

Тако Ј. Вилус критикује уношење ових одредаба у ЗОО, позивајући се не само на то да се случајеви које она регулише у пракси врло ретко дешавају. Она додаје да се циљ доношења овакве одредбе, који се огледа у остваривању равноправности странака, могао једнако ефикасно постићи једном општом формулацијом да „сваки уговарач има право да захтева поништај уговора због промењених околности“.²¹³⁹

Насупрот томе, Б. Матић налази да је одлука законодавца да предвиди засебна правила за случајеве када се клаузула *rebus sic stantibus* примењује на уговор о грађењу оправдана. Наиме, овај аутор истиче да по правилу код ове врсте уговора обавеза извођача радова траје дужи временски период, јер је реч о крупним инвестиционим објектима чија градња подразумева велики утрошак средстава, али и времена. Под дејством инфлације али и других узрока, у том временском интервалу се врло често дешава да се повећа цена елемената на основу којих је опредељена и уговорена цена радова, попут цене уграђеног материјала, цене радова трећих лица у вези са градњом објекта, те трошкови живота. Матић сматра да је очекивано и правично да извођач радова

²¹³⁷ Члан 366. став 2. ЗОО.

²¹³⁸ Ово је прописано чланом 366. став 3. ЗОО.

²¹³⁹ Ј. Вилус, 1979, 146

не би требао да сноси све те трошкове изазване повећањем цена, те да је било нужно да законодавац постави јасну границу изнад које му се ти трошкови морају накнадити, што је у ЗОО и учињено.²¹⁴⁰ Исто правило, само са замењеним улогама, важи уколико дође до непредвиђеног снижења цене елемената на основу које се утврђује цена рада код уговора о грађењу.

Можемо запазити да различит став наведених аутора о наведеној корекцији општег института промењених околности у великом делу зависи и од њихове оцене о учесталости оваквих случајева у пракси. Док Ј. Вилус сматра да до такве промене околности која би била основ за примену клаузуле *rebus sic stantibus* долази у малом броју случајева, Матић сматра да до ње долази „по правилу“, што би значило често.

Наш је став да је законодавац такође сматрао да су овакви случајеви довољно чести у пракси да завређују засебну регулацију. Уз позитиван став судова, то говори у прилог оправданости исте.

Иако свакако треба имати у виду да је уговор о грађењу по правилу уговор у коме је тржишна вредност престација врло висока у поређењу са већином осталих уговора, чињеница да се законодавац определио за примену клаузуле *rebus sic stantibus* онда кад несразмера вредности узајамних престација пређе наведене проценте може бити од значаја при стварању слике о томе која висина штете се може сматрати почетном границом за примену института промењених околности.

У овом контексту поједини аутори помињу и правила члана 634. ЗОО као одредбе којим је законодавац такође засебно регулисао утицај промењених околности код уговора о грађењу којим су регулисани хитни непредвиђени радови у вези са овим уговором. Овим чланом је предвиђено да извођач може извести непредвиђене радове и без претходне сагласности наручиоца ако је због хитности предметних радова није могао прибавити.²¹⁴¹

Као непредвиђени радови су дефинисани они радови чије је подузимање било нужно како би се осигурала сигурност објеката или спречио настанак штете, а који су изазвани неочекивано тежом природом земљишта, неочекиваном појавом воде или другим изванредним или неочекиваним догађајима.²¹⁴² У питању су хитни радови, а њихову хитност процењује извођач радова као стручно лице.²¹⁴³ Ова дефиниција, која акценат ставља на непредвидивост и изванредност догађаја који су наступили, темељ је схватања по коме је и овде реч о специјалном случају примене правила о промењеним околностима.

Истим чланом је предвиђено да је извођач радова дужан да о појавама које су наступиле и о мерама које је подузео без одгађања обавести наручиоца²¹⁴⁴, као и да он има право на правичну накнаду за непредвиђене радове који су морали бити обављени.²¹⁴⁵ У литератури се истиче да извођач има право на накнаду за нужне и хитне радове независно од тога да ли је за њихово обављање имао сагласност извођача.²¹⁴⁶

²¹⁴⁰ Б. Матић, 1981, 346

²¹⁴¹ Члан 634. став 1. ЗОО.

²¹⁴² Члан 634. став 2. ЗОО.

²¹⁴³ Б. Визнер, 1978, 1964

²¹⁴⁴ Уколико не поступи у складу са наведеном обавезом, извођач ће у складу са чланом 168. ЗОО одговарати за накнаду штете која је услед тога наступила за наручиоца. - *Ibidem*, 1808

²¹⁴⁵ Члан 634. став 3. и 4. ЗОО.

²¹⁴⁶ Б. Визнер, 1978, 1808

Од значаја у нашем контексту јесте и одредба по којој наручилац грађевинских радова има право да раскине уговор ако би услед хитних и непредвиђених радова морало доћи до знатног повећања уговорене цене, о чему је дужан да без одлагања обавести извођача. У случају да раскине уговор, наручилац је дужан да исплати извођачу одговарајући део цене за радове који су већ извршени, као и правичну накнаду за учињене нужне трошкове.²¹⁴⁷ У случају спора, на наручиоцу је терет доказивања да би извођење предметних радова за последицу имало знатно повећање цене.²¹⁴⁸

На основу свега наведеног, наш је закључак да је с обзиром на специфичну природу уговора о грађењу, учесталост њиховог закључивања, те на чињеницу да њихово извршење најчешће траје неколико година, законодавац сасвим оправдано предвидео посебна правила када је реч о утицају промењених околности на еквивалентност узајамних давања. Наиме, странке су приликом закључења таквих уговора сасвим извесно имале у виду оствривање извесних економских ефеката.²¹⁴⁹ Уколико због дејства промењених околности дође до поремећаја једнакости узајамних давања, односно економске равнотеже уговора, губици за једну страну могу бити, и најчешће јесу, несразмерно велики. Због тога је творац ЗОО-а сасвим оправдано предвидео посебна правила за заштиту како наручиоца, тако и извођача радова, водећи рачуна о интересима обе уговорне стране, али и посебностима ових уговора у односу на општи уговорни режим, што се јасно види из претходно наведених одредби.

8.8.4. Посебна законска правила о примени клаузуле *rebus sic stantibus* на уговор о зајму

Чланом 560. став 1. ЗОО је прописано да у ситуацији када се покаже да су материјалне прилике зајмопримца такве да је неизвесно да ли ће он бити у стању да врати зајам, зајмодавац има право да одбије да изврши своју обавезу предаје обећаних ствари, уколико је алтернативно испуњен један од следећа два услова: први јесте да зајмодавац у време закључења уговора није знао за лоше материјалне прилике зајмопримца, а други да је до погоршања зајмопримчевог материјалног стања дошло након што је уговор закључен.

Наведеним чланом је регулисано право зајмодавца да одбије извршење основне чинидбе из уговора о зајму након што је уговор већ закључен. Први случај у коме законодавац има наведено право је прилично јасан и није у непосредној вези са институтом промењених околности, те се њиме на овом месту нећемо детаљније бавити.

Међутим, ситуација када је зајмопримац у време закључења био у економској могућности да врати зајам, али су се у току трајања уговора његове економске прилике погоршале јасан је пример засебног регулисања и примене правила о измени односно раскиду уговора због дејства промењених околности на конкретну врсту уговора.

Одредба члана 50. ЗОО такође представља својеврсну конкретизацију правила о приговору неиспуњења уговора, који је карактеристичан за све двострано обавезне или теретне уговоре.²¹⁵⁰ Наиме, одредбама члана 123. став 1. ЗОО је одређено да ако је

²¹⁴⁷ Члан 634. став 5. и 6. ЗОО.

²¹⁴⁸ Б. Визнер, 1978, 1808

²¹⁴⁹ М. Киждобрански, 1987, 29

²¹⁵⁰ Б. Визнер, 1978, 1807

уговорено да прво једна страна испуни своју обавезу, па се после закључења уговора материјалне прилике те стране толико погоршају да није извесно да ли ће она бити у могућности да изврши своју престацију, односно ако та неизвесност произлази из других озбиљних разлога, страна која се обавезала да прва испуни своју обавезу може да одложи њено испуњење док њен саговорарач не испуни своју обавезу или пак не пружи довољно обезбеђење да ће то учинити.²¹⁵¹

У нашој теорији стога преовладава став по ком је, сходном применом става 3. члана 123. ЗОО, у случају лоших материјалних прилика зајмопримца зајмодавац дужан да захтева да му се одговарајуће осигурање пружи у примереном року. Тек протеклом тог рока без давања одговарајућег обезбеђења, зајмодавац стиче право да раскине уговор. Ово правило је у складу са начелом по ком се тежи да се уговор одржи на снази.²¹⁵²

8.8.5. Измена уговорене накнаде код уговора о лиценци ако постане очигледно несразмерна у односу на приход

Одредбама члана 703. ЗОО предвиђено је да заинтересована уговорна страна може да захтева измену накнаде која је уговорена у уговору о лиценци, ако је та накнада постала очигледно несразмерна у односу на приход који стицалац лиценце има од предмета лиценце. Ова правила су израз законодавчевог схватања да уговорне односе треба уредити у складу са начелом еквиваленције узајамних давања.²¹⁵³

Право на измену накнаде има давалац лиценце, што указује на неједнак третман уговорних страна. Реч је о алеаторном уговору, па се примена промењених околности може оправдати само уколико је несразмера између накнаде коју има стицалац лиценце и прихода који остварује постане толико велика да далеко надмашује уобичајене ефекте алеаторности у уговорима ове врсте. О томе ће суд одлучивати у сваком конкретном случају.

8.8.6. Посебна законска правила о примени института промењених околности на уговоре о остави

Српски законодавац је предвидео посебна правила и када је реч о утицају промењених околности на уговор о остави. Други став 714. члана ЗОО, допушта оставопримцу да промени уговорено место или услове чувања ствари, али искључиво под условом да то захтевају промењене околности. У супротном, он ће одговорати и за случајну пропаст или случајно оштећење ствари.²¹⁵⁴ Поставља се питање где је ту очигледна несразмера. Уколико се околности промене на тај начин да је оставопримцу

²¹⁵¹ Следећим ставом истог члана овог закона је прописано да наведено правило важи и онда када су материјалне прилике друге стране биле у истој мери тешке још пре закључења уговора, под условом да њен саговорарач то није знао нити је морао знати (члан 123. став 2. ЗОО). Ово правило кореспондира првом случају из члана 560. ЗОО, који смо навели.

²¹⁵² Б. Визнер, 1978, 1808

²¹⁵³ *Ibidem*, 2246

²¹⁵⁴ Ова одговорност се у теорији објашњава тиме да је оставопримац променом уговореног места или начина чувања сам створио једну нову ситуацију која није била нужна јер га на њено креирање нису приморале промењене околности. – *Ibidem*.

уколико не промени уговорено место односно услове чувања ствари претерано отежано да испуни своју обавезу да чува ствар као своју сопствену, постоји очигледна несразмера између његове обавезе и користи коју на основу уговора о остави прима (ако је добротини уговор економска корист не постоји, а ако је реч о остави уз накнаду корист се огледа у наведеној накнади). Промена уговореног места или услова чувања ствари у овом случају представља правичну измену уговора.

8.8.7. Посебна законска правила о примени клаузуле *rebus sic stantibus* на уговоре о организовању путовања

Када је реч о уговору о организовању путовања, више је законских одредби којим се узима у обзир дејство промењених околности на судбину овог правног акта. Тако је чланом 876. став 1. предвиђено да организатор путовања има право да захтева да се повећа цена која је уговорена само ако је после закључења дошло до промене у курсу размене валуте или у промени у тарифама превозника, које утичу на цену путовања. Следећим ставом тог члана је прецизирано да се право из става 1. може користити само уколико је то право предвиђено у потврди о путовању.²¹⁵⁵ Последња два става наведеног члана ЗОО у случају да повећање уговорне цене пређе 10 процената дају право путнику да раскине уговор без обавезе да накнади штету, као и право да у таквом случају раскида захтева враћање оне суме новца коју је на име уговора платио организатору путовања.

Одредбе прва два става овог члана могле би се посматрати као одредбе о модификацији уговора услед дејства промењених околности, а норме из последња два става као законско омогућавање раскида уговора из истог разлога. Овде нам се чини да постоји извесна логичка недоследност. Наиме, јасно је да су промена курса размене валуте, као и промена у тарифама превозника околности на које организатор путовања није могао утицати. Међутим, поставља се питање да ли их је с обзиром на опис свог посла он могао и морао предвидети.

Наш је став да ове промене док не досегну извесну, прекомерну висину која је знатно већа од просечних осцилација у последњој деценији (предлажемо деценију јер подразумева дужи низ година али ипак не толико дуг да би било тешко доћи до статистичких података, односно реч је о временском периоду у току кога најчешће не долази до великих економских и привредних промена које по правилу долазе постепеније) спадају у редован пословни ризик са којим је организатор путовања био дужан да рачуна. Тек ако наведене промене пређу извесну очекивану вредност и то за висину која је неуобичајена и дешава се врло ретко, оправдано би било дозволити промену института промењених околности. У супротном, ризик би се неосновано пребацио на путника и обесмислила би се суштина института промењених околности која се и огледа у изузетности и изванредности његове примене.

Законодавац је регулисао и право путника да одустане од уговора о организовању путовања, *inter alia*, због промењених околности. Тако је у члану 877. став 4. ЗОО у случају да је путник одустао од уговора због околности које није могао избећи или отклонити и које би, да су постојале у време закључења уговора представљале оправдан разлог да се не закључи уговор организатору путовања признато искључиво право на

²¹⁵⁵ Још једна законом дозвољена могућност је да се то учини у програму путовања, што произлази из одредбе члана 830. став 3. ЗОО. – Б. Визнер, 1978, 2534

накнаду учињених трошкова. У литератури се као пример оваквих околности наводи болест путника или пак чланова његове породице.²¹⁵⁶ Путник је у случају одустанка од путовања након што је оно већ почело дужан да организатору путовања исплати пуну цену истог. Један од предвиђених изузетака је случај када је путник одустао због промењених околности.²¹⁵⁷

Законодавац је у одредбама члана 878. предвидео промењене околности као један од случајева када организатор путовања има право да одустане од ове врсте уговора. Наиме, став 1. овог члана гласи: „Организатор путовања може одустати од уговора, потпуно или делимично, без обавезе на накнаду штете, ако пре или за време извршавања уговора наступе изванредне околности које се нису могле предвидети, ни избећи или отклонити, а које би, да су постојале у време закључења уговора, представљале оправдан разлог за организатора путовања да уговор не закључи.“

Организатор је приликом склапања уговора имао у виду околности које су у том тренутку постојале и закључио је уговор равнајући се према њима. Јасно је да наступање изванредних, неочекиваних и неотклоњивих околности, које ниједна уговорна страна није скривила, суштински мења стање ствари. Испуњење уговора тако како гласи више не одговара његовој вољи,²¹⁵⁸ штавише, да су такве околности постојале у време кад је уговор био закључен, до његовог склапања не би ни дошло. У питању је класичан случај примене института промењених околности.

Ставом 3. члана 878. ЗОО је прописано да у случају да је организатор путовања одустао пре извршења уговора, он мора у целини вратити све што је примио од путника. Наредним ставом истог законског члана је одређено да уколико је организатор одустао од уговора за време његовог извршења он има право на правичну накнаду за све извршене услуге, као и дужност да предузме све нужне мере за заштиту интереса путника.

На основу наведених законских одредби, јасно је да право да одустану од уговора због наступања промењених околности имају обе уговорне стране. Изричитим предвиђањем ове могућности омогућено је да се одустане од уговора уколико он више не одговара стварној вољи уговорних страна, односно не испуњава своју сврху. Правило по коме организатор путовања има право на правичну накнаду својих трошкова уколико путник одустане од путовања због промењених околности у складу је са начином на који је институт измене или раскида уговора због промењених околности регулисан одредбама члана 133. став 5. ЗОО-а. Насупрот томе, правило по коме организатор путовања може одустати од уговора, потпуно или делимично, због промењених околности, без обавезе на накнаду штете није у складу са општим правилом из наведеног става 5. члана 133. ЗОО-а који децидно предвиђа да ће, ако изрекне раскид уговора, суд на захтев друге стране обавезати страну која га је захтевала да накнади другој страни правичан део штете коју трпи због тога.

Садржај програма путовања који је саставио организатор постаје садржај уговора о путовању од момента када је предат путнику као понуда за склапање уговора.²¹⁵⁹ Када је реч о изменама програма путовања, законодавац је врло децидан. У првом ставу у члану 879. ЗОО прописано је да се измене програма путовања могу вршити само ако су

²¹⁵⁶ Б. Визнер, 1978, 2536

²¹⁵⁷ Члан 877. став 5. ЗОО.

²¹⁵⁸ *Ibidem*, 2537

²¹⁵⁹ Б. Визнер, 1978, 2538

проузроковане ванредним околностима које организатор путовања није могао предвидети, избећи нити отклонити. Јасно је да је овде реч о посебном случају примене клаузуле *rebus sic stantibus*.

Ставом 2. истог члана је одређено да ће у случају измене програма путовања трошкове те измене сносити организатор, док смањење трошкова иде у корист путника. Наиме, измене због промењених околности настају без кривице уговорних странака, али ризик њиховог наступања сноси организатор путовања.

Ове одредбе су у складу са начелом правичности а и са правилима о сношењу уговорног ризика. Било је нужно да се конкретизује утицај ванредних околности када је реч о овом уговору с обзиром на његову специфичну природу али и сврху. Осим већ поменутих одредби о праву на одустанак од уговора без обавезе накнаде правичног дела штете, које су супротне генералним одредбама којим се измена или раскид уговора због промењених околности регулише у ЗОО, наш законодавац је ову област регулисао на коректан начин који одговара специфичностима уговора у питању.

8.9. КЛАУЗУЛА *REBUS SIC STANTIBUS* У МЕЂУНАРОДНИМ КОНВЕНЦИЈАМА

8.9.1. Конвенција Уједињених Нација о међународној продаји робе из 1980. године²¹⁶⁰ и клаузула *rebus sic stantibus*

Конвенција о Међународној продаји робе је усвојена 1980. године у Бечу, због чега се често назива и Бечка конвенција. Она успоставља правила којим се ствара материјално права, а не упућује на национална законодавства. При томе представља комбинацију решења предвиђених аглосаксонским и континенталним правом.²¹⁶¹ На глобалном нивоу, данас се око три четвртине светске трговине одвија у државама које су ратификовале овај правни документ.²¹⁶²

Међутим, Бечка конвенција не само што не садржи²¹⁶³ правила о промењеним околностима²¹⁶⁴ већ чак избегава употребу термина “виша сила” и “отежано испуњење”. Ту се огледа амерички и енглески утицај приликом преговора о тексту ове конвенције, јер у овим правним системима се инсистирало на испуњењу уговорних обавеза без обзира на у међувремену настале околности, уколико је исто и даље могуће.²¹⁶⁵

У овом правном акту могу се наћи само правила о случају када испуњење уговорне обавезе постане немогуће због околности које уговорне стране у време

²¹⁶⁰ United Nations Commission on International Trade Law, *United Nations Convention on Contracts for the international Sale of Goods*, New York, 2010

²¹⁶¹ Према: И. Зиндовић, 2012, 120

²¹⁶² Б. Антић, 2014, 15

²¹⁶³ Dionysios P. Flambouras, *The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus SIC Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law - A Comparative Analysis*, Pace International Law Review 13, 2001, no.2, 278

²¹⁶⁴ Правила о промењеним околностима не садржи ни Хашка Конвенција о међународној продаји робе из 1964. године. - unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964, приступила 15.2.2016. године.

²¹⁶⁵ Hans Stoll, *Exemptions* in “Commentary on the UN Convention on the Sale of goods” (Peter Schlechtriem and Geoffrey Thomas ed.), New York, 1998, 603

настанка уговора нису биле дужне ни да узму у обзир ни да предвиде, ни да спрече ни да отклоне.²¹⁶⁶ У том случају, у Конвенцији је предвиђена санкција у виду губитка права на накнаду штете.²¹⁶⁷

Приликом договора о тексту Конвенције, разлог опредељивања за овакво решење била је намера да се створи независан израз за основ по коме се може захтевати ослобађање од одговорности за штету. Ствараоци нацрта су сматрали да би преузимање израза из националних права неумитно донело и утицај значења и тумачења тог израза у националном праву из кога је преузет.²¹⁶⁸ Намера је такође била да услови за ослобађање од одговорности за штету услед дејства промењених околности буду ригидније и строже постављени него у ранијим, неуспешним конвенцијама²¹⁶⁹ које регулишу ову материју.²¹⁷⁰

Премда јесте реч о ослобађању дужника од одговорности за штету због неиспуњења обавезе до којег је дошло услед околности које није био дужан предвидети, отклонити или избећи, постоји неколико значајних разика у односу на клаузулу *rebus sic stantibus*. Кључно је да у време закључења уговора те околности нису биле отклоњиве или предвидиве, што не имплицира и да су оне нужно накнадно настале. Поред тога, околности у питању морају резултирати апсолутном немогућношћу испуњења уговора, а не само отежаним испуњењем. Напоследку, последица је губитак права на накнаду штете, а не ревизија или раскид уговора.²¹⁷¹

Правни стручњаци су подељени када је реч о примени правила о промењеним околностима на основу ове Конвенције. Известан број правних стручњака сматра да с обзиром на то да у Конвенцији нису предвиђена правила о промењеним околностима, (а како смо већ навели насупрот томе Конвенција садржи одредбе за случај немогућности испуњења уговора) то имплицира да је примена клаузуле *rebus sic stantibus* практично искључена. Други аутори пак не одступају од става по ком у потоњим случајевима треба применити правило из члана 7.2. Конвенције, које се примењује на питања која нису изричито уређена Конвенцијом али се односе на ствари које су њоме регулисане. Овај члан прописује да таква питања треба да се уреде у складу са генералним принципима на којим се заснива Конвенција, односно, у одсуству наведених принципа, у складу са принципима на којим се заснива међународно приватно право. Како у њиховој преамбули изричито стоји да се могу примењивати за тумачење или допуну међународних правних инструмената, UNDRUIT Начела међународног права се сматрају адекватним решењем за попуњавање правних празнина у Конвенцији УН о међународној

²¹⁶⁶ Погледати чланове 74. и 79. Конвенције.

²¹⁶⁷ Приликом анализе одредби Конвенције УН о међународној продаји робе, М. Драгичевић нарочито истиче чињеницу да не само да се евентуална промена околности узима у обзир само уколико је довела до немогућности испуњења уговора, већ се и сама санкција не подудара са оним што је уобичајено за институт промењених околности. - М. Драгичевић, 2012, 306

²¹⁶⁸ Jan Ramberg, Johnny Herre, *Internationella köplagen (CISG)*, Gothenburg, 2004, 565-566

²¹⁶⁹ Реч је о Конвенцији о униформном праву о међународној продаји робе (The Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods ("ULIS"), доступна на: unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964, приступила 15.2.2016. године) и Конвенцији о униформном праву о закључивању уговора о међународној продаји робе (The Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods ("ULF"), доступна на: cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulf.html, приступила 12.4.2020. године)

²¹⁷⁰ Niklas Lindstrom, *Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods*, Nordic Journal of Commercial Law, 2006, no. 1, 2006, 5

²¹⁷¹ S. Petrić, 2006, 101

продаји робе. На њихову примену такође упућују разлози правичности.²¹⁷² У теорији се наилази и на трећи став, по коме се правила која важе за случајеве где је испуњење уговора постало немогуће могу сходно применити и на случајеве када је услед промењених околности оно постало отежано, односно уговор више не служи сврси која је постојала у тренутку његовог закључења.²¹⁷³

Судска пракса држава потписница Конвенције такође није јединствена по овом питању, али је показала извесну рестриктивност приликом примене правила о промењеним околностима као разлогу за раскид или измену уговора.²¹⁷⁴ Могло би се закључити да је у овом погледу превладао утицај англосаксонског права и правило по ком је уговор закон за уговорне стране.²¹⁷⁵

8.9.2. UNDRIT Начела међународних трговачких уговора и правила о промењеним околностима

UNDRIT Начела представљају темељ система који је замишљен као универзални систем правила и општих принципа уговорног права. У литератури се управо ова међународна конвенција истиче као пример инструмента хармонизације на који је снажан утицај извршило немачко право и његов позитивни приступ према кодификацији правила о промењеним околностима.²¹⁷⁶

Институт измене или раскида уговора због промењених околности је регулисан UNDRIT Начелима, али искључиво као изузетак од доминантног начела *pacta sunt servanda*.²¹⁷⁷ Сматра се да је разлог прихватања овог института двојак – са једне стране, велики значај дугорочних уговора у савременом пословању праћен повећаним ризиком од наступања изванредних догађаја, а са друге разноликост решења у националним правима.²¹⁷⁸

Тако је чланом 6.2.2. Начела предвиђено да се клаузула *rebus sic stantibus* може применити само ако је дошло до значајног нарушавања равнотеже уговора услед околности које су наступиле након његовог закључења или за које су странке сазнале након његовог закључења,²¹⁷⁹ а које су ван контроле оштећене стране.²¹⁸⁰ Поред тога, за примену овог института нужно је да је реч о околностима које се нису могле предвидети.²¹⁸¹ Ова правила се, међутим, неће применити уколико је уговором оштећени уговарач преузео ризик од наступања оваквих догађаја.²¹⁸²

Иако су око тога постојала опречна мишљења, превладао је став изражен и у Коментарима UNDRIT Начела по коме се у зависности од околности сваког конкретног

²¹⁷² D.P. Flambouras, 2001, 279

²¹⁷³ Б. Антић, 2014, 17

²¹⁷⁴ *Ibidem*, 18

²¹⁷⁵ Према: И. Зиндовић, 2012, 120

²¹⁷⁶ В. Живковић, 2012, 257

²¹⁷⁷ Члан 6.2.1. Начела потврђује значај аутономије воље уговорних страна и наводи да се уговор не може раскинути само зато што је испуњење обавезе једне стране постало отежано у току трајања истог. – Е. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 208

²¹⁷⁸ S. Petrić, 2006, 102

²¹⁷⁹ Према: P. Pichonnanaz, 2011, 140

²¹⁸⁰ Према: S. Petrić, 2006, 103

²¹⁸¹ Према: И. Зиндовић, 2012, 121

²¹⁸² Према: Е. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 209

случаја утврђује да ли је дошло до битне промене равнотеже уговора.²¹⁸³ Два основна узрока нарушавања равнотеже уговора су, алтернативно одређено, значајан пораст трошкова испуњења престације за једну уговорну страну или значајно смањење вредности престација.²¹⁸⁴ Значајно повећање у трошковима извршења уговорне обавезе је најчешће последица драматичног пораста цене неопходних сировина или уопште материјала, или поскупљење саме процедуре услед увођења нових безбедносних мера. Са друге стране, смањење вредности престације, често до те мере да она нема никакву вредност за другу уговорну страну која њено испуњење прима, најчешће је изазвано променама на економском тржишту или пак осујећењем сврхе уговора из неког објективног разлога.²¹⁸⁵

Пример за значајно, односно фундаментално нарушавање економске равнотеже уговора који се наводи у Званичном коментару UNIDROIT Начела јесте следећа ситуација: у септембру 1998. године А, продавац електронске опреме са седиштем у бившој Немачкој Демократској Републици купи извесну робу од Б, са седиштем у земљи Х, која је такође бивша социјалистичка држава. Б треба да испоручи робу у децембру 1990. године. У новембру 1990. године, А обавештава Б да му више нису потребна добра која су предмет уговора, тврдећи да након унификације Немачке Демократске Републике и Савезне Републике Немачке, те изласка бивше Немачке Демократске Републике на међународно тржиште, више не постоји никакво тржиште за робу која је увезена из државе Х. Осим уколико околности не указују на нешто друго, А има право да се позива на промењене околности.²¹⁸⁶

Према Начелима, услови за примену правила о промењеним околностима су да је реч о околностима које су наступиле или постале познате уговорним странама након што је уговор закључен, да се није могло разумно очекивати од оштећеног уговарача да их узме у обзир,²¹⁸⁷ да наступеле околности оштећени уговарач није могао да предупреди или контролише, као и да он није преузео ризик њиховог наступања. При томе се клаузула *rebus sic stantibus* може применити само на обавезу која још није испуњена и не може се захтевати њена ретроактивна примена.²¹⁸⁸

Другим речима, сама чињеница да је дошло до значајног нарушавања економске равнотеже уговора је нужан, али не и довољан услов примене института измене или раскида уговора због промењених околности. Мора се доказати и испуњеност осталих наведених услова.²¹⁸⁹

²¹⁸³ Према: Б. Антић, 2014, 20

²¹⁸⁴ Ј. Перовић, 2012, 187

²¹⁸⁵ UNIDROIT International Institute for the Unification of private law, *UNIDROIT principles of international commercial contracts*, 2010, 213

²¹⁸⁶ International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rome, 2016, 217

²¹⁸⁷ Интересантан је пример који се наводи у коментару наведене одредбе. Наиме, према схватањима твораца Начела, ако би уговарачи закључили уговор којим се уговарач А обавезао да уговарачу Б у току 5 година испоручује нафту из одређене земље по фиксној цени независно од политичке ситуације, а након две године од закључења уговора дође до сукоба у том региону који резултира порастом цене нафте, испоручилац се не може позивати на правила о промењеним околностима. Овакав случај би се могао посматрати као неки вид уговарања клаузуле о одрицању од примене института промењених околности, која је очигледно UNIDROIT Начелима допуштена. - UNIDROIT International Institute for the Unification of private law, 2010, 215

²¹⁸⁸ UNIDROIT International Institute for the Unification of private law, 2010, 216

²¹⁸⁹ Joseph M. Perillo, *Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Tulane Journal of International and Comparative Law, 1997, no. 5, 22

Пример када се не може тврдити да је реч о околностима које се нису могле предвидети налазимо поново у Званичном коментару UNIDROIT Начела. Таква ситуација би постојала ако уговорна страна А преузме уговорну обавезу да снабдева уговорну страну Б сировом нафтом из државе Х по фиксној цени у наредних пет година, без обзира на изразите политичке тензије у том региону. Све године након што је уговор закључен, избија рат између супротстављених фракција у суседним државама, што резултира светском енергетском кризом услед које цене нафте драстично расту. Уговорна страна А не може да се позива на промењене околности јер такав раст цене нафте није био околност која се није могла предвидети.²¹⁹⁰

У литератури наилазимо на став по коме је услов да се промена околности није разумно могла предвидети прилично тешко примењив у пракси због онога што бисмо колоквијално назвали ”накнадна памет”. Наиме, показало се да судије теже да прецене предвидивост догађаја који су наступили и прилично рестриктивно признају испуњеност овог услова.²¹⁹¹

Тако се у пресуди Међународног арбитражног суда у Риму из 1998. године наводи да је професионални оператер у аеронаутичком сектору могао да предвиди размере обавезе туженог да је поступао са захтеваном пажњом доброг стручњака. Штавише, према доказима које је оштећени поднео, многе околности које је он накнадно сазнао могле су се објективно сазнати раније. Како оштећени у фази преговора није поступао са дужном пажњом, сматра се да се не може применити члан 3.10 Начела. Наглашава се да се овим чланом признаје правна релевантност оним околностима и чињеницама које су објективно познате, а не онеме што је оштећени субјективно веровао да су околности.²¹⁹²

У Званичном коментару UNIDROIT Начела се не наводи пример за ситуације када догађај не може да се контролише, али у литератури наилазимо на пример када ће се сматрати да тај услов није испуњен: уколико посредник преузме обавезу да испоручи извесну робу али не закључи одмах уговор са произвођачем исте, рачунајући на промене на тржишту услед којих ће доћи до додатног пада производне цене. Међутим, услед промена на тржишту долази до супротног тренда и цена робе драматично расте. Посредник се не може с успехом позивати на промењене околности, јер могао да избегне овај сценарио да је на време контактирао продавца робе и закључио уговор са њим.²¹⁹³

Услов да мора бити реч о уговорним обавезама које још нису испуњене и недозвољеност ретроактивне примене института измене или раскида уговора због промењених околности су јасни – након што је обавеза извршена, уговорна страна која ју је извршила не може да се позива на знатно повећање трошкова извршења или на значајно умањење вредности престације друге стране који су последица околности које су наступиле након што су уговорне обавезе испуњене. Уколико дође до значајног нарушавања економске равнотеже у време кад је уговорна обавеза само делимично испуњена, утицај промењених околности је правнорелевантан само за онај део уговорне обавезе који тек треба да се испуни.

Пример би била ситуација када уговорна страна А закључи уговор са Б, компанијом за отклањање отпада из државе Х, како би обезбедила складиштење свог отпада. Уговор је закључен за период од четири године и предвиђа фиксну цену по тони

²¹⁹⁰ International Institute for the Unification of Private Law, 2016, 220

²¹⁹¹ Према: Р. Pichonnanaz, 2011, 140

²¹⁹² unilex.info/principles/case/660, приступила 10.6.2019. године

²¹⁹³ Према: Ј. М. Perillo, 1997, 24

отпада која се складишти. Две године након закључења уговора, покрет за заштуту животне средине из државе Х добија моментум и влада државе Х одређује десет пута вишу цену за складиштење отпада него раније. Уговарач Б може да успешно захтева измену или раскид уговора услед промењених околности, али за преостали период трајања уговора од две године.²¹⁹⁴

Уколико се установи да су испуњени услови за примену правила о промењеним околностима, даљи поступак се састоји од две фазе: прва је фаза преговора која је факултативна. Наиме, у складу са одредбама члана 6.2.3. Начела она уговорна страна која је оштећена услед промењених околности има овлашћење да тражи поновне преговоре. Она је дужна да то учини без одлагања, односно у што је краћем могуће року, као и да у захтеву за поновним преговорима образложи на основу којих околности она то предлаже.²¹⁹⁵ Занимљиво је да се у Начелима изричито прописује да подношење оваквог захтева није оправдан основ да странка одгађа испуњење дуговане престације.²¹⁹⁶ Другим речима, она не значи да уговорна страна која трпи штету самим тим што је поднела овај захтев стиче право да одустане од извршења својих обавеза по уговору.²¹⁹⁷ У Коментару овог правила се истиче да је овакво решење донето имајући у виду изузетну природу института промењених околности, а како би се спречила могућност евентуалних злоупотреба. Поред тога, Начелима је прописана обавеза да се преговори између уговорних страна спроводе у доброј вери²¹⁹⁸ и са намером да се постигне споразум а не да се њима прибегава из тактичких разлога.²¹⁹⁹

Уколико преговора не буде, или они не дају резултате у разумном року, оштећени може да се обрати суду.²²⁰⁰ У том случају, уследиће друга фаза у виду судског поступка.²²⁰¹ Суд је овлашћен да уговор измени на такав начин којим се поново успоставља нарушена равнотежа између уговорних странака, а може и да га раскине.²²⁰² Ако се определи за модификацију уговора, суд ће „тежити томе да једнако распореди губитке између странака.“²²⁰³

Ова улога суда је изузетно упечатљиво описана од стране чувеног америчког аутора Корбина: „Како би се спречило неиспуњење очекивања које је једна уговорна страна имала од трансакције, а која су другој страни могла бити позната, задатак суда је да изнађу и изврше уговорна обећања која нису вербализована у уговору. То се чини где год је могуће тумачењем уговора, а где то није случај изменом и надградњом постојећих одредби. Када дође до наступања непредвиђених околности, а последице тога нису регулисане уговором, судови захтевају да уговорне стране поступају савесно и поштено. Стога правично распоређују непредвиђене ризике, спречавајући да једна уговорна страна стекне несразмерно велику корист на рачун друге. Судови тиме не сачињавају уговор уместо уговорних страна; они утврђују како би закључени уговор требало извршити

²¹⁹⁴ International Institute for the Unification of Private Law, 2016, 222

²¹⁹⁵ UNIDROIT International Institute for the Unification of private law, 2010, 219

²¹⁹⁶ Према: S. Petrić, 2006, 104

²¹⁹⁷ И. Зиндовић, 2012, 122

²¹⁹⁸ UNIDROIT International Institute for the Unification of private law, 2010, 220

²¹⁹⁹ Према: E. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 209

²²⁰⁰ Члан 6.2.3. UNIDROIT Начела.

²²⁰¹ Према: И. Спасић, 2009, 35

²²⁰² Члан 6.2.3. UNIDROIT Начела.

²²⁰³ UNIDROIT International Institute for the Unification of private law, 2010, 226

имајући у виду догађаје који су уследили, а у складу са пословним обичајима и принципима савесности и поштења, као и правичности.²²⁰⁴

Суд има потпуну дискрецију при одлучивању да ли ће уговор раскинути или модификовати.²²⁰⁵ Ипак, анализом целокупног Начела долази се до закључка да приликом њихове примене треба тежити да се очува уговор, односно да остане на снази. Сличне ставове налазимо и у литератури, па и међу онима који су учествовали у изради првог нацрта Начела.²²⁰⁶ Теорија, коју ми подржавамо, поздравља овакву процедуру, сматрајући да је похвално што се суд не меша у односе странака одмах, већ им се оставља могућност да саме уреде своје уговорне односе у складу са новонасталим околностима. Уосталом, уговарачи најбоље знају која им је првобитна намера била. Уколико не преговарају у доброј вери и не постигну договор, суд има могућност да донесе одлуку уместо њих, што представља извесну врсту притиска. У пракси се показало да уговорне стране обично сматрају да могу наћи боље решење у оваквим ситуацијама него суд.²²⁰⁷

Интересантно је да UNDRIT Начела уводе концепт *hardship* који не припада националним законодавствима и да се тај концепт користи и у енглеској и у француској верзији начела, премда у енглеском праву нема правни пандан.²²⁰⁸ Образложење примене ове клаузуле није ни идеја о имплицираном услову закључивања уговора, нити концепт отпадања разлога закључења уговора. Полази се од тога да је супротно начелу добре вере и начелу једнакости узајамних давања да се инсистира на извршењу уговора код ког је знатно нарушена равнотежа престација уговорних страна. Суштина је у томе да се не наруши субјективна једнакост размене на начин на који то уговарачи нису предвидели у моменту закључивања уговора. Тест предвидивости промене околности у питању постоји како би се поставиле границе захтеву да се уговор ревидира. Ако су странке могле предвидети промену околности до које је дошло, па то намерно или услед немара нису учиниле, не би било у складу са начелом добре вере да се инсистира на поновном успостављању равнотеже узајамних давања.²²⁰⁹

Стога се закључује да је систем успостављен Начелима један од најфлексибилнијих и да је врло подобан да одржи на снази уговоре код којих за то постоји економска оправданост. Он реafirмише начело једнакости узајамних давања у уговорном праву. Слична решења су предвиђена и у најновијем нацрту Европског грађанског законика.²²¹⁰

8.9.3. Регулисање института промењених околности у “Принципима уговорног права”

Рад на изради европских принципа уговорног права је започет још седамдесетих година, а у циљу стварања јединственог Европског грађанског законика.²²¹¹ Ландо комисија је у својим “Принципима уговорног права” чланом 6.111. регулисала и

²²⁰⁴ Arthur Linton Corbin, *Corbin on contracts*, St. Paul, 1960, 97

²²⁰⁵ Према: S. Petrić, 2006, 105

²²⁰⁶ Према: E. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 210

²²⁰⁷ Према: P. Pichonnanaz, 2011, 141

²²⁰⁸ Према: E. Baranauskas, P. Zapolskis, 2009, 198

²²⁰⁹ P. Pichonnanaz, 2011, 141

²²¹⁰ *Ibidem*, 141-142

²²¹¹ И. Зиндовић, 2012, 122-123

институт измене или раскида уговора због промењених околности у уговорном праву.²²¹² Разлог поново лежи у учесталости дугорочних уговора, повећаним ризицима од наступања непредвидивих догађаја и нужности да се уједначе врло различита решења на нивоу националних права европских држава.²²¹³ Овим актом је предвиђено да је уговорна страна дужна да изврши своју обавезу чак и онда кад је то за њу постало отежано, било због пораста трошкова испуњења или због смањења вредности противчинидбе.²²¹⁴ Принципи уговорног права, слично као UNDRÖIT Начела, велики значај придају поштовању правила *pacta sunt servanda*. Стога је за примену клаузуле *rebus sic stantibus* нужно да је услед промене околности извршење уговора постало *претерано отежано* (што је у складу са решењем из Општих узанси за промет робом из 1954. године).²²¹⁵

Вероватно највећа разлика у односу на наше уговорно право лежи у томе што су “Принципи уговорног права” прихватили објективни приступ у примени правила о промењеним околностима,²²¹⁶ те се како би се клаузула *rebus sic stantibus* применила не захтева нити да промена околности буде таква да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна, нити да би по општем мишљењу било неправично исти оставити на снази. У том смислу, “Принципи” се приближавају решењима из енглеског права.²²¹⁷

Међутим, за разлику од англосаксонског права, “Принципи уговорног права” не прихватају теорију осујећења уговора, те не допуштају позивање на правила о промењеним околностима у случају да се због истих не може постићи сврха уговора. Овакво решење, које је постојало и у Општим узансама за промет робом, критиковано је у домаћој правној теорији са образложењем да је “пракса показала да отпадање сврхе уговора због промењених околности треба да има одређене последице у уговорним односима и кад испуњење уговора није постало претерано отежано ни за једну уговорну страну”.²²¹⁸

Као и у нашем праву, захтева се да је промена наступила после закључења уговора²²¹⁹ и да је реч о таквој промени околности коју у тренутку закључења уговора, разумно посматрано, није било неопходно узети у обзир.²²²⁰ Ту је, примера ради, евидентна разлика између решења предвиђеног Принципима европског уговорног права и UNDRÖIT Начела, која у обзир узимају и околности које јесу постојале у време закључења уговора, али странке за њих нису знале. У том погледу су решења из Принципа сличнија оном што се стандардно подразумева под клаузулом *rebus sic stantibus*, док се у UNDRÖIT Начелима више примећује утицај немачког и англосаксонског права.²²²¹

Оно што “Принципи” децидно прописују, а што наше право експлицитно не предвиђа, јесте да је претпоставка за примену клаузуле *rebus sic stantibus* то да страна

²²¹² Занимљиво је да док UNDRÖIT Начела користе англосаксонски термин *hardship*, у Принципима уговорног права је заступљен термин *change of circumstances* који је карактеристичан за европско-континенталне правне системе. – Према: Б. Антић, 2014, 21

²²¹³ S. Petrić, 2006, 102

²²¹⁴ Према: И. Јанковец, 1999, 138

²²¹⁵ Члан 6: 111 Принципа европског уговорног права.

²²¹⁶ И. Зиндовић, 2012, 123

²²¹⁷ И. Јанковец, 1999, 139

²²¹⁸ *Ibidem*, 139-140

²²¹⁹ То је још једна разлика у односу на оно што је прописано UNDRÖIT Начелима. – Према: Б. Антић, 2014, 21

²²²⁰ Према: М. Драгичевић, 2012, 311

²²²¹ Према: S. Petrić, 2006, 103

која се на исту позива према уговору није била дужна да сноси ризик такве промене околности.²²²² У литератури се истиче да се овде ради о случајевима кад је одговорност дужника за неиспуњење уговора или пак његово неуредно испуњење проширена, као и о случајевима када се дужник обавезао да ће своју престацију извршити “у сваком случају”.²²²³ Другим речима, странка је дужна да сноси тај ризик само ако је тако изричито уговорено.²²²⁴

Уколико су наведене претпоставке испуњене и примена правила о промењеним околностима као правног средства за заштиту начела еквивалентности престација дозвољена, “Принципи” предвиђају да отпочињу преговори, и то на иницијативу погођене стране. Ово решење, које фаворизује споразум ради извршења уговора, разликују се од оног што наше право у том случају предвиђа.

Такође, Принципи децидно обавезују обе уговорне²²²⁵ стране да приступе преговорима.²²²⁶ Уколико једна од уговорних страна не приступи преговорима или их прекине не поштујући начело савесности и поштења, суд је овлашћен да другој страни досуди накнаду штете.²²²⁷

Уколико се пак уговорне стране у разумном року не споразумеју о начину на који ће уговор бити измењен, суд може или да раскине уговор са даном и условима које сам одреди или да измени уговор у складу са начелом правичности.²²²⁸ Другим речима, уколико не раскине уговор, суду је остављена могућност да исти измени тако да добици и губици буду правично и једнако распоређени.²²²⁹ Могућност измене у овој инстанци представља одступање од класичног решења које је заступљено у енглеском, француском и другим правима која допуштају раскид, али не и измену уговора.²²³⁰

Пракса је пак показала да су арбитри доста обазриви када је реч о измени уговора, а да су се и за раскид истог одлучивали само уколико би се у супротном једна уговорна страна неправично обогатила на рачун друге²²³¹ или када је било нужно правично распоредити терет ризика међу уговорним странама.²²³²

За разлику од оног што предвиђа наше право, у случају да уговор буде измењен или раскинут због промењених околности “Принципи уговорног права” не предвиђају обавезу накнаде штете другој уговорној страни.

²²²² jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/6.111.html, приступила 14.9.2016. године.

²²²³ И. Јанковец, 1999, 140

²²²⁴ И. Зиндовић, 2012, 124

²²²⁵ Овде имамо интересантну разлику у односу на UNIDROIT Начела, која само оштећеној страни дају овлашћење да започне преговоре. – Према: S. Petrić, 2006, 104

²²²⁶ То није случај и код UNIDROIT Начела, која прописују да иако оштећена страна може понудити преговоре, друга уговорна страна није дужна да тај предлог прихвати. – Б. Антић, 2014, 22

²²²⁷ jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/6.111.html, приступила 14.9.2016. године.

²²²⁸ И. Јанковец, 1999, 141

²²²⁹ Према: S. Petrić, 2006, 104; М. Драгичевић, 2012, 311

²²³⁰ Према: И. Зиндовић, 2012, 125

²²³¹ Одлука Апелационог суда у Руену посл. број 982/82 у предмету *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises (S.E.E.E.) v. République Socialiste Fédérale de Yougoslavie et autres* од 13. новембра 1984. године

²²³² Hans van Houtte, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, International Trade and Business Law Annual 2, 1996, 17

8.9.4. Начин на који је институт измене или раскида уговора због промењених околности регулисан у CESL-у

Занимљив је начин на који се CESL дотиче правила о промењеним околностима. Наиме, члан 89. у свом првом ставу прописује да је странка дужна да изврши своју обавезу чак и уколико јој је то постало отежано, било због пораста трошкова или због тога што се вредност контрапрестације смањила. Међутим, у истом ставу је предвиђен и изузетак од наведеног, општег правила. Наиме, уколико испуњење обавезе постане *претерано отежано услед изузетне, неочекиване промене околности*, уговорне стране су дужне да ступе у преговоре како би измениле, или раскинуле уговор у питању.

Уколико уговорне стране пак не постигну договор о измени или раскиду уговора, та улога се препушта суду. У складу са ставом 2 члана 89, на захтев једне од уговорних страна, суд може или да уговор измени у складу са оним што би странке „разумно уговориле у време кад је уговор закључен, да су узеле у обзир овакву промену околности“, или да исти напросто раскине.

Ове одредбе се у теорији посматрају као резултат снажног утицаја немачког права јер „правила о измени или раскиду уговора због промењених околности дају судијама тако широка овлашћења да се чини незамисливим да би икада могле бити компатибилне са *common law* правом.“²²³³ Наглашава се да није јасно како би се дужност ступања у преговоре спровела у пракси ако то једна страна одбија, те наводи да наведене одредбе подривају правну извесност извршења уговора.²²³⁴

Управо због тога што представљају мешавину различитих правних традиција од којих неке, попут немачке и енглеске, имају врло различит приступ када је реч о околностима које наступе након закључења уговора, код коментатора постоји извесна забринутост у вези са ефикасношћу њихове примене у пракси. Заговорници доследног приступа начела *pacta sunt servanda* напомињу да способност судија да *ex post* одреде шта је у најбољем интересу уговорних страна постоји, али у лимитираном обиму. Они изражавају стрепњу да уколико велика овлашћења судија у погледу кројења судбине и садржаја уговора не буду праћена извесним судским самоограничавањем у том погледу могу резултирати пре нарушавањем уговорне равотеже него повећавањем вредности и вере у институцију уговора.²²³⁵

Наш је став да ова бојазан није оправдана јер је институт промењених околности, како смо кроз овај рад и показали, успешно примењиван у различитим правним системима и различитим временским периодима. Реч је о једном животном, правичном решењу које је у складу са основним начелима уговорног права, али и које представља одраз вере у исправност судија и њихову подобност да своју дужност врше на прави начин. Њихово деловање у пољу измене или раскида уговора због промењених околности, сматрамо, може да буде само у сврху остваривања већег степена како правне сигурности тако и вере у институт уговора и уопште правичност и еластичности међународног уговорног право.

²²³³ Hannes Unberath, Ewan I. McKendrick, *Supervening events* in “The Common European Sales Law in Context - Interactions with English and German Law”, Gerhrad Dannemann, Stefan Vogenauer (ed.), Oxford, 2013, 579

²²³⁴ Larry A. DiMatteo, Qi Zhou, Severine Saintler, Keith Rowley, *Commercial contract law – Transatlantic perspectives*, Cambridge, 2013, 536

²²³⁵ H. Unberath, E. I. McKendrick, 2013, 580

8.9.5. Клаузула *rebus sic stantibus* у Бечкој конвенцији о уговорном праву

С обзиром на то да је реч о конвенцији која примарно регулише уговорне споразуме између држава, нећемо превише детаљно улазити у анализу начина на који је клаузула *rebus sic stantibus* регулисана у Бечкој конвенцији о уговорном праву.

Међутим, сматрамо да је за потребе овог рада корисно да се напомене да је начело *pacta sunt servanda* предвиђено чланом 26. Бечке конвенције. Овај члан експлицитно наводи да је сваки уговор на снази²²³⁶ обавезујући за уговорне стране и оне га морају извршавати у доброј вери.²²³⁷

Чланом 62. Конвенције регулисана је ”фундаментална промена околности” (ми бисмо рекли суштинска или значајна промена околности)²²³⁸ односно институт измене или раскида уговора због промењених околности. Ставом 1. овог члана прописано је да се фундаментална промена околности које су постојале у време закључења уговора и који странке нису могле предвидети неће сматрати основом за раскид или повлачење из уговора, осим под одређеним условима. Ти услови су следећи: да је постојање наведених околности било суштински основ за пристанак уговорних страна да буду обавезане уговором у питању и да та промена околности за последицу има радикалну промену садржаја обавеза које тек треба да се изврше. Ставом 2. прописани су специфични случајеви у којима се не може позивати на клаузулу *rebus sic stantibus*, док став 3. предвиђа да уколико су испуњени услови за раскид уговора због промењених околности, уговорна страна може да захтева и обуставу извршења истог.²²³⁹

К. Биндер се похвално изражава о оваквој формулацији из Бечке конвенције. Истичући да је у прошлости неретко доктрина промењених околности ”(зло)употребљавана како би се странке решиле непогодних или оптерећујућих уговорних обавеза, представљајући на тај начин опасност по стабилност уговора”, овај аутор закључује да је рестриктивна формулација члана 62. Бечке конвенције резултирала похвалним појашњавањем и ограничавањем услова примене клаузуле *rebus sic stantibus*.²²⁴⁰

Оно што К. Биндер истовремено замера начину на који Бечка конвенција регулише институт измене или раскида уговора због промењених околности јесте то што је његова примена када се узму у обзир предвиђени услови и предложени изузеци умногоме сужена, као и то што уговор може или да се раскине или суспендује, али не и

²²³⁶ О начину на који је ова одредба формулисана, процедури њеног доношења и различитим правним схватањима током заседања Комисије за међународно право опсежно пише Зоран Радивојевић. Видети: Зоран Радивојевић, *Кодификација начела pacta sunt servanda и Бечка конвенција о уговорном праву*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1983, 349-363

²²³⁷ treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf, приступила 1.12.2018. године

²²³⁸ Наилазимо и на термин ”темељна промена околности”. - narodne-novine.nn.hr/clanci/medunarodni/1993_12_16_37.html, приступила 10.12.2018. године.

²²³⁹ treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf, приступила 1.12.2018. године

²²⁴⁰ Christina Binder, *Die Grenzen der Vertragstreue im Völkerrecht*, Heidelberg, 2013, 674

измени.²²⁴¹ Стога је и судска пракса, како на међународном, тако и на националном нивоу, у овом погледу веома сиромашна.²²⁴²

Ми смо сагласни са наведеним критикама о сужавању домена примене клаузуле *rebus sic stantibus* и са аргументацијом коју је К. Биндер изнела.

8.10. ОДНОС ИЗМЕЂУ КЛАУЗУЛЕ О ПРОМЕЊЕНИМ ОКОЛНОСТИМА И ИНСТИТУТА ЗЕЛЕНАШКОГ УГОВОРА

Као и клаузула о промењеним околностима, институт зеленашких уговора је један од института којим се штити начело еквивалентности узајамних престација. Управо је очигледна несразмера узајамних престација као објективан елемент који чини саставни део оба института њихова заједничка карактеристика.

Разлика је у томе што код промењених околности нема кривице уговорних страна – до повреде начела једнакости међусобних давања долази због нескривљених, непредвидивих и једном речју изванредних околности које се нису могле предупредити. Како услед њиховог утицаја имовинска равнотежа обавеза уговорних страна бива толико нарушена да уговор губи своју сврху, односно бива обесмишљен, оштећена уговорна страна може да захтева његов раскид, односно пристати на његову измену.

Са друге стране, код зеленашког уговора постоји намера једне уговорне стране да искористи постојање одређених неповољних околности друге стране, ради закључења уговора на основу ког ће стећи прекомерну имовинску корист. Иако зеленаш није нужно и скривио тежак положај у коме се оштећени налази, зеленашка природа уговора је последица његовог нечасног поступања. Ако су испуњени законом предвиђени улови за постојање зеленашког уговора, улога суда је или да утврди ништавост уговора или да ако је то могуће удовољити захтеву оштећеног за смањењем његове уговорне обавезе на правичан износ.

Код зеленашких уговора очигледна несразмера као грубо нарушавање равнотеже узајамних давања постоји од самог почетка. Код института промењених околности она настаје накнадно. Такође, повреда општег интереса и јавног поретка је знатно израженија код лихварских уговора него што је то случај са клаузулом *rebus sic stantibus*.

Уколико узмемо у обзир њихову различиту природу, правне последице и услове примене, јасно је да је нужно одвојено регулисање ова два института.

²²⁴¹ *Ibidem*, 674-675

²²⁴² Једини међународни суд који је нашао постојање фундаменталне промене околности био је Европски суд правде у случају *Racke (A. Racke GmbH & Co. v Hauptzollamt Mainz, judgment of the European Court of Justice of 16 June 1998)*. Чак и у том случају је анализа суда била рестриктивна, ограничивши се на испитивање да ли је Савет Европе начинио очигледне грешке приликом примене члана 62. Бечке конвенције. На нивоу држава, један од ретких примера примене овог члана јесте одлука Холандије почетком 80-тих година прошлог века да суспендује споразум о сарадњи у области развоја, јер су у тој земљи озбиљно кршена људска права. – Према: С. Binder, 2013, 675

9. ОЧИГЛЕДНА НЕСРАЗМЕРА КАО ПРАВНИ СТАНДАРД И КЛАУЗУЛА *REBUS SIC STANTIBUS*

9.1. ОЧИГЛЕДНА НЕСРАЗМЕРА УЗАЈАМНИХ ПРЕСТАЦИЈА И ПРАВИЛА О ПРОМЕЊЕНИМ ОКОЛНОСТИМА – ПОЈАМ И ДОМАШАЈ ПРИМЕНЕ

9.1.1. Правила о промењеним околностима и начело еквиваленције узајамних престација

Још од увођења теорије о промењеним околностима у домаће право, у нашој теорији је било практично неспорно да се она „наслања на принцип еквивалентности уговора“. Још у време социјализма, професор Круљ је нераскидиву повезаност начела еквивалентности и клаузуле о промењеним околностима објашњавао двојачко: са једне стране, саме странке приликом закључивања уговора имају у виду извесну сразмеру узајамних давања, док са друге стране и друштво у целини има интерес да се одржи еквивалентност у уговорима и шпекулације сведу на најмању меру. Стога је овај аутор налазио да је „теорија промењених околности изазвана напором да се заштити принцип еквивалентности престација“, ²²⁴³ односно да се очува сразмера између престација уговорних страна.

Овакво гледиште је заступао С. Перовић, који је наглашавао да овај институт заправо пружа могућност да се отклони очигледна неправда до које је дошло независно од воље уговорних страна, те да се поново успостави нарушена еквиваленција њихових узајамних престација. ²²⁴⁴

Ж. С. Ђорђевић је такође истицао значајну улогу коју институт измене или раскида уговора због промењених околности има у уговорном праву. Он је прецизирао да овај институт треба да обезбеди еквивалентност између предмета престација која је постојала у моменту закључења уговора са сразмером између добара у моменту извршења уговора. Стога је навео да се код клаузуле *rebus sic stantibus* ради о „односу између две еквивалентности, две сразмере између добара које су настале у различитим моментима.“ ²²⁴⁵

На истом становишту је стајала и судска пракса. То је нарочито јасно у судским одлукама донетим поводом уговора у којима је економска равнотежа била нарушена одређеним догађајима на нивоу друштвено – економске заједнице ²²⁴⁶, односно услед промењених околности које су имале један општији утицај на уговоре и генерални карактер.

Повезујући клаузулу *rebus sic stantibus* са начелом еквивалентности, али и са начелом савесности и поштења, Р. Ковачевић такође сматра да се поштовање уговора

²²⁴³ Према: Р. Ковачевић, 1973, 292

²²⁴⁴ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 42

²²⁴⁵ Ж. Ђорђевић, 1958, 71

²²⁴⁶ Према: Р. Ковачевић, 1973, 292

заснива на идеји еквивалентности између уговорних чинидби. Међутим, она наглашава да ако дужних за своју чинидбу не добије *ништа или добија сасвим незнатну вредност* захтев за извршење уговора „противречи доброј вери“ јер су уговорне стране „дале реч да ће прихватити последице које отежавају испуњење чинидбе друге странке“.²²⁴⁷

Као што видимо, ова ауторка је као услов за примену правила о промењеним околностима сматрала постојање такве нееквивалентности престација да једна страна у уговору као противвредност за своју престацију добија „сасвим незнатну вредност“ или пак не добија „ништа“. Јасно је да је несразмера која би у таквом случају постојала очигледна – она је наиме сасвим упадљива, и налази се на самом крају спектра по својој прихватљивости.

Сматрамо да ако би се прихватио став Р. Ковачевић, домен примене правила о промењеним околностима би се неоправдано сузио. Наиме, у складу са ранијим тумачењима очигледна несразмера јесте грубо и евидентно кршење начела еквивалентности, оно које је јасно и упада у очи, али је дискутабилно може ли се изједначити са тим да противпрестација не постоји или да је сасвим незнатна.

Другим речима, уколико бисмо се математички изразили, ако замислимо да је појам „очигледна несразмера“ један скуп, дефиниција неједнакости престација потребних за примену клаузуле *rebus sic stantibus* би била његов подскуп, и то такав да сви случајеви који припадају том подскупу истовремено припадају и појму очигледне несразмере, али само неки од случајева очигледне несразмере су унутар граница наведеног подскупа.

9.1.2. Очигледна несразмера узајамних престација и правни стандарди „претерано отежано испуњење“, „велики губитак“ и „тешка несразмера између чинидбе и противчинидбе“

Већ смо навели да је Узансом број 55 примена института промењених околности условљена тиме да је услед непредвидивих околности и изванредних догађаја испуњење обавезе једне уговорне стране „претерано отежано“ или би јој нанело „велики губитак“.

Сам термин „претерано отежано испуњење“ је својеврстан правни стандард. Јасно је и у правној науци сасвим неспорно да се ту не могу сврстати случајеви код којих је реч о незнатном утицају на могућност испуњења престације, нити када је у питању уобичајен, нормалан и редован пословни ризик са којим су уговорне стране биле дужне да рачунају. Овај правни стандард је нераскидиво повезан са начелом правичности, али и правне сигурности.

Још један правни стандард који законодавац наводи у истом члану јесте „претерано велики губитак“. Који су критеријуми за утврђивање која вредносна разлика у престацијама потпада под овај правни стандард, објаснила је Р. Ковачевић Куштримовић: „Ниједан правни поредак, који иначе усваја теорију промењених околности није прецизно одредио величину губитка који би био основ за примену клаузуле *rebus sic stantibus*. Једно је ипак сигурно. Сваки поремећај објективне еквивалентности између уговорних давања не оправдава ревизију уговора. Уговорна веза се може олабавити само изузетно, а то значи кад се ради о грубом поремећају између

²²⁴⁷ Р. Ковачевић, 1973, 295

чинидбе и противчинидбе. Кад постоји груби поремећај, или *тешка несразмера између чинидбе и противчинидбе* (подвукао аутор Д.М.) није тешко утврдити у сваком конкретном случају. Поред тога, у свим одредбама које регулишу ово питање превиђени су и допунски критеријуми на које се судови могу ослонити приликом одлучивања о ревизији уговора.²²⁴⁸ Код нас су додатни критеријуми којима се суд руководи приликом одлучивања о евентуалном раскиду односно измени уговора због промењених околности предвиђени чланом 135. ЗОО.

Наведени цитат је значајан из још једног разлога. Иако законодавац приликом регулисања института промењених околности не помиње експлицитно термин „очигледна несразмера“ узајамних давања уговорних страна, као што то чини код прекомерног оштећења и зеленашких уговора, јасно је да је објективни елемент овог правног института изражен кроз правне стандарде „претерано отежаног испуњења“ престације и „великог губитка“ за једну уговорну страну у случају да до извршења уговора дође.

То постаје нарочито евидентно уколико упоредимо дефиниције очигледне несразмере узајамних престација које су дате у теорији са напред наведеном дефиницијом у којој се суштина института „велики губитак за једну уговорну страну“ и описује као „тешка несразмера између чинидбе и противчинидбе“ и „груби поремећај“ између њих.

У литератури се такође помиње очигледна несразмера узајамних давања као важан елемент ревизије одредбе ауторског уговора о висини износа ауторског хонорара. Истиче се да пошто несразмера између износа ауторског хонорара који је исплаћен и добити остварене економским искоришћавањем дела није прецизно одређена законом, то оставља простор за интерпретацију. Поред тога, потребно је наведени појам рестриктивно тумачити, тако да се под „очигледном несразмером“ сматра само груба несразмера, односно несразмера која је неподношљиво неправична и која је последица неочекиваног тока догађаја. Као примери се наводе ситуације да музичко дело дотад неафирмисаног аутора освоји прво место на признатом музичком такмичењу и постане најслушаније на топ-листама широм света, или да књижевно дело које је првенац до тада читалачкој публици непознатог књижевника постане светски бестселер и освоји неку од најпрестижнијих светских награда за књижевност.²²⁴⁹

Да ли је у питању груба несразмера у конкретном случају је чињеница коју утврђује суд упоређивањем добити корисника настале искоришћавањем ауторског дела и ауторског хонорара који је исплаћен аутору. Након што је то чињенично питање утврђено, прелази се на правно питање, односно да ли је утврђена несразмера толика да оправдава ревизију уговорне одредбе о висини ауторског хонорара. Да ли догађаји који утичу на економску основу уговора спадају у категорију непредвидивих, утврђује се вештачењем. Као и у општем режиму грађанскоправних уговора, уговор ће остати на снази уколико суд усвоји захтев аутора да се његов хонорар повећа на правичан износ. При томе треба имати у виду да је правичност износа ауторског хонорара ем индивидуална, ем релативна. При томе, на основу законског решења се да закључити да се под правичним хонораром сматра она накнада која нема негативне последице по економски положај аутора, већ му даје подстицај да даље ствара.²²⁵⁰

²²⁴⁸ Р. Ковачевић Куштримовић, 1979, 294

²²⁴⁹ В. Винш, 2017, 197

²²⁵⁰ *Ibidem*, 197-198 и 201-202

Стога се може бранити становиште да је очигледна несразмера услов постојања института промењених околности у истој мери и на исти начин као што је то случај код института прекомерног оштећења и зеленашких уговора.

Иако је опште правило облигационог права да се уговор одржава на снази кад год је то могуће, управо је претераност, ексцесивност губитка једне уговорне стране уколико би била принуђена да остане верна уговору и испуни своју престацију у неизмењеном облику разлог што је законодавац одступио од једног од најважнијих начела уговорног права, начела *pacta sunt servanda*.

Такође, као и код прекомерног оштећења и зеленашких уговора, законодавац не предвиђа нека егзактна мерила или критеријуме када се сматра да наведени правни стандарди постоје, већ се приликом законске формулације института промењених околности опредељује за еластични метод утврђивања евентуалне несразмере престација. На тај начин оставља судовима да у сваком конкретном случају оцене да ли су испуњени услови за примену клаузуле *rebus sic stantibus*, истовремено постављајући јасну доњу границу за исту – несразмера међусобних престација мора бити очигледна, а кршење начела еквивалентности грубо. Односно, како се наводи у самим Узансама, испуњење обавезе мора бити претерано отежано за једну уговорну страну, односно за њу представљати „велики губитак“.

Додатни аргумент у прилог теорији по којој је постојање очигледне несразмере између престација један од конститутивних елемената института промењених околности јесте и што је законодавац, како би омогућио заштиту објективне еквивалентности, предвидео институте прекомерног оштећења и зеленашког уговора. На овај начин се постиже потпуна заштита начела једнакости узајамних давања – како у случају да очигледна несразмера међусобних обавеза странака постоји у тренутку закључења уговора, независно од тога да ли је оштећени уговарач свестан разлике у вредностима престација или не, тако и у ситуацији кад до нарушавања економске равнотеже уговора дође у току његовог трајања. Међутим, с обзиром на озбиљност правних санкција које су предвиђене за кршење начела еквивалентности узајамних престација, тешко је замислити да би законодавац условио примену института лезије и лихварског уговора постојањем евидентне диспропорције у вредности престација уговорних страна, а за примену института промењених околности предвидео нижи критеријум неједнакости међусобних давања.

9.2. ЗАКЉУЧАК: ОЧИГЛЕДНА НЕСРАЗМЕРА УЗАЈАМНИХ ПРЕСТАЦИЈА КАО ПРАВНИ СТАНДАРД И КЛАУЗУЛА *REBUS SIC STANTIBUS*

Извесно је да је ради друштвене стабилности и сигурности правног промета нужно да странке испуњавају обавезе које су преузеле уговором. Што су уговори стабилнији, снажније је и поверење странака у правни систем.²²⁵¹

Међутим, примена правила о промењеним околностима у уговорном праву оправдава се постојањем претпоставке о прећутној сагласности странака да сваки

²²⁵¹ Још је Џон Стјуарт Мил у свом делу „Утилитаризам“ нагласио да је у праву нужно одржати дату реч, те је закључио да је испуњење примљених обавеза претпоставка за стабилност друштва и да „не може бити ни благостања ни чврстих карактера где нема осећања правне сигурности“. - Према: К. Ковач, 1980, 23

облигациони уговор треба да обавезује само док не дође до суштинске промене околности под којима је он закључен.²²⁵²

Законодавац је, стога, покушао да пронађе компромисно решење, те се клаузула о промењеним околностима примењује у ограниченој форми.²²⁵³ Другим речима, води се рачуна и о начелу *pacta sunt servanda*, и од њега се одступа само у нарочито оправданим случајевима. Поред већ наведених разлога правне сигурности, стабилности, те правичности, извесно је да се на овај начин желе избећи и евентуалне злоупотребе.²²⁵⁴

Законска дефиниција раскида или измене уговора због промењених околности садржи како субјективне, тако и објективне елементе. Иако се очигледна несразмерност узајамних давања не помиње изричито, јасно је да је њено постојање услов примене овог правног института.

То произлази и из описа околности које су наступиле као околности које „отежавају испуњење уговорне обавезе“ или пак онемогућавају остварење његове сврхе. Међутим, још је прецизнија у том смислу одредба по којој те околности имају негативно дејство „у тој мери да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неправично одржати га на снази такав какав је“. Акцент је и овде стављен на очевидност кршења начела еквивалентности и на његову неспорну неправичност.

Да је суштина института модификације или раскида уговора због дејства промењене околности превасходно економске природе, сведочи и одредба по којој је могућа конвалидација уговора ако друга страна понуди или пристане да се његови услови правично измене. У питању је одредба која је карактеристична за институте заштите начела једнакости узајамних давања, а која представља и сведочанство о томе да су начело аутномије воље и начело еквивалентности комплементарни правни институти, односно да циљ примене појединачних инструмената заштите начела једнакости међусобних давања није да умањи значај начела слободе уговарања, већ да јасно омеђи границе примене тог принципа у уговорном праву. Поновним успостављањем равнотеже узајамних престација и самог уговора, закључени уговор остаје на снази.

Иако је српски законодавац одговорио изазову када је реч о регулисања овог института, сматрамо да би било корисно за даљи развој нашег права да се, у циљу хармонизације домаћег права и даљег развоја правила о промењеним околностима, како у теорији, тако и у судској пракси, изуче решења која су прихваћена у међународним конвенцијама када је реч о клаузули *rebus sic stantibus* и преузму она која би допринела остваривању тог циља.

²²⁵² Б. Матић, 1981, 344

²²⁵³ Према: К. Ковач, 1980, 19

²²⁵⁴ У судској пракси је било обиље случајева у којим су поједини привредни субјекти покушали да прикрију свој немар, неспособност или друге субјективне слабости и да позивањем на правила о промењеним околностима избегну извршење уговорних обавеза. Тако су, на пример, обављање редовног ремонта, прели казан или сломљена осовина представљане као „непредвиђене прилике“, а организационе слабости као „објективна тешкоћа“. Посебан вид злоупотребе су били случајеви бацања покварене робе у Дунав или њеног спаљивања, како би се стекао утисак о пропасти ствари услед „више силе“. У исти ред спадају и случајеви одбијања пријема робе која је предмет раније закљученог уговора, јер се у време извршења уговора на слободном тржишту роба може наћи по јефтинијој цени. Овакво понашање, које је у потпуној супротности са пословним моралом, директно угрожава не само неометани ток привредне делатности, већ и сигурност у пословању и поверење у правни поредак. - *Ibidem*, 20-22

ДЕО ПЕТИ: ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

10. ЗАКЉУЧАК: ОЧИГЛЕДНА НЕСРАЗМЕРА У УГОВОРНОМ ПРАВУ

10.1. ОПРАВДАНOST ПРАВНЕ РЕЛЕВАНТНОСТИ ОЧИГЛЕДНЕ НЕСРАЗМЕРЕ У УГОВОРНОМ ПРАВУ КРОЗ ИСТОРИЈУ И У МОДЕРНО ДОБА

10.1.1. Закључна разматрања о начелу еквивалентности и очигледној несразмери у уговорном праву

10.1.1.1. Место и значај начела еквивалентности у уговорном праву

Начело еквивалентности се, пре добијања статуса основног начела облигационог права, штитило кроз примену других, њему сродних начела. Међу њима битну улогу има начело правичности. О улози правичности писали су и расправљали још антички филозофи попут Атистотела и Цицерона. У периоду римске републике, правичност је чак била извор права. Касније су римски цареви могли да доносе одлуке позивањем на правичност, а та пракса се наставила и током средњег века. Грађанске кодификације које су донете после француске буржоске револуције су такође познавале ово начело и захтевале да позитивно право, али и тумачење истог, буде у сладу са начелом правичности. У модерном праву правичност је водич приликом тумачења права. Међутим, у извесним, изузетним друштвеним ситуацијама, правичност може да буде и извор права. Њоме је инспирисано доношење правних норми и појединачних правних института. У исто време, правичношћу је омеђен и домен примене наведених института. Тако је управо постојање очигледне, неправичне несразмере узајамних давања уговорних страна услов примене института прекомерног оштећења, те зеленашког уговора. Како смо показали правичност је значајна за примену института промењених околности, јер је један од услова за његову примену да би "по општем мишљењу било неправично" да се уговор одржи на снази. Поред тога, предвиђена је могућност да се избегне раскид уговора због промењених околности ако се на предлог оштећене уговорне стране услови уговора правично измене.

Начело савесности и поштења јесте врло важно за уопште настанак а касније и примену начела еквивалентности. Оно је уско повезано са моралом, поштењем, сарадњом и поверењем. Позивањем на ово начело немачки судови су у послератном периоду развили правила о промењеним околностима. Исто важи и за француске судове, који су поред развоја правила о промењеним околностима, позивањем на савесност и поштење установили извесне обавезе уговорних страна и током преговора. Ово начело је заступљено у мањој или већој мери и у бројним другим правима, попут италијанског, швајцарског, енглеског али и права бивших социјалистичких земаља, као и у међународним конвенцијама којим је регулисано уговорно право. И у нашем праву се приликом примене института промењених околности води рачуна о, како законодавац то назива, начелима поштењем промета. Поред тога, узима се у обзир и општи и интерес уговорних страна. Такође, поштовање начела савесности и поштења представља услов правне ваљаности клаузуле којом се унапред одриче од примене института промењених

околности. Уговори који су лихварски или лезионарни по својој природи такође представљају кршење обавезе поступања у доброј вери самом чињеницом да постоји несразмера узајамних престаџија, односно да је поштено да се обавезе уговорних страна уједначе кад год је то могуће.

Непобитна је и повезаност начела еквиваленције са бројним другим начелима уговорног права, попут начела равноправности странака, забране злоупотребе права и сигурности правног промета. Одредбама којим се штити равноправност странака и забрањује монополски положај се посредно обезбеђује да и узајамна давања странака буду еквивалентна. Остваривање својих права на начин који је супротан циљу због којег је то право установљено сасвим је извесно повезано са тиме да се уговором стиче очигледно несразмерна корист. Законодавац није дозволио ни вршење права на такав начин да за незнатну корист коју ми остваримо истим изазовемо велику штету или неприлику другоме. Заштитом еквиваленције међусобних давања уговорних страна спречава се да једна страна експлоатише другу, а тиме се штите и моралне вредности друштва.²²⁵⁵ Инсистирањем да узајамне престаџије странака буду приближно једнаке одржава се мир, социјална и сигурност правног промета. Примена овог начела означава и границе аутономије воље али и слободе уговарања, што има позитивне ефекте на правну сигурност.

10.1.1.2. Очигледна несразмера уговорних престаџија као неопходан услов за дефиницију и заштиту начела еквивалентности

10.1.1.2.1. Терминологија и њена повезаност са висином несразмере узајамних престаџија

Сразмерност узајамних давања у двострано обавезним уговорима је суштина начела еквивалентности.²²⁵⁶ Еквивалентност, како смо већ навели, проистиче из и уско је повезана са начелом правичности. То јасно произлази, између осталог, и из одредби Директиве о неправедним условима уговора закљученим са потрошачима, у којима децидно стоји да ће се неправичним сматрати одредбе из којих произлази значајна несразмера између права и обавеза уговорних страна, на штету потрошача.²²⁵⁷ У CESL-у се алтернативно користе стандарди ”очигледно несразмерна корист” и ”неправичне погодности” као објективни елементи чије је постојање неопходно како би оштећена уговорна страна могла да захтева поништај истог.²²⁵⁸

Интересантно је, језички посматрано, да је мађарски законодавац приликом регулисања зеленашког уговора користио термин ”очигледно несразмерна погодност” а приликом регулисања прекомерног оштећења термин ”очигледна несразмера узајамних престаџија”. С обзиром на субјективно схватање зеленашког уговора а објективно схватање прекомерног оштећења, чини се да је код зеленашког уговора намеравао да постави нижи праг примене када је реч о несразмери узајамних давања. Разлог се може наћи у томе што је за постојање зеленашког уговора неопходно и испуњење одређених субјективних услова, који такав уговор чине и неморалним. Стога није потребна толика

²²⁵⁵ Б. Визнер, 1978, 88

²²⁵⁶ М. Цветковић, 2008, 191

²²⁵⁷ Према: Д. Глушац, 2015, 103

²²⁵⁸ Према: С. Kaufmann, 2013, 6

висина оштећења једне уговорне стране да би такав уговор, колоквијално речено, ”заслужио” да буде поништен.

Донекле слична логика би се могла наћи у одлуци домаћег законодавца да педесетих година прошлог века ништавим сматра уговор код кога вредност давања једне уговорне стране одступа по вредности у односу на тржишну цену у износу од њене трећине. Наиме, по природи ствари предмет уговора о промету непокретности је некретнина, односно ствар високе вредности. Самим тим је и номинално мање одступање од начела еквивалентности било довољно да постоји велика несразмера између вредности узајамних давања уговарача. Слично је резоновало и румунски законодавац који је предвидео да се могао тражити поништај уговора о купопродаји непокретности уколико је несразмера између престација износила више од једне двадесетине.

У UNIDROIT Начелима користи се термин ”неоправдана и прекомерна корист”. Критеријуми морају бити кумулативно испуњени. Наведено је да је реч о користи која својом висином ”шокира савест разумне особе”,²²⁵⁹ на основу чега би се могло закључити да је реч о користи која је толика да предметни уговор грубо крши начело правичности али и савесности и поштења. Није реч о обичној, свакодневной користи или чак нешто већој добити. Мора бити реч о користи која је изванредна, па чак и шокантна и не може се приписати простој аутономији воље. При томе, захтева се да је таква корист неоправдано стечена.

У Принципима европског уговорног права користе се термини ”очигледно неправична погодност” и ”претерана корист”. Реч је о изразима који постављају нижу границу примене од правног стандарда ”очигледна несразмера” који је заступљен, између осталих, у нашем праву.²²⁶⁰ Интересантно је да постоје и одредбе о уподобљавању ”неразумне цене” оном што је ”разумно”. Очигледност несразмере вредности и цене би се у овом смислу могла изједначити са неразумношћу, односно видном прекомерношћу исте. Сличне одредбе можемо наћи и у CESL-у.²²⁶¹

На основу свега наведеног, да се закључити да постоји повезаност између очигледне несразмере и неправичности – нарушавање начела еквиваленције мора да буде истовремено очигледно и неправично. Поред тога, коришћена терминологија указује да се овај правни стандард не исцрпљује у пукој објективно посматраној економској неравнотежи, већ да су њиме обухваћене и друге користи и погодности које једна уговорна страна може да има на рачун друге.

10.1.1.2.2. Уговори код којих је постојање очигледне несразмере уговорних давања правнорелевантно; критеријуми и методи утврђивања њеног постојања

Значај начела еквивалентности је нагласио М. Цветковић, подсећајући да се овај проблем јавља приликом сваке размене добара и услуга.²²⁶² Међутим, постојање очигледне несразмере узајамних давања има утицаја на судбину уговора само када је реч о двострано обавезујућим уговорима, и то под условом да није реч о добротиним уговорима, уговорима на срећу, уговорима о куповини ствари на јавној продаји или

²²⁵⁹ UNIDROIT International Institute for the Unification of private law, *UNIDROIT principles of international commercial contracts*, Rome, 2010, 109

²²⁶⁰ М. Сич, 2006, 221

²²⁶¹ Чланови 74. и 75.

²²⁶² М. Цветковић, 2008, 191

аукцији, или оним у којима је за предмет уговора плаћена афекциона цена. Другим речима, правна релевантност очигледне несразмере узајамних давања постоји само код оних уговора код којих је приближна једнакост престација једна од основних карактеристика.

Постоје различити методи утврђивања постојања таквог нарушавања еквиваленције у уговору који за последицу има његову ништавост, апсолутну или релативну. Историјски посматрано, старији је тзв. математички метод, који предвиђа конкретну, објективно и математички утврдиву границу изнад које несразмера узајамних давања постаје прекомерна.

Касније је настао тзв. еластични метод, који није толико егзактан и једноставно примењив, али је знатно прилагодљивији и у појединим случајевима правичнији.

Када је реч о математички постављеном методу, разломак оштећења је варирао од једне двадесетине у румунском праву до седам дванаестина у француском. У већини случајева је висина прописане несразмере директно повезана са учесталостју таквих случајева у судској пракси. Странке се теже одлучују на закључивање уговора са већом несразмером узајамних давања, те су самим тим такви случајевим ређи и пред судовима. Поред тога, како би се избегле замке ригидности и крутог приступа, поједини законодавци међу којима је био и југословенски су прописивали мање разломке оштећења када је реч о вреднијим престацијама. Иако се на тај начин уважавала чињеница да није правично применити исти аршин на све случајеве без обзира на вредност узајамних престација, тим приступом нису решени сви проблеми који се у пракси јављају приликом примене математичког метода.

Еластични метод је знатно флексибилнији и даје већу слободу судовима приликом одлучивања да ли је у конкретном случају оправдано применити правила о прекомерном оштећењу. Премда то значи већу прилагодљивост, истовремено постоји и већи простор за арбитрност и злоупотребе.

Критеријуми који се узимају у обзир за утврђивање постојања очигледне несразмере су, према UNIDROIT Начелима уговорног права, равноправност странака, природа и сврха уговора и висина несразмере између давања уговорних страна. У домаћој правној теорији се као додатни критеријуми приликом утврђивања да ли је реч о очигледној несразмери наводе слични критеријуми: висина вредности конкретног прекомерног оштећења, однос фактичког оштећења према вредности преостале имовине оштећене уговорне стране, имовно стање сауговорача, специфичности друштвеног односа у питању које евентуално оправдавају прихватање мањег степена несразмере и његово подвођење под конкретни правни стандард.²²⁶³

Генерална подела критеријума за утврђивање вредности узајамних давања јесте на субјективне (процена вредности престација се врши или према вољи странака или по уверењу суда, на основу његове слободне процене) и објективне (утврђивање тржишне вредности као јединственог стандарда процене). Потоњи су правичнији и егзактнији, те самим тим и шире прихваћени. Објективни критеријум прихваћен је и у нашем праву. Узима се у обзир тржишна цена престације, а у њеном недостатку реална, односно разумна цена. Такође, приликом процене вредности престација се води рачуна не само о

²²⁶³ Б. Визнер, 1978, 555

узајамним обавезама уговарача у виду чинидбе и противчинидбе, већ и о споредним правима и обавезама.²²⁶⁴

При томе значајну улогу у пракси имају судски вештаци. Суд у пресуди мора да објасни на основу којих чињеница је одлучио да у конкретном случају постоји очигледна несразмера узајамних престација и да се може применити институт лезије.

Поред тога, важно је и време процене вредности престација. Није незамислив нити редак сценарио у коме су обавезе уговорних страна према једном тренутку процене очигледно несразмерне вредности, а у следећем услед утицаја разних тржишних или других околности та несразмерност је мања или не постоји. Као тренутак процене вредности престација, узима се моменат закључења уговора, а у законом одређеним случајевима моменат када се уговорне обавезе извршавају. У оба случаја реч је о објективно утврдивом тренутку.

Наиме, постојање очигледне несразмере узајамних давања правно је релевантно у моменту закључења уговора (институти прекомерног оштећења и зеленашког уговора) али и у моменту његовог извршења (институт измене или раскида уговора због промењених околности).

10.1.1.2.3. Очигледна несразмера узајамних престација као објективни елемент прекомерног оштећења

Када је реч о очигледној несразмери као објективном чиниоцу прекомерног оштећења, нагласићемо да је увођењем појма „очигледна несразмера узајамних престација“ у домаће право напуштено вишедеценијско објективно схватање лезије. Главна улога је додељена судовима чији је задатак да утврде да ли је овај услов испуњен у конкретном случају.

Очигледност несразмере огледа се у њеној фрапантној висини, те у њеној неправичности. Њеним постојањем се нарушава економска равнотежа уговора. Приликом одређивања да ли постоји очигледна несразмера, води се рачуна и о равноправности странака, те о природи и сврси уговора. Када је реч о висини очигледне несразмере, поменили смо да је домаће право познавало институт оштећења преко половине, док је код уговора о непокретности санкционисано и одступање од правичне цене у износу од њене трећине. Овако круто схватање је ублажено прописивањем правног стандарда „очигледна несразмера узајамних давања“ чиме се *de facto* проширио домен примене овог института.

Интересантно је да је у појединим правима очигледна несразмера потребан и довољан услов постојање лезије. Наиме, полази се од тога да су уговори са тако великом несразмером узајамних давања суштински неправични, без обзира на то да ли су присутни и субјективни елементи у виду мане воље на страни оштећеног.

У правима у којима је прихваћена субјективна концепција прекомерног оштећења, нужно је постојање субјективне околности у виду мане воље на страни оштећеног приликом закључења уговора. Међутим, очигледна несразмера међусобних давања странака је и даље конститутивни елемент прекомерног оштећења, јер без њеног постојања неће моћи да се примени наведени правни институт.

²²⁶⁴ М. Цветковић, 2008, 192

10.1.1.2.4. **Очигледна несразмера узајамних престација као објективни елемент зеленашког уговора**

Објективан елемент зеленашког уговора подразумева постојање очигледне несразмере узајамних давања, односно поремећаја каузе облигације у теретним уговорима.²²⁶⁵ Она је израз поремећене равнотеже када је рећ о економским односима уговорних страна.²²⁶⁶ Очигледна несразмера се, како смо навели, код зеленашких уговора може испољити кроз разне казнене одредбе, уговорну казну, право откупа, привредне уговоре, *lex commissoria*, али и на разне друге начине.²²⁶⁷

Као и код прекомерног оштећења, реч је о појму описног карактера.²²⁶⁸ У питању је правни стандард који се заснива на објективној вредности ствари²²⁶⁹ приликом закључења уговора.²²⁷⁰ Улога је суда да у сваком конкретном случају утврди да ли је постојала очигледна несразмера између узајамних престација у конкретном случају. Слична решења предвиђају бројна европска права, попут немачког,²²⁷¹ аустријског и швајцарског.²²⁷²

У овом контексту интересантан је став немачких судова по ком се може сматрати зеленашким уговором и такав уговор у коме је ризик несразмерно распоређен, односно којим се једном од уговарача гарантују неразумне погодности.²²⁷³ Сматрамо да је овакво схватање сасвим у складу са циљем увођења института зеленашких уговора. Проширење тумачења правног стандарда "очигледна несразмера" на начин који поред објективне, економске вредности давања уговорних страна уважава и друге начине на које може да буде нарушена уговорна равнотежа може само за последицу имати потпунију правну заштиту.

Значај очигледне несразмере уговорних престација код зеленашких уговора је непобитан. Том закључку доприноси чињеница да су приликом примене овог института судови врло често темељно поступали кад је реч о утврђивању постојања објективног елемента овог института, док су много мање пажње указивали постојању субјективних елемената, који је утврђиван готово по аутоматизму и без превеликог удубљивања.²²⁷⁴ Један од разлога јесте чињеница да је очигледна несразмера узајамних престација егзактнији појам и самим тим лакше утврдива од субјективних елемената на страни како оштећеног тако и зеленаша. Други је сасвим извесно у линији са претпоставком несавесности зеленаша када је утврђено постојање очигледне несразмере, о којој је раније било речи, а коју ми сматрамо да треба увести и у наш правни систем. Висока несразмера која нарушава уговорни баланс је добар показатељ тога да са тим уговором нешто није у реду и иако није увек реч о зеленашком уговору, могло би се сматрати да постоји основана сумња да јесте.

²²⁶⁵ О. Антић, 2012, 408

²²⁶⁶ А. Радованов, 2009, 167

²²⁶⁷ С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 453

²²⁶⁸ Љ. Милошевић, 1957, 1-2

²²⁶⁹ Тако Мењхард наглашава: „Успоредба између престација се заснива на објективним мерилима, а не на основу вредности коју уговорне стране сматрају да њихове престације имају.“ – А. Менухард, 2003, 300

²²⁷⁰ Суд приликом утврђивања постојања очигледне несразмере може користити разна доказна средства, али најчешће у ту сврху користе стручњаци из различитих области - вештаци. – Ј. Вукосављевић, 2014, 10

²²⁷¹ *Ibidem*.

²²⁷² Према: М. Перовић, 2013, 717

²²⁷³ Према: А. Менухард, 2003, 300

²²⁷⁴ *Ibidem*, 301

Поред тога, интересантно је да се за постојање очигледне несразмере код зеленашких уговора захтева мања неједнакост узајамних престација него што је то случај са прекомерним оштећењем. То је поново последица неморалне природе самог уговора, те несавесности која постоји на страни зеленаша који свесно поступа супротно основним начелима облигационог права.

Чињеница је да је већина законика у региону преузела решење предвиђено Законом о облигационим односима из 1978. године.²²⁷⁵ На тај начин је отворен простор да се прати судска пракса из региона, али и схватања правних теоретичара у овом погледу. Самим тим, појам ”очигледна несразмера” код зеленашких уговора се може егзактније утврдити, односно критеријуми за његово утврђивање у конкретним случајевима који се могу наћи пред органима судске власти.

10.1.1.2.5. Очигледна несразмера узајамних престација као објективни елемент института промењених околности

Правни стандард „претерано отежано испуњење“ за који се српски законодавац определио подразумева ситуације кад је реч о знатном утицају на могућност испуњења престације и није у питању уобичајен, нормалан и редован пословни ризик са којим су уговорне стране биле дужне да рачунају. Слично, „претерано велики губитак” подразумева толико висок поремећај објективне еквивалентности између уговорних давања да то оправдава ревизију па и раскид уговора. Другим речима, потребно је да постоји груби поремећај, или *тешка несразмера између чинидбе и противчинидбе* (подвукао аутор Д.М.) како би се применио институт измене или раскида уговора због промењених околности. Премда је објективни елемент овог правног института изражен кроз правне стандарде „претерано отежаног испуњења“ престације и „великог губитка“ за једну уговорну страну у случају да до извршења уговора дође, он се суштински огледа у очигледној несразмери узајамних давања уговорних страна.²²⁷⁶ Стога је очигледна несразмера објективан услов постојања института промењених околности. Прекомерност губитка једне уговорне стране уколико би се захтевало да упркос утицају изванредних и несавладивих околности испуни своју обавезу у неизмењеном облику оправдава одступање од начела *pacta sunt servanda*.

²²⁷⁵ Према: М. Перовић, 2013, 717

²²⁷⁶ Напоменућемо и да је очигледна несразмера узајамних давања важан елемент ревизије одредбе ауторског уговора о висини износа ауторског хонорара. Како закон не предвиђа несразмеру између износа ауторског хонорара који је исплаћен и добити остварене економским искоришћавањем дела, задатак је суда да њено евентуално постојање уврди у сваком конкретном случају. При томе, потребно је наведени појам рестриктивно тумачити, тако да се под ”очигледном несразмером” сматра само груба несразмера, односно несразмера која је неподношљиво неправична и која је последица неочекиваног тока догађаја. Како смо већ објаснили, у конкретном случају постојање несразмере је чињеница коју утврђује суд упоређивањем добити корисника настале искоришћавањем ауторског дела и ауторског хонорара који је исплаћен аутору. Након што је то чињенично питање утврђено, прелази се на правно питање, односно да ли је утврђена несразмера толика да оправдава ревизију уговорне одредбе о висини ауторског хонорара. Да ли догађаји који утичу на економску основу уговора спадају у категорију непредвидивих, утврђује се вештачењем. Као и у општем режиму грађанскоправних уговора, уговор ће остати на снази уколико суд усвоји захтев аутора да се његов хонорар повећа на правичан износ. При томе треба имати у виду да је правичност износа ауторског хонорара ем индивидуална, ем релативна. При томе, на основу законског решења се да закључити да се под правичним хонораром сматра она накнада која нема негативне последице по економски положај аутора, већ му даје подстицај да даље ствара. – В. Винш, 2017, 197-198 и 201-202

Нису предвиђена егзактна мерила односно критеријуми за утврђивање да су наведени услови испуњени, већ се поново законодавац определио за еластични метод утврђивања постојања евентуалне несразмере престација. Задатак је суда да у сваком конкретном случају утврди да ли су испуњени законом предвиђени услови за примену клаузуле *rebus sic stantibus*. При томе, у теорији се истиче да битна промена околности подразумева несразмерност и да је нужно модификовати уговор како би његов опстанак имао смисла.²²⁷⁷ Ипак, реч мора бити о околностима специфичног типа и о губитку који не спада у оквире редовног и подношљивога. Законодавац прецизира да је реч о околностима које „отежавају испуњење уговорне обавезе“ или пак онемогућавају остварење његове сврхе. Међутим, још је важније да наведене околности имају негативно дејство „у тој мери да је очигледно да уговор више не одговара очекивањима уговорних страна и да би по општем мишљењу било неправично одржати га на снази такав какав је“. Другим речима, потребно је да је кршења начела еквивалентности очигледно и у толикој мери изражено да се то коси са начелом правичности. У том контексту се као значајна може посматрати и одредна којом се уговор може одржати на снази ако се правично измени уговор на начин да се поновно успостави равнотежа узајамних давања странака.

10.1.2. Закључак о историјском развоју идеје о оправданости правне релевантности очигледне несразмере

Утицај суда на судбину уговора због нарушавања начела еквивалентности није једноставно оправдати. Како се у литератури истиче, судија тиме преузима на себе одлуку о томе да ли је закључивање уговора мудро и профитабилно, задирући на тај начин у слободу уговарања, као и обавезујуће дејство оног што је уговорено.²²⁷⁸

Судови су своје „мешање“ у судбину уговора правдали на разне начине. У античко време се о једнакости узајамних давања водило рачуна кроз правила о правичној цени. Грци су првичну цену сматрали ону коју су стране својевољно одредиле, али се водило рачуна да се једна уговорна страна не богати на рачун друге. Ово би се могло схватити на начин да добит која се остварује уговором није несразмерна у односу на добит друге стране. У том смислу је још Аристотел истицао значајну улогу суда.²²⁷⁹ Интересантно је да су грчки мислиоци врло критички говорили и о пракси зеленашења, али је оно било дозвољено.²²⁸⁰

Римљани су до периода домината познавали само појединачна правила којим се штитило начело еквивалентности. Углавном се радило о одржавању социјалног мира кроз спречавање очигледно несразмерне цене основних животних намирница. Биле су прописане и максималне висине камате која се могла уговорити. Међутим, и у класичном периоду суд је пружао заштиту лицима која су закључила уговор где постоји очигледна несразмера између вредности ствари и уговорене цене, уколико су били испуњени одређени субјективни услови на страни оштећене уговорне стране.

За период домината је карактеристична већа интервенција државе. У том погледу су изузетно значајна Диоклецијанова правила по којим се ограничава цена појединих

²²⁷⁷ К. Ковач, 1966, 18

²²⁷⁸ J. Gordley, 1981, 1602

²²⁷⁹ Према: М. Сич, 2006, 200

²²⁸⁰ Према: G. Cavalier, 2014, 44-45

намирница, али и омогућава реституција у случајевима деобе када постоји очигледна несразмера. Поред тога, постојала су правила о прекомерном оштећењу у корист физкуса, а касније и у корист сиромашних земљорадника код уговора о купопродаји некретнина.²²⁸¹ Тада су забележени и неуспешни покушаји укидања уговорне камате.²²⁸²

Забрану стварања монопола и манипулисања ценама донео је и римски цар Зенон. На основу ових правила је јасно да је очигледна несразмера између уговорних давања посматрана као неправична, а у појединим случајевима се то итекако сматрало правнорелевантном чињеницом. То су углавном били случајеви када је била реч о уговорима у којима је заступљен општи интерес царства.²²⁸³ Такође, интересантно је поменути да се одредбама о еквивалентности углавном штитио купац, јер се сматрало да је обавеза продавца да зна вредност онога чиме тргује. Наведена правила су преузели варварски зборници након пада Западног римског царства.²²⁸⁴

Према једној од одредби која се приписује Диоклецијану, под ”малом” (а ми ћемо рећи очигледно несразмерном) ценом се сматра цена која не досеже ни половину вредности земљишта које је предмет уговора о купопродаји.²²⁸⁵ Постојање овакве несразмере сматрало се условом за поништај уговора (али само у корист продавца)²²⁸⁶ и реституцију, односно доплату разлике до правичне цене. На исто правило наилазимо у још једној одредби која се приписује Диоклецијану и Максимилијану и односи се на случај извесног Аурелија Еводија. Интересантно је да је управо ово оштећење, тзв. ”оштећење преко половине” у бројним правним системима било сматрано за минимално оштећење које се може сматрати основом за поништај уговора. У неким правним системима је такво правило још на снази.

Јустинијанови непосредни наследници су ограничили домен примене прекомерног оштећења на продавца земље и ограничили временски период у ком се правна заштита могла захтевати.²²⁸⁷ Поред тога, прописали су максималну камату која може бити уговорена, а која је варирала у зависности од фактора попут врсте уговора и категорије лица која исти закључују.²²⁸⁸

За све време постојања римског права, правило *pacta sunt servanda* је важило у свим случајевима осим уколико је дошло до немогућности испуњења уговора. Институт раскида или измене уговора због промењених околности које су отежавале испуњење уговора или га чиниле економски нецелисходним као такав није постојао.²²⁸⁹

Како је домен примене правила о правичној цени био ограничен, можемо рећи да је начело еквивалентности успостављено као опште начело уговорног права тек у средњем веку. Тада је очигледна несразмера уговорних давања постала чињеница од општијег значаја када је реч о судбини уговора, иако се о њеном постојању како смо показали и раније водило рачуна у појединим случајевима или групама случајева.

У средњем веку је идеја еквивалентности узајамних давања произашла из правила о правичној цени. На филозофском плану, постојале су разлике између оних који су

²²⁸¹ Према: О. Антић, 2008, 404

²²⁸² Према: Љ. Милошевић, 1957, 8-9

²²⁸³ Према: Д. Николић, 2017, 42

²²⁸⁴ Према: М. Сич, 2006, 208-210

²²⁸⁵ Према: Н. Благојевић Глушчевић, 2997, 273

²²⁸⁶ Према: R. Van den Bergh, 2012, 41

²²⁸⁷ Према: J.V. Thayer, 1937, 327

²²⁸⁸ Према: Љ. Милошевић, 1957, 10

²²⁸⁹ В. Живковић, 2012, 240

сматрали да је правична цена вредност ствари на слободном тржишту и оних који су се залагали за аутономију воље.

Прекомерно оштећење није било прихваћено до позног средњовековног права. Тада је проширен домен његове примене и институт је добио своје садашње име.²²⁹⁰ Поред тога, допуштено је да се унапред одрекне од примене овог института. Када је реч о зеленашким уговорима, решења су варијала од њихове апсолутне забране, преко прописивања максималне висине уговорене камате до потпуне слободе закључивања уговора о зајму.²²⁹¹

Овај период је најзначајнији када је реч о развоју института промењених околности. Глосатори су започели процес поновним изучавањем римског права. Канонисти су продубили дискусију, наводећи да уговори и обећања обавезују под околностима које онај који је уговор закључио односно обећање дао имао у виду.

У канонском праву инсистирало се на једнакости узајамних давања страна и проширен је домен примене правила о прекомерном оштећењу.²²⁹² Несразмера уговорних давања која се сматрала прекомерном, односно очигледном, исказивана је методом математичког разломка. Најчешће је била реч о оштећењу преко половине. Евидентно је да се тада сматрало да је неправично да једна уговорна страна не добије ни половину вредности своје престације. Била су предвиђена и посебна правила за тзв. оштећење преко две трећине. Интересантно је да се захтевала потпуна реституција до правичне цене.²²⁹³ Узимање камате у било којој висини се сматрало зеленашењем.²²⁹⁴ Међутим, интересантно је да је црква временом почела да одступа од тако ригидног става оснивајући сопствене кредитне установе и предвиђајући изузетке о забрани узимања камате на уговоре о зајму.²²⁹⁵

Истовремено, владало је начело *pacta sunt servanda*. Постглосатори су у периоду између XIV и XVI века ујединили ранија учења и проширили их, створивши нови институт измене или раскида уговора због промењених околности.

У буржоаским законима доминантан је био принцип слободе уговарања и аутономије воље. У неким од њих, попут француског, аустријског и српског, постојала су правила о прекомерном оштећењу, али је за њихову примену захтеван врло висок степен неједнакости давања странака. У француском и аустријском грађанском законнику била је прихваћена субјективна концепција прекомерног оштећења. У складу са субјективним схватањем, прекомерно оштећење је изграђено на мани воље. Наш законодавац се у Српском грађанском законнику пак одлучио за објективно схватање лезије. Суштина објективних схватања јесте да је за примену института прекомерног оштећења довољно постојање очигледне несразмере узајамних престација, те да се тим институтом не санкционише постојање мане воље приликом закључења уговора, већ се штити начело еквивалентности давања странака.²²⁹⁶ Објективна концепција била је прихваћена и у тзв. социјалистичким правима.²²⁹⁷

²²⁹⁰ E. Stanković, 2010, 423

²²⁹¹ Према: Љ. Милошевић, 1957, 6

²²⁹² Б. Визнер, 1978, 551

²²⁹³ J. Hallebeek, 2015, 21

²²⁹⁴ И. Бабић, 2001, 470

²²⁹⁵ Према: Љ. Милошевић, 1957, 11

²²⁹⁶ J. Салма, 1977, 276

²²⁹⁷ Према: С. Перовић, Д. Стојановић, 1980, 40

Када је реч о зеленашким уговорима, постојала су законодавства попут француског које није предвиђало институт зеленашког уговора. Ипак, знатно су бројнија она у којим је овај институт био правно регулисан – у ту групу спадају аустријско, италијанско, немачко и швајцарско право. Очигледна несразмера узајамних престаџија била је предвиђена као објективан услов који мора бити испуњен да би постојао зеленашки уговор.²²⁹⁸

У неким правима тог доба лезионарни уговори су сматрани за подврсту зеленашких.²²⁹⁹ Једна од битних разлика између ова два института се у оним правима која су их засебно регулисала огледала управо у несразмери – она је код прекомерног оштећења била регулисана на математички начин, бројчано и егзактно, док је код зеленашких уговора коришћен еластичнији правни стандард ”очигледна несразмера”. Када је реч о правилима о промењеним околностима, она су настала знатно касније и њиховим прихватањем је заузет врло значајан став о важности еквивалентности и сразмерности узајамних давања уговарача не само у моменту закључења уговора, већ и током његовог трајања.

Правила о промењеним околностима нису била прихваћена у француском праву. За разлику од француских, италијански судови су примењивали клаузулу *rebus sic stantibus*. Немачки теоретичари су се такође залагали за примену правила о промењеним околностима, што је имало утицаја не само на судску праксу већ и на творце Баварског грађанског законика и Пруског земаљског законика у којима је овај институт предвиђен. Упркос томе, немачки грађански законик није садржавао правила о промењеним околностима. У законцима који су уследили у XIX и почетком XX века овај институт углавном није постојао као опште правило.²³⁰⁰ Изузетак је, примера ради, био Општи имовински законик за Црну Гору, што је својеврсни тестамент правничке величине али и оригиналности његовог творца.

Важно је напоменути да је у овом периоду преовладавало економско схватање начела еквивалентности. Сматрало се да ће се економска равнотежа успоставити природним путем, у тоталном збиру вредности давања узајамних страна, на тржишту.²³⁰¹ У циљу обезбеђивања несметаног одвијања трговине, на макроекономском плану акценат се стављао на аутономију воље. У оном делу грађанских кодификација из тог периода које јесу предвиђале појединачна средства правне заштите начела еквиваленције, из тих разлога је домен њихове примене био сужен.

У периоду између два светска рата постало је јасно да је нужно прихватити неки вид правила о промењеним околностима. У супротном, једна од уговорних страна била би финансијски оштећена у великој мери због ванредних догађаја које нити је могла да предвиди нити да предупреди. Француска је то решила доношењем појединачних закона, али и кроз праксу административних судова који су примењивали тзв. теорију импревизије. Када је реч о грађанским уговорима, значајно је у овом контексту поменути и теорију заједничке намере и теорију праведног решења, као и касније насталу теорију о редукацији воље на обавезе под нормалним околностима.

У немачком праву су такође правници покушали да пронађу правни основ примене правила о промењеним околностима. Најпре су прибегли екстензивном

²²⁹⁸ Према: J.V. Thayer, 1937, 329

²²⁹⁹ Пример је немачко право тог доба, односно немачки Грађански законик. – Према: М. Сич, 2006, 218

²³⁰⁰ Према: И. Зиндовић, 2017, 40

²³⁰¹ J. Salma, 1977, 273

тумачењу појма "немогућност испуњења уговорне обавезе", предвиђајући институт економске немогућности исте. Како би избегли ограничења истог, почели су да примењују тумачење по коме је у складу са начелима добре вере, те савесности и поштења да се уговор измени односно раскине услед дејства промењених околности. Тридесетих година XX века почиње примена тзв. теорије поремећаја основе уговора (теорија о отпадању основа правног посла). Она је наредних неколико деценија била доминантна у немачком праву.

Италијански судови су се нашли пред истим изазовом у периоду током Првог светског рата, као и у раздобљу између два светска рата. Они су развили низ како субјективних тако и објективних теорија о правном основу примене правила о промењеним околностима. Аустријски правници су се, међутим, позивали на тзв. недостижност престација.²³⁰² За разлику од европскоконтиненталних права, права која припадају англосаксонским правним системима су се чврсто држала правила о непоремењивости уговора сем у случају немогућности испуњења због више силе. Како би се превазишла ригидност овог приступа развијена је тзв. теорија осујећења (фрустрације) уговора. У Америци су правила о промењеним околностима примењивана применом тзв. теорије неразумности (неизводљивости испуњења).

Пољски Грађански законик из 1934. године је први грађански законик који је садржао правила о измени или раскиду уговора услед промењених околности у виду општег института облигационог права. Уследили су и бројни други законици, попут италијанског, грчког, португалског и мађарског. Клаузула *rebus sic stantibus* била је посматрана са подозрењем у социјалистичким правима, али је нашла свој пут у законодавства социјалистичких земаља у другој половини прошлог века.

Грађански законици модерног доба углавном познају сва три инструмента правне заштите начела еквивалентности који су предмет наше анализе. Ситуација се у том погледу махом променила након ратних дејстава почетком и средином двадесетог века, када је постало јасно да доследно придржавање правила *pacta sunt servanda* води до нарушавања начела правичности, еквивалентности али и врло отежаног економског положаја оштећене уговорне стране.

Када је реч о нашем послератном праву, Закон о промету земљишта и зграда као и Скица за законик о облигацијама и уговорима институт лезије је посматран на објективан начин. Тај тренд није настављен у Закону о облигационим односима, у ком је прихваћена субјективна концепција лезије. Поред објективног елемента у виду постојања очигледне несразмере нужно је постојање субјективног елемента у виду тога да оштећена страна није знала нити је морала знати за праву вредност ствари. У складу с тим, њена правна последица је рушљивост уговора. Право да захтева поништај уговора има само оштећена страна и уколико то право не искористи у року од годину дана од дана закључења уговора, долази до његове прећутне конвалидације.

Зеленашки уговор је у српском праву био познат још у средњем веку. Грађански законик за Кнежевину Србију предвиђао је низ одредби којим се регулише овај институт и ограничава уговорна каматна стопа. Скица за законик о облигацијама и уговорима је предвиђала нешто ширу дефиницију зеленашких уговора него што је то случај са оним што је прописано ЗОО-ом. Као правне последице су предвиђени алтернативно поништај уговора и његова правична измена. Рок за конвалидацију је годину дана. Српски законодавац је у ЗОО прихватио да зеленашки уговор постоји онда када је испуњена

²³⁰² Према: С. Пановски, 1985, 33

комбинација субјективних и објективних услова, али је изоставио стандарде ”друга слична околност” и ”очигледно неправични услови” који су били предвиђени Скицом. Предвиђена је санкција апсолутне ништавости уговора, али и могућност конвалидације у року од пет година од његовог закључења.

Српски грађански законик није познавао правила о промењеним околностима. Овај институт се примењивао на територији Војводине, на којој је важило мађарско уговорно право. Након Другог светског рата, у периоду административног управљања законодавство није предвиђало клаузулу *rebus sic stantibus*. То се променило педесетих година прошлог века. Доношењем Општих узанси за промет робом 1954. године раније важећа правила трговачких законика су модернизована. Између осталих, регулисана су и правила о промењеним околностима. Прецизирано је и о којим околностима ће се водити рачуна приликом одлучивања о захтеву за измену или раскид уговора због промењених околност. То је знатно допринело развоју судске праксе, која је успоставила критеријуме за то шта ће се сматрати ”изванредним догађајима”, те шта се подразумева под ”великим губитком”. Клаузула *rebus sic stantibus* била је предвиђена и у Закону о наслеђивању из 1955. године, те у Закону о односима родитеља и деце у Србији из 1974. године и Породичном закону из 2005. године.

ЗОО такође предвиђа институт измене или раскида уговора због промењених околности. Поред општег правила предвиђеног чланом 133. ЗОО, постоје и посебна правила о случајевима примене промењених околности у члановима 45, 196, 636.-639. ЗОО, као и у члановима 560, 703, 714, 876. и 878. ЗОО.

10.2. КОМЕНТАР ПОСТОЈЕЋИХ ЗАКОНСКИХ РЕШЕЊА И ПРЕДЛОЗИ ПОБОЉШАЊА ИСТИХ У ЦИЉУ ПРУЖАЊА ПОТПУНИЈЕ ЗАШТИТЕ НАЧЕЛА ЕКВИВАЛЕНТНОСТИ

10.2.1. Коментар и предлози у вези са законодавним регулисањем правног института прекомерног оштећења

Наш је став да би опредељење законодавца за објективну концепцију лезије, уз задржавање правног стандарда очигледне несразмере узајамних давања, било више у складу са нашом правном традицијом од постојећег законског решења. Сматрамо да је математички метод сувише крут и ригидан, док еластични метод пружа флексибилност која је у овој материји нужна. Оваквим регулисањем института прекомерног оштећења би се такође олакшало доказивање постојања прекомерног оштећења. Суштина овог института је у заштити еквивалентности узајамних давања уговорних страна па да за његово постојање није нужно потребан и субјективни елемент. Прихватањем решења које ми предлажемо би се олакшало и разликовање уговора који су по својој суштини лезионарни од зеленашких уговора.

У складу са наведеним, санкција апсолутне ништавости би била логична правна последица постојања лезије. Међутим, у овом конкретном случају ипак би целисходније било решење по којем је правна последица лезије рушљивост уговора. Наиме, иако је лезија посматрана на објективан начин, за разлику од зеленашких уговора овде не постоји моменат угрожености јавног интереса у истој мери, нити зла намера друге

стране. Стога је рушљивост адекватна санкција а могућност конвалидације уговора је у складу са начелом правне сигурности и изузетно великим значајем аутономије воље у уговорном праву. Такав рок је заступљен и у неким страним правима.

Такође, сматрамо да је у складу са начелом еквиваленције и правном сигурношћу правило по ком би се уговор могао одржати на снази допуном до правичне вредности престације. Тенденција у уговорном праву јесте да се уговор одржи на снази када год је то могуће. Уколико се допуном до праве вредности поново успоставила правичност и еквивалентност у уговору, нема сметње да исти настави да важи.

Оправдано је опредељење нашег законодавца да евентуално уговорену клаузулу о одрицању од права на примену лезије сматра непостојећом. Разлог је једноставан: на тај начин се штити економски слабија уговорна страна која је по правилу и страна која је оштећена овим уговором. Не би било прихватљиво да се уговор којим се тако грубо нарушава начело узајамних давања остави на снази. Сматрамо да је рок застарелости од једне године за који се наш законодавац определио сасвим у складу са настојањем да се обезбеди већа сигурност правног промета. С обзиром на то да се овим уговорима угрожава индивидуални интерес, подржавамо и правило по коме правну заштиту код лезионарних уговора може захтевати оштећени (односно његови наследници), али не и трећа лица.

Сматрамо да су логичне и оправдане одредбе о врстама уговора код којих се не може захтевати поништај уговора због прекомерног оштећења, те изузеће поравнања од примене овог института. О разлозима за такво схватање већ је било доста речи.

Када говоримо о решењу по коме се институт лезије примењује сасвим једнако и на привредне уговоре, сматрамо да би било корисно прихватити већински тренд и изузети уговоре у привреди од примене правила о прекомерном оштећењу, сем уколико је реч о уговорима које је привредни субјект закључио ван своје редовне делатности. Од привредника се очекује да поступа са посебним степеном пажње и стручношћу. Они треба да имају поуздане информације о вредности своје а и престације друге уговорне стране. Поред тога, често постоје извесни пословни разлози због којих је једна уговорна страна пристала на очигледно несразмерно давање друге уговорне стране, попут бенефита које очекује успостављањем трајније пословне сарадње или проширењем обима пословања.

Такође је наш став да треба постојати посебна категорија потрошачких уговора којим се штите потрошачи као уговорна страна са мање искуства и стручног знања. Корак у том правцу је начињен доношењем Закона о заштити потрошача 2010. године. Сматрамо да има места даљеј законској регулативи овог питања.

10.2.2. Коментар и предлози у вези са законодавним регулисањем правног института зеленашког уговора

Начин на који је законодавац регулисао зеленашки уговор је у складу са циљем пружања правне заштите начеку еквивалентности. Решење у ЗОО се у великој мери ослања на оно које је предвиђено Скицом професора Константиновића, али евидентне су и поједине разлике. Пре свега, у решењу које је предвиђено ЗОО изостављени су правни стандарди "друга слична околност" и "очигледно неправични услови". На тај начин је законодавац желео да услове примене овог института учини што једнозначнијим,

недвосмисленијим и што мање подложним злоупотреби и арбитрерно широким тумачењима.

Као што смо већ навели, сматрамо да постоји више аргумената у корист преузимања решења из Скице и када је реч о правном стандарду ”друга слична околност” и у погледу правног стандарда ”очигледно неправични услови”. Ако бисмо ограничили примену овог института само на одређен број случајева нужде који је таксативно наведен у закону, то може резултирати тиме да се у случају у ком постоји свесно искоришћавање нечијег неповољног положаја како би се уговором стекла евидентно прекомерна корист не омогући правна заштита коју пружа институт зеленашкох уговора, из разлога што стање нужде у коме је оштећени био и које га је приморало да закључи тако очигледно неправичан уговор је било другачије природе од случајева које закон предвиђа. Наш је став да се постављањем крутих граница домена примене зеленашких уговора којима се такви случајеви стављају ван домена правне заштите крше како начело правичности тако и начело еквивалентности.

Једнаки аргументи се могу навести за примену института лихварских уговора на случајеве када су коришћењем стања нужде једног уговорача уговорени очигледно неправични услови, при чему се уговором не стиче нужно очигледно несразмерна корист. Непобитно је да је очигледна несразмера узајамних давања *conditio sine qua non* постојања зеленашких уговора. Са друге стране, несразмерност узајамних давања не мора бити схваћена у строго економском смислу, већ се може исказати и кроз неправичне одредбе уговора.

Ако имамо у виду да је природа зеленашких уговора суштински неморална, те да за разлику од института прекомерног оштећења и промењених околности постоји елемент несавесног понашања сауговорача оштећеног, проширење домена примене овог института има још више смисла. Не сматрамо да имају основа тврдње да се изостављањем правних стандарда из Скице спречава непотребно проширење примене правила о зеленашким уговорима, нити да се на овај начин предупређује арбитрерно давање правне заштите случајевима којима се иста не би требала пружити. Судови су институт лихварских уговора до сада примењивали крајње рестриктивно. Стога је оправдано уверење да би наставили са таквом праксом и уколико би се преузела законска формулације из Скице.

Више пута само нагласили уску повезаност института зеленашког уговора, очигледне несразмере и неморалности поступања зеленаша. Напоменућемо да је у овом контексту нарочито интересантан већ поменути став окружног суда у Дизелдорфу по коме се у случају постојања очигледне несразмере претпоставља да је поверилац неморално поступао.²³⁰³ На овај начин се пребацује терет доказивања на уговорну страну која је профитирала наведеним уговором. Премда би се могло тврдити да се на овај начин субјективно схватање зеленашког уговора заступљено у немачком правном систему приближава објективном схватању института прекомерног оштећења, било би погрешно изједначити их. Моменат несавесности, односно свесног коришћења тешких прилика оштећеног уговорача и даље је битан део постојања зеленашког уговора, али се олакшава положај оштећене уговорне стране. Сматрамо да би било корисно да српски законодавац по угледу на праксу немачких судова регулише институт зеленашког уговора на наведени начин. Само постојање очигледне несразмере сведочи о томе да је дошло до нарушавања начела правичности и еквивалентности. С обзиром на висину несразмере

²³⁰³ Пресуда Окружног суда у Дизелдорфу, У 71/96 од 6.11.1997. године

која се захтева, није неосновано претпоставити да су постојале извесне негативне субјективне околности на страни оштећеног које је друга уговорна страна искористила.

На сличан начин бисмо могли да тумачимо и решење из швајцарске судске праксе, по коме је за поништај уговора као зеленашког довољно да су у великој мери присутна два од три услова предвиђена чланом 21. Законика о облигацијама (очигледна несразмера узајамних давања, слабост (нужда) на страни једног уговарача и коришћење те слабости од стране другог уговарача).²³⁰⁴ Акцент је стављен на неморалност и нееквивалентност овог уговора. Наш је став да је очигледна несразмера кључни елемент зеленашког уговора, те да је постојање објективног елемента у виду очигледне несразмере нужно али да би се могло у пракси прихватити решење по коме ако је други елемент изражен у великој мери (алтернативно један од два преостала субјективна елемента) не захтева се постојање трећег. То правило би се морало примењивати изузетно рестриктивно, јер су субјективни елементи конститутивни део појма лихварских уговора и битно је њихово истовремено постојање.

Када је реч о уговорној камати, сматрамо да је она на одговарајући начин регулисана у домаћем праву. Уколико буде усвојен предлог да се ова материја јединствено регулише на нивоу Европске Уније, у интересу је наше државе да се прилагодимо тим решењима. Реч није само о повећавању наше конкурентности на европском тржишту, већ и о томе да се корисницима кредита и уговора о зајму пружи исти степен заштите њихових интереса као и онима који закључују те врсте уговора на тлу Европске Уније.

У нашем правном поретку предвиђена је санкција апсолутне ништавости, са неким елементима релативне ништавости. Сматрамо да је санкција коју ЗОО предвиђа адекватна претњи коју закључивање таквих уговора представља и по интересе уговарача и по јавни поредак. Исто важи и за могућност предаје оног што је зеленаш на име уговора дао општини у којој оштећени има пребивалиште, боравиште или седиште. Правило је да не би требало дозволити да се задржи корист која је стечена кривичним делом, а зеленаштво је предвиђено као кривично дело чланом 217. Кривичног законика.

Спорно је било да ли је одредба по којој се зеленашки уговор може конвалидирати у року од 5 година од закључења уговора усклађена са генерално предвиђеном санкцијом апсолутне ништавости, које не подразумева могућност конвалидације. Наше је мишљење да је ово одступање правилно, јер уговори у којим је нарушена еквивалентност престајања превасходно угрожавају приватне интересе. Стога, уколико оштећени има интерес да конвалидира уговор у питању, сматрамо да би правни поредак требало да предвиди ту могућност. На тај начин долази до поновног успостављања еквивалентности у зеленашком уговору. Поред тога, такво решење је у складу са правилом по коме зеленашки уговор може бити и делимично ништав.

Подржавамо и став о одвојеном регулисању зеленашких уговора и института прекомерног оштећења. У оба случаја објективни елемент постојања истих представља очигледна несразмера узајамних давања. Примењују се на исту врсту уговора и инструменти су заштите начела еквивалентности. Ипак, субјективни елемент је различит – код зеленашких уговора на страни зеленаша постоји свест о постојању неповољних субјективних околности на страни оштећеног, као и намера зеленаша да те околности искористи како би склопио уговор којим он или неко треће лице стиче

²³⁰⁴ Према: F. Taisch, 1992, 530

прекомерну корист у односу на оно што је он дао или учинио. Насупрот томе, код прекомерног оштећења не постоји свест код оштећеног о правој вредности престаџија. Управо уважавањем оба субјективна елемента пружа се потпунија правна заштита и олакшава успостављање начела еквивалентности и економске равнотеже у уговору. При томе, треба имати у виду и различитост њихових правних последица.

10.2.3. Коментар и предлози у вези са законодавним регулисањем правног института промењених околности

Већ смо навели да је ЗОО у појединим аспектима одступио од решења предвиђених Општим узансама. Ми сматрамо да су поједина решења оправдана – примера ради, упркос томе што је изостављен термин ”прекомерно” код отежаног испуњења уговора, сматрамо да се подразумевају озбиљне тешкоће при истом. На тај начин је проширен домен примене правила о промењеним околностима, али не у мери која обесмишљава наведени институт. То је постигнуто одредбама да ”уговор више не одговара очекивањима уговорних страна”, те да би ”по општем мишљењу било неправично одржати га на снази”.

Наш је став да је одредба о остваривању сврхе уговора добро постављена. Наиме, поред објективне еквивалентности доиста је важно да се одржи и субјективна еквивалентност уговора. Уколико је услед промењених околности за једну уговорну страну уговор фактички обесмишљен, није у складу са начелом правичности инсистирање да исти остане на снази. Не сматрамо да је тиме суштински отежан посао суду јер о сврси закључења уговора најчешће постоји експлицитна или имплицитна сагласност која се између осталог може утврдити на основу врсте уговора у питању.

Насупрот томе, стандард ”општег мишљења” се показао као недовољно јасан и прилично проблематичан за примену. Основано је његово изостављање из Нацрта српског грађанског законика.

Услови примене клаузуле *rebus sic stantibus* су добро постављени. Сматрамо да висина штете не би требало да буде услов примене овог правног института. Такође, важно је да промењене околности утичу на битне састојке уговора. Оправдан је захтев да је реч о околностима које нису постојале у време закључења уговора, те да су оне настале након закључења уговора али пре него што је обавеза доспела. Премда је оправдан став да странка која је у доцњи не може да захтева примену института промењених околности, сматрамо да би случај нескривљене доцње требало посматрати као изузетак од тог правила. Поред тога, нужно је да су околности на које се оштећени позива трајале све до момента испуњења уговора, као и да оштећени није испунио своју уговорну обавезу.

Основано се захтева да је реч о околностима које није било могуће предвидети, избећи ни савладати. Премда законодавац није децидно навео да је нужно да је реч о ”непредвидивим” и ”изванредним догађајима” став 2. члана 133. ЗОО јасно прописује да мора бити реч о околностима које одступају од оног што се може очекивати када се поступа са захтеваним степеном пажње. Упркос томе, због различитих тумачења термина из Узанси, сматрамо да је формулација из ЗОО адекватна и да не нарушава правну сигурност. Исто важи и за услов нескривљености околности у питању.

Основано је такође ЗОО-ом предвиђено да се правила о промењеним околностима примењују на све двострано обавезне и теретне уговоре. То је у складу са њиховом

природом и тиме што је реч о уговорима у којима постоји економска равнотежа обавеза уговорних страна. На исти начин, у складу је са начелом аутономије воље да се законом дозволи могућност да се уговором искључи примена клаузуле о промењеним околностима. При том је сасвим оправдано ограничење по коме се странке могу одрећи позивања на „одређене“ промењене околности, дакле не све. Ова одредба је у складу са општим правилом уговорног права по ком се странке не могу унапред, на општи начин, одрећи права да захтевају раскид или поништај уговора из ма којег разлога. Клаузула којом би се странке одрекле позивања на промењене околности уопште била би супротна јавном поретку и као таква апсолутно ништава. Поред тога, нужно је да се води рачуна о начелу савесности и поштења.

Законодавац је такође предвидео могућност примене клаузуле *rebus sic stantibus* на алеаторне уговоре. Иако се на први поглед чини да се наведена одредба коси са самом природом ове врсте уговора, њена примена је дозвољена само изузетно, у изузетно тешким случајевима финансијских губитака једног уговарача услед околности које су потпуно неочекивано наступиле након закључења уговора. Реч је о неочекиваним догађајима таквог типа да у знатној мери превазилазе чак и повећани ризик пословања који је једно од обележја уговора на срећу. Наше је мишљење да ова одредба има правног смисла и да је у складу са основним начелима уговорног права.

Интересантно је и питање да ли је оправдано применити правила о промењеним околностима на банкарске правне послове. Поновићемо наш став да се заштита даваоца кредита конституисањем валутне клаузуле и промењиве каматне стопе може обезбедити само у складу са основним начелима уговорног права, од којих је једно и начело еквивалентности узајамних давања. У противном, уговорена валутна клаузула и промењива каматна стопа не могу уживати судску заштиту. Стога у пракси може доћи до спорности њихове примене, односно могуће корекције правних последица ако наступе промењене околности од утицаја на постојање и испуњење уговором опредељених обавеза. Сматрамо да ово нарочито важи ако се има у виду да уговор о кредиту закључује банка са обичним грађанима којима, за разлику од банке, закључивање наведених уговора не спада у оквире редовне пословне делатности.

Кратко ћемо се осврнути и на правне последице примене института о промењеним околностима. Обавеза обавештавања друге уговорне стране предвиђена ставом 134. ЗОО је у складу са начелом савесности и поштења, те обавезом уговорних страна да једна другу обавештавају о свему што је релевантно за њихов уговорни однос.

Заступамо становиште да је законодавац требало да прецизира да оштећена уговорна страна има право да захтева измену или раскид уговора, јер тренутна законска формулација није довољно прецизна и оставља простор различитим тумачењима.

Одредба по којој је оштећена уговорна страна дужна да свом сауговарачу накнади правичан део штете који је имала услед раскида уговора основано је нашла своје место у ЗОО. Друга уговорна страна није ни на који начин допринела томе да се створе услови за примену овог института те је у складу са начелом правичности да оштећени подели са њом терет настале штете. У складу са наведеним начелом јесте и правило по коме се висина накнаде штете одређује према ценама у време доношења судске одлуке.

Могућност раскида уговора је логична и директна последица релативне ништавости уговора. Сматрамо да би по угледу на страна законодавства било корисно увести одредбу о обавезним преговорима уговорних страна пре него што суд приступи раскиду уговора. Такође, било би целисходно законом прописати обавезу да се наведеним преговорима приступи на озбиљан начин и у доброј вери.

Исто тако, могућност да се уговор одржи на снази правичном изменом је у складу са настојањем да се уговор остави на снази кад год је то могуће. Сматрамо да обе уговорне стране имају право да изнесу предлог да се уговор правично измени. При томе се изменити могу само битни елементи и услови уговора, и то искључиво они који су се садржински изменили услед наступања околности које се нису могле предвидети, избећи нити савладати. Законодавац је на добар начин формулисао критеријуме о којима је суд дужан да води рачуна приликом правичне измене уговора. Међутим, сматрамо да би требало изменити наведену одредбу на начин који недвојбено указује да није реч о *numerus clausus*.

Када је реч о утицају инфлације на судбину уговора, новија судска пракса по којој се неочекивано и ванредно висока инфлација сматра околношћу од утицаја на примену института промењених околности је више у складу са основним начелима облигационог права од раније заузетог, супротног става. Такође, подржавамо став да се овај институт може применити и у случају споразумног продужења рока за испуњење дужникове обавезе.

Поред тога, законодавац је предвидео и посебна законска правила о утицају промењених околности на предуговор, уговор о грађењу, уговор о зајму, али и на висину досуђене накнаде материјалне штете у случају смрти, телесне повреде, оштећења здравља. Клаузула *rebus sic stantibus* примењује се и код уговора о лиценци, те на уговор о остави и уговор о организовању путовања. Немамо посебних замерки на начин на који су ова питања регулисана у ЗОО јер сматрамо да су наведене одредбе јасне, прецизне и примењиве у пракси.

10.3. ПРОБЛЕМАТИКА ОЧИГЛЕДНЕ НЕСРАЗМЕРЕ У УГОВОРНОМ ПРАВУ – ФИНАЛНЕ ОБЗЕРВАЦИЈЕ

Начело еквивалентности узајамних давања не подразумева егзактну еквивалентност - дозвољена су извесна одступања која су у складу са начелом правичности. У природи је сваког уговора да постоји извесна доза неједнакости, односно корист коју уговарачи његовим закључивањем стичу.

Моменат у коме та несразмера прерасте у нешто веће, евидентно неправично и тешко за једну уговорну страну на начин кога она није била свесна или на шта је пристала условљена субјективним околностима и зеленашком намером свог сауговарача јесте моменат када законодавац наступа и пружа могућност уговорним странама да измене уговор односно приступе његовом раскиду или утврђивању ништавости. Исто важи и за ситуацију у којој та неједнакост која бode очи и чини уговор евидентно неправичним не постоји у моменту закључења уговора већ наступи касније као последица одређених раније непредвидивих околности које се нису могле избећи, савладати нити спречити.

У већини европских законодавстава заузет је наведени став, по којем је постојање очигледне несразмере у уговору објективни услов за примену института којим се штити начело еквиваленције. Управо је еластичност овог правног стандарда његово кључно обележје – јер да је иоле егзактније одређен, неоправдано би се смањио његов домен примене. Стога је оправдано одређење српског законодавца да га у различитим институтима управо на овај начин формулише.

Судови такође нису развили нарочито чврсте критеријуме у погледу тога када би се могло сматрати да је несразмера "очигледна". Често је заузиман став да је наведени услов испуњен када је реч о оштећењу преко половине. Међутим, анализом судске праксе смо наишли и на ситуације када је оштећење математички гледано било ниже али је његова реална вредност била врло висока. Као начелно правило могли бисмо рећи да се очигледном несразмером узајамних давања као условом који мора бити испуњен за примену института промењених околности може сматрати постојање такве неједнакости у узајамним давањима странака да уговор у питању више суштински није уговор које су странке имале на уму када су на закључење истог пристале. Када је реч о прекомерном оштећењу, очигледна несразмера постоји уколико је диспропорција давања уговорних страна толика да се њоме озбиљно нарушава економска равнотежа уговора. Дакле, у уговорима у којима није реч о мудрој уговарању, коришћењу тржишних прилика и слично, већ о једној прекомерној и неправичној разлици у вредности престација уговорних страна која се напосто не може толерисати. Код зеленашких уговора, неопходно је да је зеленаш или треће лице на основу закључења истог стекао прекомерну велику корист. У том смислу постоји извесна сличност, ако не и идентитет између очигледне несразмере код зеленашког уговора и код лезије.

Суд дакле приликом утврђивања евентуалне испуњености услова постојања очигледне несразмере међусобних престација уговорних страна треба да пође од питања да ли постоји несразмера узајамних давања, водећи рачуна о правнорелевантном тренутку према коме се вредност престација уговорних страна цени. Уколико је одговор на наведено питање потврдан, потребно је утврдити у којој висини је несразмера. Потом је задатак суда да оцени да ли је та висина прекомерна и да ли је правично оставити такав уговор на снази у неизмењеном облику. При томе треба имати у виду све околности случаја и нарочито обратити пажњу на субјективне елементе код оштећеног али и његовог сауговарача.

Уколико применом наведених метода суд дође до закључка да у предметном уговору јесте присутна очигледна несразмера уговорних престација, примениће се конкретни институти заштите еквивалентности уговора за чију су примену испуњени и остали, субјективни услови. Поновним успостављањем уговорне равнотеже се доприноси равноправности странака, обезбеђује се правичност самог уговора и поступа у циљу очувања правне сигурности. Стога су суштинско разумевање и правилна примена овог правног стандарда, а потом и правних института чији је он објективни елемент, од изузетног значаја.

Циљ нашег истраживања био је да допринесемо стварању свеобухватније слике о очигледној несразмери у уговорном праву како кроз еволутивну, тако и кроз упоредноправну, теоријску и призму практичне примене. Поред тога, у овом раду смо начинили коментаре постојећих законских решења у вези са институтима чији је очигледна несразмера објективни елемент и дали предлоге како би се позитивноправна решења у српском праву могла модификовати са циљем да се њихова примена учини још ефикаснијом. На тај начин смо додали једну малу пузлу која нас чини један корак ближим склапању велике слагалице која представља коначну слику и приказ правног стандарда очигледне несразмере у уговорном праву.

11. ЛИТЕРАТУРА

11.1. КЊИГЕ И ЧЛАНЦИ

Аврамовић Драгослав, *Реконструкција монетарног система Југославије и победа над инфлацијом 1994.*, Београд, 2007

Аврамовић Сима, *Српски грађански законик (1844) и правни транспланти – копија аустријског узора или више од тога?*, Српски грађански законик – 100 година, Београд, 2014

Алексић Весна, *Структурне промене у приватном банкарском сектору Србије – историјске опомене и препоруке*, Структурне промене у Србији – досадашњи резултати и перспективе, 2015, 91-105

Антић Биљана, *Промењене околности у уговорном праву Европске Уније и Србије*, Нови Сад, 2014

Антић Оливер, *Облигационо право*, Београд, 2008

Антић Оливер, *Облигационо право*, Београд, 2012

Babić Dragan, *Pravednost, pravičnost i pravo*, Pravni vjesnik, 1987, broj 3, 151-158

Бабић Илија, *Лексикон облигационог права*, Београд, 2001

Baele Hugh, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart, 2010

Baranauskas Egidijus; Zapolskis Paulius, *The effect of change in circumstances on the performance of contract*, Juridprudencija, 2009, no.4, 197-216

Becker Cristoph, *Die Lehre von der laesio enormis in der Sicht der heutigen Wucherproblematik : Ausgewogenheit als Vertragsinhalt und § 138 BGB*, Köln, 1993

Belaj Vlado, *Geneza cijene kod ugovora o prodaji*, Pravni Vjesnik, 2002, broj 3-4, 9-24

Бикић Абедин, *Промијењене околности и прекомјерно оштећење код двостраних уговора*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, 2011, 81-94

Binder Christina, *Die Grenzen der Vertragstreue im Völkerrecht*, Heidelberg, 2013

Благојевић Глушчевић Невенка, *Извори за римско облигационо право*, Подгорица, 1997

Благојевић Срђан, *Уговор о потрошачком кредиту и заштита потрошача*, Добој, 2012

Богишић Балтазар, *Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору*, Цетиње, 1898

Bonell Michael Joachim, *The UNIDROIT Principles: What Next*, Uniform Law Review, 1998, issue 2-3, 275-286

Bydlinki Peter; Apathy Peter, *Bürgerliches Recht, Allgemeiner Teil*, Wien, 2010

Bydlinski Peter, *Ein letztes Mal (?): zum Anwendungsbereich der Laesio-Enormis-Vorschriften*, Juristische Blätter, 2008, issue 11, 744-746

Вагнер Љубомир, *Прекомерно оштећење (laesio enormis)*, Гласник Адвокатске Коморе за АП Војводину, 1957, број 4, 4-13

Van den Bergh Rena, *The long life of laesio enormis*, Studia Universitatis Babeş Bolyai-Iurisprudentia, 2012, no. 4, 35-52

Van Houtte Hans, *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, International Trade and Business Law Annual 2, 1996, 1-20

Вилус Јелена, *Уговор о грађењу (према Закону о облигационим односима)*, Зборник радова, 1979, 137-150

Винш Владимир, *Право аутора на ревизију уговорне одредбе о износу ауторског хонорара*, Страни правни живот, 2017, број 2, 191-204

Visky Karoly, *Spüren der Wirtschaftskrise der Kaiserzeit in den römischen Rechtsquellen*, Bonn-Budapest, 1983

Визнер Борис, *Коментар Закона о обвезним (облигационим) односима*, Загреб, 1978

Визнер Борис, *Правно релевантно значење заблуде о мотиву*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, 1977, број 1, 14-21

Vogel John M., *Impossibility of performance – a closer look*, Public contract law journal, 1977, issue 2, 110-142

Водинелић Владимир, *Такозвана злоупотреба права*, Београд, 1997

Воргић Никола, *Акти власти и садржај облигација*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, 1990, број 1, 28-32

Воргић Никола, *Побијање судског поравнања*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1967-1968, број 2, 71-86

Вукосављевић Јелена, *Зеленашки правни посао*, Нови Сад, 2014

Гамс Андрија, *Основи стварног права*, Београд, 1961

Глушац Данијела, *Неправичне одредбе и уговор о осигурању*, Ревизија за европско право, 2015, број 1, 99-112

Goode R.M., *Usury in English Law*, Arizona Journal of International and Comparative Law, 1982, 38-60

Gordley James, *Equality in exchange*, California Law Review, 1981, no. 6, 1587-1656

Gordley James, *Impossibility and changed and unforeseen circumstances*, The American Journal of Comparative Law, 2004, no.3, 513-530

Gray Whitmore; Stults Raymond, *Civil code of the Russian Soviet Federated Socialist Republic – an English translation*, Michigan, 1965

Grub Fritz, *Die Lehre von der clausula rebus sic stantibus im Privatrecht*, Leipzig, 2015

Даниловић Јелена, *Болоњска школа и ренесанса права*, Зборник радова, 1967-1968, број 2, 381-396

Даниловић Јелена, *Правичност као показатељ при одређивању и одмеравању облигационих односа и нацрт будућег Закона о облигацијама и уговорима*, Зборник радова, 1970, 357-376

DiMatteo Larry A; Zhou Qi; Saintler Severine; Rowley Keith, *Commercial contract law – Transatlantic perspectives*, Cambridge, 2013

Драгичевић Мирјана, *Раскид или измјена уговора због промијењених околности*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2012, 301-312

Дудаш Атила, *Кауза уговорне обавезе према Закону о облигационим односима Републике Србије*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2010, број 1, 145–169

Дудаш Атила, *Кауза уговорне обавезе – француски утицај на Закон о облигационим односима Републике Србије*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2011, број 3, 663–679

Дудаш Атила, *Настанак и развој идеје о раскидању или измени уговора због промењених околности*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2015, број 1, 197–214

Дудаш Атила, *Правна релевантност циља уговора у немачком праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2013, број 1, 271–289

Дудаш Атила, *Схватања о каузи уговора у домаћој цивилистици по усвајању Закона о облигационим односима*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, Нови Сад, 2012, број 1, 475-490

Бетваи Карољ, *Промењене околности и извршење уговора*, Гласник Адвокатске Коморе за АП Војводину, 1955, број 7, 6-9

Бокић Марица, *Неправедне одредбе у потрошачким уговорима*, Сварог, 2016, бр. 12, 225-234

Ђорђевић Живомир, *Проблеми еквивалентности у облигационом праву*, Београд, 1958

Ђурђевић Марко, *Раскидање или измена уговора због промењених околности*, Београд, 1994

European Commission, *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law*, Brussels, 2011

Endemann Wilhelm, *Handbuch des deutschen Handels-, See-, und Wechselrechts*, Leipzig, 1882

Живковић Велимир, *Hardship in French, English and German law*, Страни правни живот, 2012, број 3, 240-260

Живковић Милош, *Обим сагласности неопходан за закључење уговора*, Београд, 2006

Жижих Зоран, *Установа зеленашког уговора у практичној примени*, Право: теорија и пракса, 1986, број 8, 40-45

Zimmermann Reinhard, *The law of obligations – Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, 1996

Зиндовић Илија, *Промењене околности (клаузула rebus sic stantibus) и нове тенденције у регулисању овог правила*, Право – теорија и пракса, 2012, број 7-9, 115-131

Зиндовић Илија, *Ревизија уговора због промењених околности – упоредноправна решења о клаузули rebus sic stantibus*, Страни правни живот, 2017, број 3, 35-54

Илкић Зоран, *Престанак уговора о доживотном издржавању*, Мегатренд ревија, 2014, број 1, 127-145

International Institute for the Unification of Private Law, *UNIDROIT Principles of international commercial contracts*, Rome, 2016

Јанковец Ивица, *Дејство промењених околности на уговорне односе (покушај хармонизације права европских земаља)*, Ревивија за европско право, 1999, број 1, 135-144

Јанковец Ивица, *Трансформација цене као елемента уговора о продаји*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1976, 217-238

Јелинчић Срећко, *Примјена метода клизне скале у ревизији цијене*, Правни вјесник, 1985, број 2-3, 215-224

Jensen Herbert L., Apilado Vincent P., *Personal bankruptcy law*, Jurimetrics Journal, 1979, issue 3, 218-234

Јоцовић Светлана, *Преглед судске праксе*, Ревивија за право осигурања, 2004, број 3-4, 48-54

Капор Владимир, *Питања у вези са ступањем на снагу Закона о облигационим односима*, Зборник радова, 1979, 15-22

Капор Предраг, *Валутна клаузула у банкарским кредитима у Србији*, Економика пољопривреде, 2011, број 2, 251-264

Киждобрански Миливој, *Промењене околности и право извођача на повећање цене код уговора о грађењу*, Нови Сад, 1987

Klasiček Dubravka; Ivatin Marija, *Modification or dissolution of contracts due to changed circumstances*, Правни вјесник: часопис за правне и друштвене знаности Правног факултета Свеучилишта Јосипа Јурјс Строссмјера у Осјеку, 2018, no.2, 27-55

Ковач Карло, *Виша сила и промењене околности у нашем праву*, Гласник Адвокатске Коморе у АП Војводини, 1966, број 11, 16-24

Ковач Карло, *Еквивалентност, алеаторност и пословни морал у нашем правном систему*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, 1980, број 3, 1-15

Ковач Карло, *Нацрт Закона о облигацијама и уговорима – значајан догађај нашег правног поретка и привредног развоја*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, 1975, број 4, 1-15

Ковачевић Куштримовић Радмила, *Клаузула rebus sic stantibus према Закону о облигационим односима*, Зборник радова правног факултета у Нишу, 1979, 289-304

Ковачевић Радмила, *Промењене околности и начело савесности и поштења*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1973, 283-297

Константиновић Михајло, *Облигације и уговори*, Скица за Законик о облигацијама и уговорима, Београд, 1996

Круљ Врлета, *Заштитне (монетарне) клаузуле у југословенском праву*, Реферат на саветовању немачких и југословенских правника одржаном од 2.-6.јуна 1973. године у Фрајбургу (доступан на prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z11/04z11.pdf, приступила 7.4.2020. године)

Круљ Врлета, *Промењене околности и уговорна одговорност*, Београд, 1967

Langer Vera Isabella, *Laesio enormis: ein Korrektiv im Römischen Recht*, Marburg, 2009

Larenz Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, München, 1976

Lindstrom Niklas, *Changed Circumstances and Hardship in the International Sale of Goods*, Nordic Journal of Commercial Law, 2006, no. 1, 2006, 1- 29

Лоза Богдан, *Облигационо право*, Београд, 2000

Лоза Богдан, *Прекомерно оштећење – оштећење преко половине вредности код теретних уговора (laesio enormis)*, Годишњак Правног факултета Универзитета у Сарајеву, 1970, 40-56

Лукић Велибор, *Принцип еквивалентности, монетарни номинализам и индексне клаузуле у облигационом праву*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, 1985, број 10-11, 1-8

Малагурски Бранислав, *Међународно право: процеси уједначавања међународног уговорног права, примјери опћег и регионалног уједначавања*, Правни вјесник, 2004, број 1-2, 273-296

Марић Дарија, *Заблуда и правне последице заблуде*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, 2014, број 2, 79-106

Марковић Велисав, *Уговор о поравнању*, Збирка радова са Synthesis међународне конференције о истраживањима у вези са информатичким технологијама и бизнисом, 2015, 728-734

Маркс Карл, *Капитал*, Београд, 1948

Marcuse Herman, *Comparative decisions: unbalanced transactions under common and civil law*, Columbia Law Review, 1943, no.43, 1066-1079

Матијашевић Обрадовић Јелена, Мирковић Предраг, *Злоупотреба доминантног положаја уз осврт на основне принципе политике конкуренције у ЕУ и Србији*, Право – теорија и пракса, 2018, 16-31

Матић Божидар, *Испуњење новчаних облигација*, Зборник Радова Правног факултета у Нишу, 1981, 333-353

Menyhard Attila, *Excessive benefit and unfair advantage in contracts*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2003, број 1-2, 297-311

Месаровић Коста, *Промењене околности и извршење уговора о доживотном издржавању*, Гласник Адвокатске Коморе у АП Војводини, 1962, број 11, 9-13

Мешкић Златан, *Ограничење страначке аутономије у европском колизионом праву*, Ревизија за европско право, 2012, број 1, 5-34

Мијачић Мирса, *Облигациони уговори*, Београд, 1990

Мијачић Цветановић Мирса, *Раскидање уговора због неиспуњења*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 131-144

Милошевић Љубиша, *Облигациони односи и основна начела према савезном Закону о облигационим односима*, Зборник радова са саветовања о примени Закона о облигационим односима, Закона о ауторском праву и Закона о извршном поступку, Нови Сад, 1979, 35-47

Милошевић Љубиша, *Облигационоправна (грађанскоправна, имовинскоправна) одговорност за своје штетне радње*, Зборник радова 1983, 107-118

Милошевић Љубиша, *Облигационо право*, Београд, 1982

Милошевић Љубиша, *О зеленашком уговору*, Београд, 1957

Милошевић Љубиша, *Основна начела нашег облигационог права према Савезном закону о облигационим односима*, Зборник радова, 1978, 31-44

Милошевић Љубиша, *Социјалистички морал и уговор*, Зборник радова, 1977, 195-208

Михајловић Стојан, *Михајло Константиновић: Облигације и уговори (прикази)*, Гласник Адвокатске Коморе у АП Војводини, Нови Сад, 1969, број 6, 31-32

Mokrejs Caroline, *Die clausula rebus sic stantibus – die antiken Quellen und ihre moderne Rezeption: eine rechtshistorische und rechtsvergleichende Untersuchung*, Wien, 2011

Momberg Uribe R.A., *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts – comparative perspectives*, Utrecht, 2011

Monnier Henry, *Études De Droit Byzantin: Méditation Sur La Constitution Екатерина Et Le "Jus Poenitendi"*, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1900, vol. 24, 37-107

Moran Pauline, *Restitutionary Principles and the Frustrated Contracts Act 1944*, *Auckland University Law Review* 4, 1980, no. 1, 56-65

McNair Arnold D., *The Law Reform (Frustrated Contracts) Act, 1943*, *Law Quarterly Review* 60, 1944, no. 2, 160-174

Nikolić Dušan, *Legal protection of the weaker side in private law in Republic of Serbia*, *Collection of papers of Faculty of law in Niš*, 2015, 499-516

Николић Душан, *Прекомерно оштећење (laesio enormis) у правној пракси*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, 1989, број 9, 30-33

Николић Душан, *Увод у систем грађанског права*, Нови Сад, 2017

Никшић Саша, *Темељна обиљежја института измјене или раскида уговора због промијењених околности*, *Liber amicorum Nikola Gavella*, Грађанско право у развоју, Загреб, 2007

Nochta Tibor, *Ist die Wirtschaftskrise ein Vertragsrisiko*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2011, број 2, 527-540

Osrečak Jadranka, *Poredbenopravni prikaz načela savjesnosti i poštenja*, *Zagrebačka pravna revija*, 2014, broj 1, 53-77

Palandt Otto, *Bürgerliches Gesetzbuch*, München, 1966

- Пановски Страхил, *Раскид или измена уговора због промењених околности*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, 1985, број 7-8, 31-39
- Perillo Joseph M., *Force Majeure and Hardship under the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Tulane Journal of International and Comparative Law, 1997, no. 5, 5-28
- Pernen Stefan; Spitzer Martin; Kodek Georg., *Bürgerliches Recht*, Wien, 2014
- Перовић Јелена, *Промењене околности у српском уговорном праву и изворима униформног уговорног права*, Анали Правног факултета у Београду, 2012, број 1, 185-202
- Перовић Марко, *Правне последице зеленашког уговора*, Правни живот, 2013, број 10, 709-729
- Перовић Слободан, *Забрањени уговори у имовинскоправним односима*, Београд, 1975
- Перовић Слободан, *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995
- Перовић Слободан, Стојановић Драгољуб, *Коментар Закона о облигационим односима*, Крагујевац, 1980
- Перовић Слободан, *Облигационо право*, Београд, 1973
- Перовић Слободан, *Облигационо право*, Београд, 1980
- Перовић Слободан, *Скица за један портрет*, Тридесет година Закона о облигационим односима - зборник радова, Крагујевац, 2008,10
- Petrić Silvija, *Izmjena ili raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti prema novom Zakonu o obveznim odnosima*, Zbornik pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2006, broj 1, 87-128
- Пижевски Стојко, *Прекумерно оштетување*, Скопље, 1968
- Пићкулић Звонимир; Ђерђ Имре, *Основи приватног права у Војводини*, Београд, 1924
- Pichonnanaz Pascal, *From clausula rebus sic stantibus to hardship: aspects of the evolution of the judges role*, Fundamina: A journal of legal history, 2011, issue 1, 125-143
- Pohlkamp Matthias, *Die Entstehung des modernen Wucherrechts und Wucherrechtsprechung des Reichsgerichts zwischen 1880 und 1933*, Wien, 2009
- Попов Даница, *Грађанско право, општи део*, Београд, 2005
- Попов Даница, *Заштитне клаузуле са посебним освртом на уговор о купопродаји инвестиционе опреме*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1985, 209-223
- Попов Даница, *Промењене околности и ослобођење од одговорности (виша сила) код уговора о продаји робе*, Зборник Матице Српске за друштвене науке, 1986, 67-90
- Попов Даница, *Рушљивост правног посла услед заблуде*, Зборник радова, Нови Сад, 2006, број 3, 231-243
- Попов Ђорђе, *Утицај валутне клаузуле и девизног курса на стање привреде Србије*, Зборник радова правног факултета у Новом Саду, 2012, број 3, 19-37
- Поповић Витомир, *Одређивање цене код уговора о продаји у привреди*, Анали Правног факултета у Београду, 1992, број 4, 265-276

Просо Маја; Штамбук Шуњић Марија, *Принципи еуропског уговорног права с освртом на уговорну одговорност за неимовинску штету према новом ЗОО-у*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, 2008, број 4, 901-914

Pürner Stefan, *Treu und Glauben in der deutschen Rechtsprechung*, Zbornik Pravnog Fakulteta Sveucilista u Rijeci 25, 2004, no.1, 247-264

Puchta Georg, *Pandekten*, Leipzig, 1845

Радивојевић Зоран, *Кодификација начела pacta sunt servanda и Бечка конвенција о уговорном праву*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1983, 349-363

Радишић Јаков, *Облигационо право*, Београд, 1979

Радованов Александар, *Облигационо право, општи део*, Нови Сад, 2009

Радоњић Новица, *Несразмера између уговорних обавеза као реалност из clause laesio enormis у Закону о облигационим односима*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, Нови Сад, 1981, број 11, 27-32

Ramberg Jan; Herre Johnny, *Internationella köplagen (CISG)*, Gothenburg, 2004

Rosenfeld Michel, *Contract and Justice: The Relation between Classical Contract Law and Social Contract Theory*, Iowa Law Review 70, 1985, no.5, 769-900

Roth Günter H., *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Band 2 - Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 3. Auflage, München, 1994

Салма Јожеф, *Грађанскоправни и трговински уговори – основна теоријска и методолошка питања њихове кодификације*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2010, број 2, 37-64

Салма Јожеф, *Начело еквивалентности и прекомерно оштећење у облигационоправним уговорима: осврт на пројектована законодавна решења*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1977, 273-282

Салма Јожеф, *Облигационо право*, Нови Сад, 2007

Салма Јожеф, *Обележја појма и правних последица начела еквивалентности према Закону о облигационим односима*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, посебна свеска са саветовања о примени Закона о облигационим односима, Закона о ауторском праву и Закона о извршном поступку, 1979, 67-77

Салма Јожеф, *О сразмери прекомерног оштећења*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду посвећен двадесетогодишњици Правног факултета, Нови Сад, 1979, 375-389

Салма Јожеф, *Поглед на појам и вредност апсолутне еквивалентности*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1976, 79-92

Салма Јожеф, *Прекомерно оштећење у облигационим уговорима*, Нови Сад, 1976

Салма Јожеф, *Прикрађење преко половине и уговор*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, 1970, број 8, 24-27

Салма Јожеф, *Уговорна одговорност – у европском, упоредном и домаћем праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2011, број 1, 69-107

Сворцан Слободан, *Раскид уговора о доживотном издржавању*, Београд, 1987

Senn Mark A., *A Matter of Principle and Interest - The Briefest Possible History of Usury, Probate and Property*, 2006, issue 2, 60-64

Симоновић Ивана, *Реституција у грађанском праву – домаћај примене*, Ниш, 2012

Simpson Linda; Taylor Lisa; O'Rourke Kathleen; Shaw Katherine, *An analysis of the consumer behavior on Black Friday*, American Journal of Contemporary Research, 2011, no.1, 1-5

Сич Магдолна, *Савесност и поштење у раној антици - корени римског принципа bona fides*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1996, број 1-3, 193-207

Сич Магдолна, *Правична цена (pretium iustum) и њена примена током историје*, Зборник Матице Српске за друштвене науке, 2006, број 120, 199-227

Сич Магдолна, *Тумачење права у складу са правичношћу у римском праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2015, број 2, 617-633

Сич Магдолна, *Fides bona u fides у процесу стварања римског општег права (ius gentium)*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2012, број 1, 157-176

Слијепчевић Ратомир, *Израда грађанског законика Републике Србије – концепција, садржина и најважније новине преднацрта*, Ревизија за европско право, 2013, број 2, 99-152

Smit Hans, *Frustration of contract: a comparative attempt on consolidation*, Columbia Law Review, 1958, no.3, 287-315

Smith Reginald Heber, *Rethinking Usury Laws*, The Annals of the American Academy of Political and Social Science, 1938, no.1, 189-192

Soergel Hans Theodor, Siebert Wolfgang, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen; Band 1: Allgemeiner Teil*, Stuttgart, 1987

Sossna Ralf Peter, *Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen*, Berlin, 1991

Спасић Иванка, *UNIDROIT – допринос унификацији неких од најважнијих питања међународног трговинског права*, Страни правни живот, 2009, број 2, 27-54

Spiro Karl, *Die unrichtige Beurkundung des Preises bei Grundstückskauf: eine zivilistische Studie*, Basel, 1964

Stanković Emilija, *Protection of the poor during Diocletian's reign*, Fundamina, 2010, issue 1, 423-427

Станковић Милош, *Alea Iacta Est – алеаторност уговора о доживотном издржавању као ограничење могућности његовог раскида због промењених околности*, Harmonius: journal of Legal and Social Studies in South East Europe, 2012, број 1, 70-89

Stankovic Miloš; Celdran Jose Manuel Gutierrez, *Ogled o mogućnosti harmonizacije evropskog naslednog prava kroz analizu najznačajnijih sličnosti i razlika srpskog i španskog naslednog prava*, Harmonius: Journal of Legal and Social Studies in South East Europe, 2013, issue 1, 264-309

Станковић Обрен; Водинелић Владимир, *Увод у грађанско право*, Београд, 1995

Стојановић Предраг; Зиндовић Илија, *Инфлаторне и ценовне флукуације као основ за примену клаузуле rebus sic stantibus*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2013, број 64, 99-124

Stoll Hans, *Exemptions* in “Commentary on the UN Convention on the Sale of goods” (Peter Schlechtriem and Geoffrey Thomas ed.), New York, 1998

Schramm Alexander, *The English and German Law on Change of Circumstances: An Examination of the English System and Potential Advantages of the German Model*, Anglo-German Law Journal, 2018, vol. 4, 25-55

Schulze Wolfgang Georg, *Die laesio enormis in der deutschen Privatrechtsgeschichte*, Münster, 1973

Sossna Ralf Peter, *Die Geschichte der Begrenzung von Vertragsstrafen*, Berlin, 1991

Squillante Alphonse M, *Unconscionability: French, German, Anglo-American Application*, Albany Law Review, 1969-1970, 297-313

Taisch Franco, *Unconscionability in a civil law system: an overview of Swiss law*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal, 1992, issue 3, 529-540

Тасић Катари́на, *Мане воље оштећеног као један од услова за постојање зеленашког уговора*, Страни правни живот, 2012, број 3, 348-363

Tedeschi Gad, *Frustration of Purpose (Cessation of Promisee's Interest in Promisor's Performance)*, Israel Law Review, 1975, issue 1, 1-50

Тешић Милорад, *Клаузула ревизије цене у међународним трговачким уговорима – клизна скала*, Београд, 1983

Trakman Leon E., *Frustrated Contracts and Legal Fictions*, Modern Law Review 46, 1983, no. 1, 39-55

Тричковић Родољуб, *Нешто о правним средствима којима се постиже еквивалентност у робном промету*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, 1964, број 4, 15-25

Thal Spencer Nathan, *The inequality of bargaining power doctrine: the problem of defining contractual unfairness*, Oxford journal of legal studies, 1988, 17-33

Thayer J.B., *Laesio enormis*, Kentucky Law Journal, 1937, vol.25, no.4, 321-341

Unberath Hannes; McKendrick Ewan I., *Supervening events* in “The Common European Sales Law in Context - Interactions with English and German Law”, Gerhard Dannemann, Stefan Vogenaue (ed.), Oxford, 2013, 562-580

UNIDROIT International Institute for the Unification of private law, *UNIDROIT principles of international commercial contracts*, Rome, 2010

United Nations Commission on International Trade Law, *United Nations Convention on Contracts for the international Sale of Goods*, New York, 2010

Flambouras Dionysios P., *The Doctrines of Impossibility of Performance and Clausula Rebus SIC Stantibus in the 1980 Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Principles of European Contract Law - A Comparative Analysis*, Pace International Law Review 13, 2001, no.2, 261-294

Finkenauer Thomas, *Zur Renaissance der laesio enormis beim Kaufvertrag*, Festschrift für Harm Peter Westermann zum 70. Geburtstag, Köln, 2008, 183-207

Fikentscher Wolfgang, *Schuldrecht*, Berlin-New York, 1976

Фејеш Сич Магдолна, *Lex Romana Visigothorum*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1984, 151-170

Фејеш Сич Магдолна, *Разлог доношења Теодосијевог кодекса*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1989, број 1-3, 183-196

Hallebeek Jan, *Some Remarks on Laesio Enormis and Proportionality in Roman-Dutch Law and Calvinistic Commercial Ethics*, *Fundamina*, 2015, issue 1, 14-33

Hay Peter, *Frustration and its solution in German Law*, *American Journal of Comparative Law*, 1961, issue 4, 345-373

Heinsius Detlev, *Das Rechtsgut des Wuchers: zur Auslegung des § 302 a StGB*, Frankfurt am Main, 1997

Хибер Драгор, *Појам битне заблуде при закључењу уговора*, Београд, 1991

Horn Norbert, *Adaptation and Modification of Contracts in View of a Change of Circumstances*, *Tel Aviv University Studies in Law*, 1992, vol. 11, 137-150

Hutchinson Andrew, *Change of Circumstance in Contract Law: The Clausula Rebus Sic Stantibus*, *Journal for Contemporary Roman-Dutch Law*, 2009, issue 1, 60-73

Calenium Geruinum; Quentelii Johannis, *Selectae quaestiones juris variae vere aureae*, Köln, 1570

Cavailier Georges, *For a European range of clearly defined usury rates*, *The Cristian Law review*, 2014, vol.172, 42-62

Царић Славко, *Закон о облигационим односима и кодификација правила о уговорима у привреди*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1979, број 2, 48-59

Царић Славко, *Оштећење преко половине*, Гласник Адвокатске Коморе Војводине, Нови Сад, 1962, број 1, 5-13

Cassim F. H. I., *Economic duress in the law of unjust enrichment in USA, England and South Africa*, *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, 1991, 37-71

Cauffman Caroline, *The principle of proportionality and European Contract Law*, Maastricht, 2013

Цветковић Михајло, *Начело једнаке вредности узајамних давања у уговорном праву*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2008, број 52, 189-210

Clark Charles E., *The restatement of the law of contracts*, *Yale Law Journal*, 1933, issue 5, 643-667

Corbin Arthur Linton, *Corbin on contracts*, St. Paul, 1960

Collins Hugh, *The Law of Contract*, Edinburgh, 2003

Чобелић Ђорђе, *Промењене околности у привредном и грађанском праву: клаузула rebus sic stantibus*, Београд, 1972

Šmalcelj Želimir, *Djelovanje volje stranaka kod obvezno-pravnih ugovora*, *Naša zakonitost*, 1973, broj 1, 23-38

Šmalcelj Želimir, *Djelovanje volje stranaka kod obvezno-pravnih ugovora*, *Naša zakonitost*, 1973, broj 2, 150-159

Шолаја Ирина, *Овлашћења стране погођене промењеним околностима и овлашћења суда*, Годишњак факултета, 2017, број 7, 286-300

Шогоров Стеван, *Начело забране стварања и искоришћавања монополског положаја на јединственом југословенском тржишту и облигациони односи*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1979, број 2, 91-98

Watson Alan, *The hidden origins of enorm lesion*, The Journal of Legal History, 1981, issue 2, 186-193

Wendehorst Christiane; Zöchling Jud Brigitta, *Einführung in die Rechtswissenschaften und ihre Methoden, 2. Privatrecht*, Wien, 2013

Wenusch Hermann, *Die Illusion eines wahren Wertes : unter besonderer Berücksichtigung der laesio enormis*, Wien, 2004

Westbrook Raymond, *The origin of laesio enormis*, Revue internationale des droits de l'antiquité, 2008, 39-52

Windscheid Bernhard, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850

Windscheid Bernhard; Kipp Theodor, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1982

Windscheid Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1985

11.2. ЗАКОНИ И МЕЂУНАРОДНИ АКТИ

Грађански Законик за Краљевину Србију (текст Закона од 11. марта 1844. године, са изменама и допунама)

Законик међународне трговине ЧССР из 1963. године

Закон о девизном пословању, „Службени гласник РС”, бр. 62/2006, 31/2011, 119/2012, 139/2014 и 30/2018

Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима, ”Службени гласник РС”, бр. 31/2019

Закон о заштити конкуренције, „Службени гласник РС”, бр. 51/2009 и 95/2013.

Закон о заштити корисника финансијских услуга, ”Службени гласник РС”, бр.36/2011 и 139/2014

Закон о заштити потрошача, „Службени гласник РС“, бр. 62/2014 и 6/2016

Закон о наслеђивању, „Службени гласник РС” бр. 46/95, 101/2003 – Одлука УСРС и 6/2015

Закон о наслеђивању, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 20/55

Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1946. године и за време непријатељске окупације, „Службени лист ФНРЈ”, бр. 86/46 и 105/47

Закон о обвезним односима, „Народне новине” бр. 35/05, 41/08, 125/11, 78/15, 29/18

Закон о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, „Службени Лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Службени Лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља

Закон о односима родитеља и деце СР Србије, „Службени гласник СРС“, бр. 52/74

Закон о основама својинскоправних односаа, „Службени лист СФРЈ“, бр. 6/1980, 36/1990

Закон о парничном поступку, „Службени гласник РС“, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020

Закон о посебним условима продаје стамбених зграда и станова у друштвеној својини САПВ, „Службени гласник САПВ“, бр. 24/1972

Закон о промету земљишта и зграда, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 26/54

Закон о промету непокретности СР Србије, „Савремена администрација“, Београд, 1974

Закон о ратификацији Конвенције Уједињених Нација о уговорима о међународној продаји робе, „Службени лист СФРЈ – Међународни уговори“, бр. 10-1/84

Закон о судијама, „Службени гласник РС“, бр. 116/2008, 58/2009 – одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 - одлука УС, 121/2012, 124/2012 - одлука УС, 101/2013, 111/2014 - одлука УС, 117/2014, 40/2015, 63/2015 - одлука УС, 106/2015, 63/2016 - одлука УС и 47/2017

Закон о уговорном систему у социјалистичкој привреди Немачке Демократске Републике од 25.2.1965. године

Конвенција о униформном праву о закључивању уговора о међународној продаји робе (*The Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods ("ULF")*), доступна на: cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulf.html)

Конвенција о униформном праву о међународној продаји робе (*The Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods ("ULIS")*), доступна на: unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964)

Кривични законик Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 11/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014

Одлука Народне банке Србије о мерама за очување стабилности финансијског система у вези са кредитима индексираним у иностраној валути, „Службени гласник РС“, бр. 21/15 и 51/15

Опште узансе за промет робом, „Службени лист ФНРЈ“, бр.15/54

Основни закон о браку, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 29/46

Основни закон о односима родитеља и деце, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 104/47

Породични закон, „Службени гласник РС“, бр. 18 од 24. фебруара 2005, 72 од 28. септембра 2011 - др. закон, 6 од 22. јануара 2015.године

Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD)

Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, закључен 29.4.2008. године

The Directive on unfair terms in consumer contracts, 93/13 ЕЕС

The Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act

Уводни закон за Закон о парничном поступку из 1957. године, „Службени лист ФНРЈ“, бр. 4/1957

Устав Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр. 98/2006

11.3. СУДСКЕ ОДЛУКЕ И ПРАВНА СХВАТАЊА СУДОВА

Одлука Апелационог суда државе Њујорк у предмету *Dry dock bank v. American Life* од 1.4.1850. године

Одлука Апелационог суда Енглеске и Велса у предмету *Krell v. Henry* од 13.7.1903. године

Одлука Апелационог суда Енглеске и Велса у предмету *Lloyds Bank v. Bundy* од 30.7.1974. године

Одлука Апелационог суда Енглеске и Велса у предмету *Staffordshire Area Health Authority v. South Staffordshire Waterworks Co.* из 1978. године

Одлука Апелационог суда Енглеске и Велса у предмету *Herne Boy Steem Baat Co v. Huton* од 6.8.1903. године

Одлука Апелационог суда Енглеске и Велса у предмету *Chandler v. Webster* од 4.2.1904. године

Одлука Апелационог суда у Руену посл. број 982/82 у предмету *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises (S.E.E.E.) v. République Socialiste Fédérale de Yougoslavie et autres* од 13.11.1984. године

Одлука Високог суда Енглеске и Велса у предмету *Paradine v. Jane* од 26.3.1647. године

Одлука Високог суда Енглеске и Велса у предмету *Taylor v. Caldwell* од 6.5.1863. године

Одлука Врховног административног суда Француске у предмету *Gaz de Bordeaux* од 30.3.1916. године

Одлука Врховног привредног суда Сл.491/58 од 6.11.1959. године

Одлука Врховног суда Аутономне Покрајине Војводине, Гж.372/53 од 11.5.1955. године

Одлука Врховног суда Босне и Херцеговине, Гж.1013/71 од 16.3.1972. године

Одлука Касационог суда Француске у случају *Cannal de Craponne* од 6.3.1876. године

Одлука Куће Лордова Уједињеног Краљевства у предмету *Davis Contractor Ltd.v.Fareham UDC* од 19.4.1956. године

Одлука Куће Лордова Уједињеног Краљевства у предмету *Schoeder Music Publishing Co. Ltd. v. Macaulay* од 16.10.1974. године

Одлука Куће Лордова Уједињеног Краљевства у предмету

Одлука Федералног касационог суда Немачке, ZR 245/98 од 12.6.2001. године

Одлука Уставног суда Уж.3991/13 од 14. 4.2016. године

Правно схватање Вишег трговинског суда утврђено као одговор на питање на седници Одељења за привредне спорове од 27.9.2004. године

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 335/18 од 22.3.2018. године

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж.1751/18 од 15.3.2018. године

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 7911/10 од 17.6.2011. године

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 7911/10 од 17.6.2010. године

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 14503/10 од 18.11.2010. године

Пресуда Апелационог суда у Нишу, Гж. 1977/18 од 29.3.2018. године

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 343/18 од 1.3.2018. године

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 1461/13 од 13.11.2013.године

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 1523/11 од 1.2.2012. године

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 1578/14 од 26.6.2014. године

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 1781/16 од 1.9.2016. године

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 3815/12 од 15.11.2012. године

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 4205/17 од 20.3.2018. године

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 4670/13 од 18.9.2014. године

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 6520/10 од 2.3.2011. године

Пресуду апелационог суда у Паризу, ЈСР 1979.П.18810. од 28.9.1976. године

Пресуда Вишег привредног суда, Пж. 1896/01, од 30.5.2001. године

Пресуда Вишег привредног суда, Пж. 9163/98 од 2.6.1999. године

Пресуда Вишег привредног суда Хрватске, Сл.107/55 од 11.3.1955. године

Пресуда Вишег суда у Београду, П.3222/17 од 12.12.2017. године

Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 795/06 од 6.9.2006. године

Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 1276/06 од 15.08.2006. године

Пресуда Вишег трговинског суда, Пж.4446/04 од 9.9.2004. године

Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 4824/09, од 2.12.2009. године

Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 6082/04 од 7.3.2005. године

Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 10482/05 од 10.3.2006. године

Пресуда Врховног касационог суда, Прев.60/16 од 27.4.2017. године

Пресуда Врховног Касационог суда, Прев. 210/15 од 24.3.2016. године
Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 65/10 од 24.2.2010. године
Пресуда Врховног касационог суда, Рев. 1892/16 од 7.3.2018. године
Пресуда Врховног Касационог суда, Рев.2035/17 од 11.10.2017. године
Пресуда Врховног Касационог суда, Рев.2229/17 од 19.10.2017. године
Пресуда Врховног Касационог суда, Рев.2844/17 од 7.12.2017. године
Пресуда Врховног Касационог суда, Рев.4567/18 од 26.9.2018. године
Пресуда Врховног привредног суда, Сл. 50/55 од 10.2.1955. године
Пресуда Врховног привредног суда, Сл. 290/58 од 30.10.1958. године
Пресуда Врховног привредног суда, Сл. 442/55 од 22.6.1955. године
Пресуда Врховног привредног суда, Сл. 449/58 од 10.6.1959. године
Пресуда Врховног привредног суда, Сл.788/59 од 20.7.1959. године
Пресуда Врховног привредног суда, Сл.867/59 од 8.10.1959. године
Пресуда Врховног привредног суда, Сл.1127/64 од 12.1.1965. године
Пресуда Врховног привредног суда, Сл.1128/62 од 18.10.1965. године
Пресуда Врховног привредног суда, Сл.1820/61 од 22.7.1961. године
Пресуда Врховног суда Југославије, Гж. 114/66 од 24.2.1967. године
Пресуда Врховног суда Југославије, Рев. 887/62 од 26. 6.1962. године
Пресуда Врховног суда Косова, Гж. 19/70 од 6.3.1970. године
Пресуда Врховног суда Србије, Гж. 366/71 од 21.12.1971. године
Пресуда Врховног суда Србије, Прев.81/99 од 24.3.1999. године
Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 341/05 од 23.11.2005. године
Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 386/03 од 30.1.2004. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 87/06 од 22.2.2006. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 535/95 од 10.1.1996. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев.1338/06 од 29.6.2006.године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1448/07 од 29.8.2007. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2426/97 од 12.11.1997. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2530/05 од 14.6.2006. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2659/05 од 14.6.2006. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2808/05 од 19.10.2006. године
Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев. 1281/91 од 20.6.1991. године
Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев. 1523/89 од 23.3.1990.године
Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев. 2899/1992-2 од 28.3.1992. године
Пресуда Врховног суда Србије, Гж. 366/71 од 21.12.1971. године

Пресуда Врховног суда Србије, Пзз. 2/95 и Прев. 50/95 од 8.2.1995. године
Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 386/03 од 30.1.2004. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1166/99 од 23.6.1999. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 130/95 од 5.4.1995. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 535/95 од 10.1.1996. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 623/97 од 10.9.1997. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 748/98 од 27.1.1999. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 833/01 од 15.3.2002. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1254/99 од 30.3.1999. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1448/07 од 29.8.2007. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1965/96 од 22.10.1996. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2311/98 од 8.10.1998. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2426/97 од 12.11.1997. године
Пресуда Врховног суда Србије Рев. бр. 2659/05 од 14.6.2006. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 2674/05 од 7.12.2005. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2808/05 од 19.10.2006. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3797/95 од 7.10.1998. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4842/02 од 29.5.2003. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. ИИ. 650/06 од 11.5.2006. године
Пресуда Врховног суда Хрватске, Пж. 1356/80 од 08.10.1980. године
Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев. 1281/91 од 20.6.1991. године
Пресуда Врховног суда Црне Горе, Рев. 1003/09 од 9.4.2010. године
Пресуда Врховног суда Црне Горе, Рев. И. П. 106/10 од 14.12.2010. године
Пресуда Европског суда правде пословни број Ц 162/96 од 16.6.1998. године
Пресуде Европског суда правде пословни број Ц 26/13 од 30.4.2014. године
Пресуда Европског суда правде пословни број Ц 260/18 од 3.10.2019. године
Пресуда Округног суда у Дизелдорфу, U 71/96 од 6.11.1997. године
Пресуда Општинског суда у Смедереву, П. 533/08 од 19.3.2009. године
Пресуда Основног суда у Сомбору, П. 1034/12 од 3.9.2013. године
Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 1616/10 од 6.5.2010. године
Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 6902/15 од 14.4.2016. године
Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 12582/10 од 6.5.2011. године
Пресуда Привредног суда у Пожаревцу, П. 68/16 од 15. 12.2016. године
Пресуда Привредног суда у Пожаревцу, П. 108/15 од 30.11.2015. године
Пресуда Привредног суда у Пожаревцу, П. 927/15 од 12.10.2015. године

Пресуда Савезног врховног суда, Гж.115/62 од 22.12.1962. године
Пресуда Савезног суда правде Немачке, V ZR 63/93 од 25.2.1994. године
Пресуда Савезног суда правде Немачке, VIII ZR 82/94 од 11.1.1995. године
Пресуда Савезног суда правде Немачке, V ZR 146/98 од 4.2.2000. године
Пресуда Савезног суда правде Немачке, V ZR 260/90 од 8.11.1991. године
Пресуда Суда Европске Уније у случају *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc.* од 9.11.2000. године
Решење Апелационог суда у Крагујевцу, Гж. 2480/13 од 3.4.2014. године
Решење Вишег трговинског суда, Пж. 1013/06 од 20.12.2006. године
Решење Вишег трговинског суда, Пж. 8099/05 од 30.1.2006. године
Решење Вишег трговинског суда, Пж. 8140/06 од 25.5.2007. године
Решење Врховног касационог суда, Рев. 321/2016 од 25.1.2017. године
Решење Врховног касационог суда, Рев. 2278/17 од 22.2.2018. године
Решење Врховног касационог суда, Рев. 2373/16 од 21.6.2018. године
Решење Врховног привредног суда, Сл. 280/59 од 7.12.1959. године
Решење Врховног привредног суда, Сл.291/56 од 10.4.1956. године
Решење Врховног привредног суда, Сл.394/56 од 20.4.1956. године
Решење Врховног привредног суда, Сл.1150/58 од 30.4.1959. године
Решење Врховног суда Југославије, Рев.322/66 од 18.1.1967. године
Решење Врховног суда Србије, Прев. 110/2002 од 17.4.2002. године
Решење Врховног суда Србије, Рев. 201/03 од 11.2.2004. године
Решење Врховног суда Србије, Рев. 959/94 од 23.3.1994. године
Решење Врховног суда Србије, Рев. 1813/99 од 26.5.1999. године
Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 1965/96 од 22.10.1996. године
Решење Врховног суда Србије, Рев. 6928/97 од 28.1.1998. године
Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. 438/04 од 5.4.2004. године
Решење Окружног суда у Ваљеву, Гж. 759/05 од 16.6.2005. године
Решење Окружног суда у Нишу, Гж. 2433/07 од 9.7.2007. године
Решење Окружног суда у Чачку, Гж. 397/02 од 16.4.2002. године
Решење Привредног апелационог суда у Београду, Пж. 824/16 од 22.7.2016. године

11.4. ВЕБ САЈТОВИ

- admin.ch/opc/en/classified-compilation/19070042/index.html, приступила 4.6.2019. године
- admin.ch/opc/en/classified-compilation/19110009/201704010000/220.pdf, приступила 30.6.2019. године
- bailii.org/ew/cases/EWHC/KB/1647/J5.html, приступила 16.7.2020. године
- bailii.org/uk/cases/UKHL/1956/3.html, приступила 5.4.2020. године
- gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html, приступила 16.9.2016. године
- gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0731, приступила 5.6.2019. године
- gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1175, приступила 12.6.2020. године
- danas.rs/ekonomija/valutna-obaveza-u-ekstremno-promenjenim-okolnostima/, приступила 22.4.2020. године
- duhaime.org/LegalDictionary/U/Unconscionable.aspx, приступила 31.1.2016. године
- efektiva.rs/aktuelnosti-efektiva/aktuelnosti-krediti/svajcarci-na-optuzenickoj-klupi/, приступила 11.9.2016. године
- efektiva.rs/wp-content/uploads/2016/09/SLIJEP%C4%8CEVI%C4%86-DRAGI%C5%A0A-stav-o-CHF-valutnoje-kaluzili-i-jednostranoj-promeni-kamatnih-stop.pdf, приступила 5.10.2016. године
- eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011PC0635, приступила 3.9.2016. године
- europa.rs/upload/ssp_prevod_sa_anexima.pdf, приступила 11.4.2020. године
- files.libertyfund.org/files/2353/CivilCode_1566_Bk.pdf, приступила 4.3.2020. године
- investopedia.com/terms/d/dodd-frank-financial-regulatory-reform-bill.asp, приступила 1.7.2020. године
- internationallawoffice.com/Newsletters/Litigation/United-Kingdom/RPC/Snowball-interest-rate-swap-upheld-by-High-Court, приступила 12.2.2016. године
- jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/879, приступила 10.7.2019. године
- jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/1.201.html, приступила 2.9.2016. године
- jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/4.109.html, приступила 2.9.2016. године
- jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/4.118.html, приступила 2.9.2016. године
- jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/6.105.html, приступила 2.9.2016. године

jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/6.111.html, приступила
14.9.2016. године

jus.uio.no/lm/eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/6.111.html, приступила
14.9.2016. године

legislatie.just.ro/Public/DetaliiDocument/109884, приступила 26.4.2020. године

legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/6-7/40/section/1, приступила 5.4.2020. године

narodne-novine.nn.hr/clanci/medunarodni/1993_12_16_37.html, приступила
10.12.2018. године

nbs.rs/internet/latinica/scripts/showContent.html?id=8075&konverzija=no,
приступила 6.7.2019. године

nbs.rs/internet/latinica/scripts/showContent.html?id=6481&konverzija=yes,
приступила 6.7.2019. године

njt.hu/translated/doc/J2013T0005P_20180808_FIN.pdf, приступила 26.4.2020.
године

paragraf.rs/dnevne-vesti/230317/230317-vest5.html, приступила 15.4.2020. године

planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, приступила 4.2.2016. године

prafak.ni.ac.rs/files/zbornik/sadrzaj/zbornici/z11/04z11.pdf, приступила 7.4.2020.
године

[study.com/academy/lesson/duress-and-undue-influence-in-contract-enforcement-
krysa-v-paine.html](http://study.com/academy/lesson/duress-and-undue-influence-in-contract-enforcement-krysa-v-paine.html), приступила 31.1.2016. године

study.com/academy/lesson/economic-duress-in-contract-law-definition-cases.html,
приступила 31.01.2016. године

trans-lex.org/601101/_french-civil-code-2016/, приступила 5.6.2019. године

treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf,
приступила 1.12.2018. године

unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964, приступила
15.02.2016. године

unilex.info/principles/case/660, приступила 10.6.2019. године

casebooks.eu/contractLaw/Chapter23/excerpt.php?excerptId=4678, приступила
5.4.2020. године

cisg.law.pace.edu/cisg/text/ulf.html, приступила 12.4.2020. године

[curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=151524&mode=req&pageIndex=
1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=HR&cid=2315852](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=151524&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=HR&cid=2315852), приступила 11.4.2010.
године

[curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=218625&mode=req&pageIndex=
1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=HR&cid=5083022](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=218625&mode=req&pageIndex=1&dir=&occ=first&part=1&text=&doclang=HR&cid=5083022), приступила 11.4.2020.
године

12. КОРИШЋЕНЕ СКРАЋЕНИЦЕ

Закон о конверзији - Закон о конверзији стамбених кредита индексираних у швајцарским францима, „Службени гласник РС”, бр. 31/2019

ЗОО - Закон о облигационим односима, „Сл.лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, "Сл. Лист СРЈ", бр. 31/93 и „Сл. Лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља

ЗПП - Закон о парничном поступку, „Службени гласник РС”, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС, 55/2014, 87/2018 и 18/2020

Опште узансе - Опште узансе за промет робом, „Службени лист ФНРЈ“ бр.15/54

Посебне узансе - Посебне узансе о грађењу, „Службени лист СФРЈ”, бр.18/77

СГЗ - Грађански законик за Кнежевину Србију

Устав - Устав Републике Србије, „Службени гласник РС”, бр.98/2006

CESL - *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, COM/2011/0635 final - 2011/0284 (COD)* - (Предлог Европске комисије да Европски парламент и Савет Европске Уније донесу регулативу о заједничком европском трговинском праву