

UNIVERZITET U BEOGRADU

PRAVNI FAKULTET

Gjorgji D. Naumoski

Pojam, punovažnost i izvršenje predugovora

Doktorska disertacija

Beograd, 2021

UNIVERSITY OF BELGRADE

FACULTY OF LAW

Gjorgji D. Naumoski

Concept, validity and enforcement of the  
precontract

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2021

Mentor:

1. Dr Marko Đurđević, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

Članovi komisije za pregled i ocenu doktorske disertacije:

1. Dr Miroslav Lazić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu;

2. Dr Bojan Pajić, redovni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu;

3. Dr. Marko Đurđević, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu

## PODACI O DOKTORSKOJ DISERTACIJI

**Naslov:** Pojam, punovažnost i izvršenje predugovora

**Sažetak:** Rad obrađuje institut predugovora kao pravni posao koji prethodi zaključenju redovnog, odnosno glavnog ugovora. Osnova rada je pozitivnopravno rešenje predugovora iz čl. 45 Zakona o obligacionim odnosima. Analiza se međutim proširuje do okvira predugovora kao instituta iz opšteg dela ugovornog prava. Na tom terenu autor teži ka definisanju teorijskog pojma predugovora. Komparativna rešenja kontinentalno-pravnih tradicija, odnosno nemačko, francusko, švajcarsko, austrijsko i italijansko pravo, predstavljaju pritom dragocenu građu za teorijsko koncipiranje pojma predugovora u srpskom pravu. Obrada pozitivnopravnog rešenja predugovora je do određene tačke analitička, a potom se nadovezuju *de lege ferenda* stavovi autora. Krajnji je cilj da u predvečerje donošenja srpske građanskopravne kodifikacije takvi stavovi pomognu srpskom zakonodavcu pri uređenju obligacionopravnih odnosa koji prethode (glavnom) ugovoru. Autor u tekstu razvija dva pojma predugovora, odnosno uži pojam, za koji vezuje predugovor iz čl. 45 ZOO-a, i širi pojam pod koji svrstava sve ostale pravne poslove koji prethode zaključenju glavnog ugovora, koji stvaraju nove obaveze (pored eventualno postojeće zakonske obaveze), a koji su u službi budućeg zaključenja glavnog ugovora. Stvaranje pomenutih pravnih obaveza je i primarni cilj pravnih dejstava predugovora. Na stvaranje i izvršenje, odnosno na sankcije kroz koje se predugovor izvršava utiče njegova konceptijska postavka, odnosno pojmovna definisanost. Međutim i pravna dejstva definišu sam pojam. Uticaj je u oba pravca. U cilju pojmovnog utvrđivanja predugovora autor analizira i granične institute kao što su pregovori, fiksna ponuda, ugovor pod uslovom i opcioni ugovor. Analiza obuhvata i komparativna rešenja kao što su npr. nemačka ponovna kupovina (Wiederkauf) ili francuski preferencijalni ugovor (Pacte de préférence). Na kraju teze autor analizira moguće načine izvršenja predugovora i, ponovo, uticaj instrumenata za izvršenje na sam njegov pojam. Posebna se pažnja skreće na neuralgične tačke pri primeni postojećeg pozitivnopravnog rešenja u pravnom prometu. U izgradnji *de lege ferenda* stava po pitanju načina izvršenja predugovora vredno pažnje je i zakonsko rešenje iz jugoslovenskog predratnog Zakona o izvršenju i obezbeđenju iz 1930. godine.

**Ključne reči:** - *predugovor*. - *ugovor o pregovorima*. - *punktacije*. - *okvirni sporazum*. - *delimični sporazum*. - *fiksna ponuda*. - *ugovor pod uslovom*. - *opcioni ugovor*. - *glavni ugovor*.

**Naučna oblast :** Pravo

**Uža naučna oblast :** Građansko pravo – Obligaciono pravo

## INFORMATION ABOUT THE DOCTORAL DISSERTATION

**Title:** Concept, validity and enforcement of the precontract

**Abstract:** The text elaborates the civil law institute of Precontract as a legal act which precedes the conclusion of the (main) contract. The basis for this thesis is the solution presented in Art. 45 from the Serbian Code of Obligations. The analysis is, however, widened to the theoretical border of the Precontract as a legal institute within the general terms of the law of obligations. Comparative solutions which are part of the continental law traditions, as German, French, Swiss, Austrian and Italian law are at the same time of precious help as sources for theoretical construction of the concept of Precontract in Serbian law. Presenting the positive law solution of Precontract in detail is up to one certain point analytical and after that point it follows the author's *de lege ferenda* views. The main goal is to use these views as an aid to the Serbian lawmaker, at the time of enacting the new Serbian Civil law Code, in the field of determining the relationships regarding the obligations which precede the concluding of the (main) contract. In the text, the author develops two concepts of Precontract. The first and narrowed concept includes only the positive law solution from Art. 45 Code of Obligations. On the other hand the wider concept comprises all legal acts preceding the conclusion of the main contract which establish new obligations (besides the statutory existing by the Code of Obligations) in service of concluding the future main contract. Their establishment is actually the main goal of the legal effects of the precontract. The sole concept of Precontract affects the establishment and the enforcement or rather the sanctions through which the contract will be enforced. Still the legal effects affect the concept as well. The influence is mutual. With a goal of conceptional determination of the Precontract, the author analyses the bordering institutes in regards to the Precontract such as negotiations, fixed proposals for concluding a contract, contracts under condition and optional contracts. In the analysis, the author includes comparative solutions, for example the German repurchase (Wiederkauf) or the French priority agreement (Pacte de préférence). One part of the text is dedicated to the comparison of the precontract with the concept of punctations, framework agreement and partial agreement. Ultimately, the author analyses the possible ways of enforcing the precontract and again the effects of the instruments for its enforcement on the theoretical concept. The focus is put on the difficulties for the application of the current positive solution in the legal communication. In order to develop the *de lege ferenda* view, it is crucial to take into consideration the solution from the Yugoslavian Act of Enforcement and Security from the time before WW2 (year 1930) .

**Key words:** - *precontract*. - *contract of negotiations*. - *punctations*. - *framework agreement*. *partial agreement*. - *fixed proposal for concluding a contract*. - *contract under condition*. - *optional contract*. - *main contract*

**Scientific field:** Law

**Narrow scientific field:** Civil Law – Law of obligations

## SADRŽAJ:

U V O D .....	12
1. Predmet istraživanja.....	12
2. Cilj istraživanja.....	13
3. Metodologija istraživanja .....	14
a) Teleološki metod.....	14
b) Komparativni metod .....	15
c) Sistemski metod .....	16
d) Istorijski metod .....	16
e) Lingvistički metod.....	17
4. Značaj istraživanja .....	17
P R V I D E O – Pregovori i ugovor o pregovorima .....	19
I. Slobodni pregovori i dužnost savesnog pregovaranja .....	19
1. Pregovori kao predmet analize .....	19
2. Pojam pregovora .....	20
2.1. Pregovori u komparativnom pravu .....	20
2.2. Pregovori u jugoslovenskom i srpskom pravu .....	23
2.2.1. Sloboda u vođenju pregovora .....	23
2.2.2. Potreba za načelom savesnosti i poštenja kao protivteži i njegovo važenje .....	24
2.2.3. Prethodna promocija koncepta savesnog pregovaranja u srpskom pravu .....	25
3. Pravna priroda dužnosti savesnog pregovaranja .....	27
3.1. Isključenje dužnosti savesnog pregovaranja .....	27
3.2. Ograničenje odgovornosti za nesavesno pregovaranje .....	29
4. Nesavesno pregovaranje kao deliktna radnja .....	29
5. Visina naknade štete za nesavesno pregovaranje .....	31
6. Zaključak .....	33
II. Ugovorna obaveza na savesno pregovaranje .....	34
1. Uređenje savesnog pregovaranja putem ugovora o pregovorima .....	34
2. Neizmenjena pravila o savesnom pregovaranju kao predmet ugovora o pregovorima .....	34
3. Pooštavanje odgovornosti za nesavesno pregovaranje putem ugovora o pregovorima .....	35

3.1. Ugovorna kazna kao instrument ugovornog pooštavanja odgovornosti za nesavesno pregovaranje .....	36
3.2. Ugovorno pooštavanje odgovornosti za <i>culpa in contrahendo</i> putem nepravde ugovorne kazne .....	36
3.3. Paralelno vođenje pregovora .....	38
III. Zaključak za Prvi deo .....	38
D R U G I D E O – Okvirni sporazum i punktacije .....	40
I. Okvirni sporazum .....	40
1. Pojam okvirnog sporazuma .....	40
2. Okvirni sporazum i glavni ugovor .....	41
3. Povreda okvirnog sporazuma .....	42
4. Izvorne obaveze okvirnog sporazuma .....	43
4.1. Klauzula „ekskluziviteta“ u okvirnom sporazumu .....	43
4.2. Obaveza pregovaranja i(li) ugovaranja .....	44
5. Zaključak .....	45
II. Punktacije .....	46
1. Pojam punktacija .....	46
2. Punktacije u komparativnom pravu .....	48
2.1. Punktacije prema francuskom pravu .....	48
2.2. Punktacije prema austrijskom pravu .....	50
3. Zaključak .....	53
T R E Ć I D E O – Predugovor u užem smislu (čl. 45 ZOO) .....	55
1. Uvod u analizu pojma „predugovor“ u užem smislu .....	55
2. Termin „predugovor“ .....	56
3. Predugovor kao izraz slobode ugovaranja njegovih stvaralaca .....	57
4. Predugovor kao nepotreban zaobilazni put do glavnog ugovora .....	60
5. Određenost, odnosno odredivost predmeta predugovora .....	64
5.1. Predugovor iz čl. 45 Zakona o obligacionim odnosima .....	64
5.2. Predugovor iz čl. 22 švajcarskog OR-a .....	66
5.2.1. Pojam predugovora u švajcarskom pravu .....	66
5.2.2. Odredivost predugovora u švajcarskom pravu .....	68

5.2.3. Predugovor u švajcarskom pravu koji upućuje jedino na zahtev za naknadu štete kao na sankciju za njegovo neizvršenje .....	72
5.2.4. Predugovor u korist trećeg lica u švajcarskom pravu .....	74
5.3. Predugovor u austrijskom pravu .....	75
5.3.1. Odredivosti predugovora u austrijskom pravu .....	76
5.3.2. Poteškoće u vezi sa razlikovanjem predugovora od glavnog ugovora u austrijskom pravu .....	78
5.3.3. Predugovor i realni ugovori u austrijskom pravu .....	79
5.4. Predugovor u nemačkom pravu .....	84
5.4.1. Sadržina predugovora u nemačkom pravu, u odnosu na sadržinu glavnog ugovora .....	87
5.4.2. Minimum sadržine predugovora i ideja o njegovoj sudskoj dopuni .....	90
5.4.3. Član 154 BGB i njegov uticaj na obim saglasnosti (pred)ugovora .....	93
5.4.4. Sudska dopuna predugovora u nemačkom pravu .....	96
5.4.5. Zaključak za nemačko pravo .....	101
5.5. Predugovor u italijanskom pravu.....	101
5.5.1. Pojam predugovora u italijanskom pravu .....	101
5.5.2. Predugovor i translativno dejstvo ugovora u italijanskom pravu .....	103
5.5.3. Uslovni i opcioni ugovor u italijanskom pravu .....	105
5.5.4. Paralelizam formi između predugovora i glavnog ugovora .....	108
5.5.5. Zaključak za italijansko pravo .....	109
5.6. Predugovor u francuskom pravu .....	109
5.6.1. Pojam i vrste predugovora u francuskom pravu .....	109
5.6.2. Preferencijalni pakt ( <i>pacte de préférence</i> ) .....	110
5.6.2.1. Pojam preferencijalnog pakta .....	110
5.6.2.2. Preferencija i zakonsko pravo prvenstva ( <i>preemption</i> ) .....	112
5.6.2.3. Izvršenje preferencijalnog pakta .....	113
5.6.2.4. Forma preferencijalnog pakta .....	116
5.6.2.5. Preferencijalni pakt i srpsko ugovorno pravo prvenstva .....	116
5.6.2.6. Zaključak o preferencijalnom paktu u francuskom pravu .....	118
5.6.3. Jednostrano ( <i>la promesse unilaterale</i> ) i dvostrano obećanje ( <i>la promesse synallagmatique</i> ) .....	119



5.6.3.1. Pojam jednostranog obećanja ( <i>la promesse unilaterale</i> ) .....	119
5.6.3.2. Dvostrano obećanje ( <i>la promesse synallagmatique</i> ) .....	121
5.6.3.2.1. Pojam dvostranog obećanja ( <i>la promesse synallagmatique</i> ) .....	122
5.6.3.2.2. Formalnošću do glavnog ugovora .....	122
5.6.3.2.3. Administrativna dozvola kao uslov punovažnosti glavnog ugovora .....	124
5.6.3.2.4. Dvostrano obećanje i zaključenje formalnog akta ( <i>acte authentique</i> ) .....	126
5.6.3.2.5. Prisilno izvršenje dvostranog obećanja .....	129
5.6.3.2.6. Dvostrano obećanje prodaje i prodaja .....	133
5.6.3.2.7. Obećanje ugovaranja i forma .....	134
5.6.4. Zaključak za francusko pravo .....	135
6. Zaključak za Treći deo .....	137
Č E T V R T I D E O – Opcioni ugovor.....	143
1. Uvod .....	143
2. Pojam opcionog ugovora .....	143
2.1. Opcioni ugovor u realnom pravnom prometu .....	145
2.2. Opcija kao pravo iz opcionog ugovora .....	146
2.2.1. Pojam opcije .....	146
2.2.2. Vršenje prava opcije .....	148
2.2.2.1. Nemačko pravo .....	149
2.2.2.2. Francusko pravo .....	151
2.2.2.3. Srpsko pravo .....	152
2.2.3. Zaključak .....	154
3. Autonomija opcionog ugovora .....	155
3.1. (Ne)opozivost jednostranog obećanja u francuskom pravu .....	155
3.2. Opcioni ugovor i fiksna ponuda .....	156
3.3. Step en odgovornosti dužnika u pogledu povrede opcije .....	160
3.4. Naknada za sticanje prava opcije kao izraz neophodnosti za recipročnost .....	161
3.5. Ponuda kao tehničko sredstvo za zaključenje ugovora .....	164
3.6. Razlika u formi .....	165

3.7. Opcioni ugovor i ponuda u odnosu na treća savesna lica .....	166
3.8. Casper-ova teza o slabljenju konsenzualizma kroz opcioni ugovor .....	167
3.9. Opozivi opcioni ugovor .....	167
3.10. Zaključak .....	168
4. Uslov kao <i>accidentalia negotia</i> u opcionom ugovoru .....	169
5. Sadržina opcionog ugovora .....	172
5.1. Minimum sadržine opcionog ugovora potrebna za njegovu punovažnost .....	172
5.2. Opcioni ugovor i opcija .....	174
6. Zaključak za Četvrti deo .....	175
P E T I D E O – Izvršenje predugovora .....	178
1. Izvršenja obaveze iz predugovora – postavljanje problema .....	178
2. Oblici izvršenja obaveza iz predugovora .....	178
2.1. Izvršenje prema SGZ-u iz 1844. god. ....	179
2.2. Izvršenje prema Opštem imovinskom zakoniku za Crnu Goru iz 1888. god. ....	180
2.3. Izvršenje prema Skici o zakoniku o obligacijama i ugovorima i recepcija rešenja u ZOO181	
2.4. Zaključak .....	183
3. (Ne)spvodivost prinudnog zaključenja glavnog ugovora .....	183
3.1. Prisilno izvršenje opcionog ugovora .....	183
3.2. Prisilno izvršenje ugovora o pregovorima .....	184
3.3. Prisilno izvršenje predugovora iz čl. 45 ZOO .....	185
3.3.1. Prepreke za naturalno izvršenje obaveze na zaključenje glavnog ugovora .....	186
3.3.1.1. Britansko pravo .....	186
3.3.1.2. SAD (Restatement (Second) of Contrats) .....	186
3.3.1.3. Francusko pravo .....	187
3.3.1.4. Nemačko pravo .....	192
3.3.1.5. Austrijsko pravo .....	192
3.3.1.6. Obaveza zaključenja glavnog ugovora u srpskom pravu .....	193
3.4. Zaključenje glavnog ugovora kroz pravosnažnost presude koja obavezuje dužnika na odnosno zaključenje .....	194
3.5. Kritika rešenja iz čl. 390, st. 1 ZIO.....	196

3.5.1. Rešenje koje je predviđao Zakon o izvršenju i obezbeđenju Kraljevine Jugoslavije iz 1930. godine .....	196
3.5.2. Težnja za najadekvatnijim rešenjem .....	198
3.5.3. Rešenje iz čl. 390 ZIO – povreda načela dispozicije u izvršnom postupku .....	199
3.5.4. Abrogacija paricionog roka i sudskih penala kroz čl. 390 ZIO .....	201
3.5.5. Čl. 390 ZIO i ugovorna kazna .....	203
3.5.6. Dalje poteškoće u pravnom sistemu zbog čl. 390 ZIO .....	203
3.5.7. Rezime kritike rešenja iz čl. 390 ZIO .....	204
3.6. Zaključak za peti deo - <i>De lege ferenda</i> rešenje .....	205
3.6.1. Primena ostalih postojećih sredstava izvršenja .....	205
3.6.2. Izvršenje presude na zaključenje ugovora putem rešenja o izvršenju .....	207
ZAKLJUČAK.....	211
SPISAK LITERATURE .....	214
Biografija autora .....	221

## U V O D

### 1. Predmet istraživanja

Pravna sfera koja prethodi zaključenju jednog punovažnog ugovora, u odsustvu zakonskih normi, dugo je bila, kako u srpskom tako i u komparativnom pravu, prepuštena sudskoj praksi na regulaciju. Zakonodavci su polazili od stanovišta da samo punovažno zaključen ugovor generiše nove obaveze za strane koje su kroz njegovo zaključenje prihvatale vlastito obavezivanje. Zbog toga je punovažni ugovor privlačio njihovu sveukupnu pažnju.

Na drugoj strani, od uspostavljanja prvog poslovnog kontakta do trenutka zaključenja punovažnog ugovora, vladala je sloboda pregovaranja. Ona se ispoljavala po principu da niko ne može da prinudi učesnike u pravnom prometu da zaključe ugovor. Pošto je sloboda u pregovorima bila nesporna, izostajala je i potreba za njenim konkretnijim regulisanjem.

Tek na određenom nivou razvoja građanskog prava, na osnovu načela savesnosti i poštenja, u predugovornom polju pojavljuju se prva pravila. Pravila se odnose na ograničenje pomenute slobode, sa ciljem da se izbegne njena zloupotreba.

Pritom, pravni promet je nametnuo i potrebu stvaranja pravnih poslova koji prethode zaključenju glavnog ugovora. Pa su tako, na osnovu autonomije volja učesnika u pravnom prometu, nastajali razni sporazumi, usmereni u dva pravca. Jedan manji deo njih odnosi se na dodatno uređenje pregovora, dok je većina, kao samostalni ugovori, posvećena zaključenju potonjeg ugovora. Potonji ugovor se u teoriji i u zakonskim tekstovima označava kao glavni ili konačni.

Otuda širi predmet ovog rada obuhvata one sporazume koji prethode zaključenju glavnog ugovora, izuzev predugovora iz čl. 45 ZOO-a. Oni se pojavljuju pre konačne saglasnosti i u tom smislu su joj preliminarni. Svaki preliminarni sporazum može se posmatrati u odnosu na trenutak postizanja konačne saglasnosti kao njoj prethodeći ili predugovorni. Fokus analize biće usmeren na uslove koji su potrebni za punovažnost pojedinih sporazuma, koji prethode glavnom ugovoru, a prvenstveno u pogledu minimuma sadržine koja je neophodna da bi jednom sporazumu koji prethodi ugovoru bilo priznato pravno dejstvo.

Na ovom polju, u okviru autonomije volje ugovornih strana u toku pregovaračkog procesa pojavljuje se više sporazuma koji sami po sebi ispunjavaju uslove za punovažnost u skladu s pravilima iz Zakona o obligacionim odnosima. Pritom, neophodna je njihova klasifikacija prema predmetu njihovih obligacija i pravnim dejstvima. Očekuje se i njihovo terminološko utvrđivanje putem podvođenja pod pomenuti širi pojam predugovora.

S druge strane, uži predmet istraživanja čini preliminarni sporazum prema slovu Zakona o obligacionim odnosima. Drugim rečima, u predugovore u užem smislu svrstavamo samo onaj predugovor koji stvara konkretnu obavezu za zaključenje potonjeg (glavnog) ugovora (čl. 45 ZOO-a; čl. 191 Nacrta Građanskog zakonika Republike Srbije).

U istraživanju koji to oblici autonomije volje ugovornih strana mogu da se pojave kao potencijalni sporazumi koji se mogu podvesti pod širi pojam predugovora biće razmatrani sporazumi koji su uređeni komparativno-pravnim rešenjima vodećih kontinentalno-pravnih tradicija. Pritom su naročito vredne pažnje one saglasnosti koje prethode glavnom ugovoru, a koje su u konkretnom pravnom sistemu podignute na stepen imenovanog ugovora, odnosno koje su našle svoje mesto u zakonima (napr. francuski *pacte de préférence* iz Art. 1123 Code Civil-a ili punktacije iz § 885 austrijskog ABGB-a).

Klasifikacija vidova predugovora iz njegovog šireg pojma biće sprovedena na osnovu analize sadržine obaveza koje nastaju zaključenjem određenog predugovora, a koja neizbežno upućuje i na razmatranje pravnih dejstava/posledica konkretnog vida pojedinačnog predugovora. Otuda, jedno od centralnih pitanja ovog rada odnosi se na to koje i kakve je to obaveze na sebe preuzela jedna ugovorna strana prilikom zaključenja predugovora.

Kada je reč o predugovoru u užem smisli, tj. predugovoru kojim su se ugovorne strane obavezale na zaključenje glavnog ugovora, jedan deo pažnje biće usmeren na pitanje da li se na osnovu predugovora o kupoprodaji nekretnina može neposredno zahtevati uknjižba prava svojine ili samo zaključenje ugovora o kupoprodaji, na osnovu kojeg je zahtev za željenu uknjižbu osnovan isključivo u krajnjoj instanci, tj. prilikom izvršenja glavnog/potonjeg ugovora o kupoprodaji nekretnina. Na značaj razjašnjenja ovog pitanja ukazuju oprečni stavovi prisutni u sudskoj praksi.

Nakon utvrđivanja koje su to obaveze preuzete zaključenjem određenog vida predugovora, analiza prelazi na pitanje prisilnog izvršenja predugovorom zasnovanih obligacija. Ova podtema će na određenim mestima, ukoliko to bude neophodno, biti obrađivana kao jedna zajednička celina sa pitanjem o pravnom dejstvu/pravnim posledicama konkretnog vida predugovora.

Diskusija po pitanju prisilnog izvršenja obaveza iz predugovora, naročito predugovora u užem smislu, biće vođena u okvirima alternativnih mehanizama za prisilno izvršenje obaveza, uz zapažanje interesa kako izvršnog poverioca tako i izvršnog dužnika, vodeći pritom računa i o dogmatskoj konsekventnosti predloženih rešenja u sistemu građanskog prava. Mnoštvo i raznolikost po pitanju dogmatske koncepcije potencijalnih rešenja dodatno ukazuju na naučni značaj i privlačnost ovog pitanja za obradu.

Na kraju će predugovoru iz čl. 45 ZOO-a biti suprotstavljen opcioni ugovor, sa ciljem utvrđivanja njihovih sličnosti i razlika po pitanju sadržine, odnosno pravnih posledica, kao i njihove efikasnosti u ostvarivanju interesa ugovornih strana.

## 2. Cilj istraživanja

Cilj ovog istraživanja je da definiše koji su to pravni poslovi koji nastaju na terenu između neobaveznih pregovora i obaveznog zaključenog glavnog ugovora. Pomoću njihove klasifikacije nastoji se da se dobije jasna slika o njihovoj sadržini, odnosno obavezama ugovornih strana koje nastaju u pravnom prometu, a na osnovu zaključenja određenog vida predugovora.

Takva će klasifikacija odgovoriti na niz pitanja. Centralno pitanje je svakako šta se želi postići konkretnim predugovorom (u širem ili u užem smislu), koja je njegova praktična vrednost/važnost i eventualno da li se na njoj može utemeljiti autonomna priroda konkretnog vida predugovora. Pitanje autonomije konkretnog vida predugovora pritom nužno nalaže i determinaciju svih njegovih sličnosti sa ostalim vidovima predugovora i razlika u odnosu na njih. Pritom je, na putu traganja za odgovorima na navedena pitanja, osvrtnanje na komparativna iskustva od vitalne važnosti.

U delu o prisilnom izvršenju obaveza iz predugovora, cilj istraživanja je da se preko analize alternativnih rešenja dođe do onog koje nudi najpravičnije izbalansirani odnos između prava izvršnog poverioca i izvršnog dužnika u smislu najefikasnijeg sredstva prisilnog izvršenja dužnikove obaveze, uz poštovanje i uz najmanje opterećenje njegove imovinsko-pravne pozicije u izvršnom postupku. Dogmatska konsekventnost pojedinih rešenja u

okvirima građanskog prava ima za cilj da posluži kao ideja vodilja na putu ka pronalaženju najprikladnijeg rešenja.

Suprotstavljanje opcionog ugovora predugovoru iz čl. 45 ZOO-a treba da dovede do odgovora na pitanje koliko se ova dva predugovora međusobno razlikuju, koje su prednosti i mane jednog u odnosu na drugi i ukoliko se praktična vrednost u pogledu zadovoljavanja interesa ugovornih strana ustanovi u korist opcionog ugovora, da li je opcioni ugovor evolutivni naslednik predugovora iz čl. 45 ZOO-a.

Krajnji cilj ovog dela analize je da se odgovori na pitanje da li predugovor i opcioni ugovor treba da nađu svoje mesto u novom srpskom Građanskom zakoniku jedan pored drugog ili treba pristupiti modernizaciji srpskog građanskog prava tako što će se prednost dati opcionom ugovoru.

### 3. Metodologija istraživanja

Metodi istraživanja čine neophodnu aparaturu u pristupu predmetu istraživanja i ostvarenju zadatka istraživanja. Otuda je u radu poseban značaj dat i izboru metoda. Primena više metoda, često naizmenično, teži ka što uspešnijoj obradi predmeta istraživanja, a u cilju dobijanja odgovora na postavljena pitanja. Pritom će u radu najveću primenu naći teleološki i komparativni metodi, u jednom značajnom delu analize biće korišćen sistemski, a povremenu primenu nalaziće i istorijski i lingvistički metodi.

#### a) Teleološki metod

Jedan od najčešće korišćenih metoda prilikom analize predmeta ovoga rada biće teleološki metod. Teleološki metod služi ispitivanju smisla zakonske norme, a u našem slučaju ovaj metod biće primenjen i na neimenovane vrste predugovora kao individualni zakon između ugovornih strana u konkretnom slučaju.

Pa tako, teleološko tumačenje pomenutih normi ispituje pravičnost i prikladnost konkretnog rešenja, odnosno odgovara na pitanje da li ono doprinosi odgovarajućoj uravnoteženosti između imovinskih interesa obeju ugovornih strana. Pritom, cilj zbog kojeg je korišćen ovaj metod jeste da se izbegnu oni zaključci o određenom pravilu koji vode ka neprikladnom i nepravičnom tumačenju određenog pravnog pravila<sup>1</sup>.

Otuda, teleološki metod je važan po pitanju uređenja punktacija, prilikom vaganja između dve suprotnosti, odnosno da li je sastavljačima punktacija važnije da se zapazi ugovorena forma u kojoj punktacijama treba da se krajnje i punovažno udahne pravni život ili da se punktacijama naknadno prizna punovažnost samo na osnovu njihove sadržine, a nauštrb ugovorene forme, koja je u međuvremenu izostala.

U odnosu na pravna dejstva koja stvara ugovor o pregovorima, a koja pooštravaju sankciju za nesavesno pregovaranje, očekuje se da teleološki metod jasno postavi granicu preko koje sankcija prestaje biti razumna i prelazi u sredstvo prinude sapregovarača, u smislu da sapregovarač po svaku cenu mora da ostane u pregovorima.

Teleološki metod treba da bude od pomoći i prilikom analize delimičnog i okvirnog sporazuma u smislu da doprinese boljem sagledavanju imovinskih pozicija oba saugovornika, odnosno zašto su se saugovornici rešili da sklope jedan takav sporazum. Na ovom mestu glavno pitanje je šta dobijaju sapregovarači ako delimično ugovore sadržinu glavnog ugovora i povodom te sadržine zakluče delimični sporazum, odnosno da li se na osnovu okvirnog

---

<sup>1</sup> H.Köhler, *BGB Allgemeiner Teil*, CH Beck, München 2019, 29

sporazuma preuzima obaveza za kasnije zaključenje jednog ili više glavnih ugovora ili okvirni sporazum samo pomaže pripremi zaključenja svakog potonjeg glavnog ugovora, i kako to čini. Jasnija slika potom treba da bude od koristi kao polazna osnova za sagledavanje pravne prirode svakog od ovih sporazuma.

Pozicije od kojih saugovarači polaze neophodne su i za analizu predugovora iz čl. 45 ZOO-a i opcionog ugovora. Odgovor na pitanje šta je zakonodavac hteo da postigne pri uređivanje predugovora iz čl. 45 ZOO-a, onako kako ga je uredio zakonom, usko je povezan sa pitanjem o autonomiji, tj. autentičnosti ovog predugovora. Autentičnost ovog predugovora nadalje može biti u uskoj korelaciji i sa autentičnosti opcionog ugovora u smislu da li je potonji evolutivni naslednik prvog, ili štaviše da li autentičnost opcionog ugovora nudi bolja rešenja za ostvarenje imovinskih interesa ugovornih strana od predugovora iz čl. 45 ZOO-a, pritom čineći predugovor iz čl. 45 ZOO-a suvišnim ili bar zastarelim pravnim poslom. Otuda će se u ovom radu nastojati da se putem primene teleološkog metoda dođe do odgovora na pitanje o autonomiji određenog pravnog posla i njegovoj pogodnosti za ostvarenje konkretnih imovinskih interesa ugovornih strana na određenom nivou obavezivanja, kome prethodi početak pregovora, a ima za krajnji cilj obavezivanje ugovornih strana putem konačnog ugovora.

Pritom, primenom upravo ovog metoda, očekuje se da se na najjasniji način spozna pravna priroda svakog vida predugovora i da se utvrdi njegoa sadržina, odnosno da se utvrde obaveze koje on stvara u pravnom prometu. Time bi se otvorio i dalji put ka pravilnoj kvalifikaciji svih vrsta predugovora. Saznanja bi imala značaj ne samo u vezi sa konkretnim predugovorom, nego i u pogledu primene ostalih instituta iz opšteg dela obligacionog prava, kao što je npr. institut promenjenih okolnosti iz čl. 133 i 135 ZOO-a.

#### b) Komparativni metod

U radu će, pored teleološkog, najviše korišćen biti komparativni metod. Istraživanje će se voditi u značajnom delu u okvirima kontinentalne pravne tradicije, a rešenja iz srpskog prava biće upoređivana sa sličnim rešenjima iz austrijskog, francuskog, nemačkog, švajcarskog i italijanskog prava.

Imajući u vidu to da uporedno izučavanje prava znači da se pri izučavanju jednog prava ono upoređuje s drugim pravima, kako bi se utvrdile razlike i istovetnosti između njih<sup>2</sup>, značaj ovog metoda sastojace se iz toga da se putem analize komparativnih rešenja što uspešnije spozna pravna priroda domaćih rešenja i pomoću široke lepeze komparativnih rešenja lakše izgradi *de lege ferenda* stav po pitanju u kom pravcu treba da se kreće dalji razvoj ovog dela obligacionog prava, kako na zakonodavnom nivou, tako i u sferi tumačenja i primene pravnih pravila u sudskoj praksi.

U toku komparativne analize austrijskog građanskog prava i upoređivanjem sa srpskim, diskusija će se prvenstveno voditi po pitanju punktacija i određenih realnih ugovora koji su i danas kao pozitivnopravna rešenja prisutna u austrijskom Građanskom zakoniku (ABGB). Takođe je upoređivanje sa austrijskom pravnom tradicijom naročito značajno i zato što srpsko pravo prati austrijski model sticanja svojine na nepokretnostima, naime putem modusa i titulusa.

U okviru analize komparativnih rešenja iz švajcarskog prava naročitu pažnju pobuđuje čl. 22 OR-a koji predstavlja švajcarski pandan predugovora iz čl. 45 ZOO-a. Pritom će poseban

---

<sup>2</sup> R. Lukić, *Metodi izučavanja prava, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, Beograd 1965, 44

prostor biti posvećen diskusiji u švajcarskoj naučnoj civilistici po pitanju zašto je predugovor našao svoje mesto u švajcarskom Građanskom zakoniku (ZGB). Takođe, švajcarska dogmatika i bogata sudska praksa po pitanju minimalnih uslova za zaključenje ugovora, tj. *essentialia negotii*, mogu biti od koristi prilikom analize određenih pitanja koja se dotiču minimalne sadržine za punovažnost jednog predugovora u srpskom pravu.

Drugi specifičan sistem po pitanju minimalne sadržine ugovora kao uslova za njegovu punovažnost nudi nemački BGB. Takođe i učenje o dopunskom tumačenju jednog ugovora (*ergänzende Auslegung*), kao i prisustvo jasnog stava u tamošnjoj naučnoj javnosti o tome da ne postoji potreba da se insitut predugovor ili opcioni ugovor uvrsti u tekst nemačkog Građanskog zakonika (BGB), dovoljno govore o činjenici da ni ova pravna tradicija u okviru ovog istraživanja ne sme da bude zaobiđena.

Neophodnost jedne komparativne analize nameće se i u pogledu francuske pravne tradicije. Naročito vredi razmotriti inovativna francuska rešenja kao što je *pacte de préférence*, ne samo po pitanju pravne prirode, nego i po pitanju rešenja u pogledu prisilnog izvršenja obaveze iz ovog predugovora. Takođe će i analiza jednostranog i dvostranog obećanja (*promesse unilatérale et synallagmatique*) biti korisna po pitanju pravne prirode i autonomije predugovora iz čl. 45 ZOO-a i opcionog ugovora. Očekuju se značajni rezultati i u pogledu punktacija i okvirnog sporazuma. Najzad, francuska rešenja o mehanizmima za prisilno izvršenje obaveza mogu da budu od velikog značaja i u traganju za najpogodnijim sistemom u ovoj sferi i u srpskom izvršnom pravu.

S druge strane, komparativna iskustva iz italijanskog prava treba da ponude odgovore po pitanju paralelizma forme između predugovora i glavnog ugovora, kao i da pruže jasniju sliku u pogledu sličnosti i razlika između predugovora, uslovnog glavnog ugovora i ugovora o opciji. Poslednje, u krajnoj instanci, ponovo dotiče pitanje autonomije predugovora kao pravnog posla.

Zbog gorenavedenog, a imajući pritom u vidu i skromnu kodifikaciju sudske prakse i hronični nedostatak obrade ove teme u Republici Srbiji, komparativni metod se pored teleološkog, štaviše i pre teleološkog, nameće kao centralni metod ovoga rada.

#### c) Sistemski metod

U radu je zastupljen i sistemski metod. Sistematsko tumačenje prava ispituje kontekst u kome se jedan pravni pojam ili propis nalazi<sup>3</sup>. U pogledu instituta predugovora, kako u smislu šireg tako i u slučaju užeg pojma, prilikom vođenja diskusije o pravnoj prirodi uvek će polazna tačka biti sama njegova pozicija na polju između neobavezno vođenih pregovora i obavezujućeg zaključenog glavnog ugovora. Određivanje njegovog mesta u smislu da li je bliži jednom ili drugom polu doprineće spoznaji pravne prirode konkretnog vida predugovora.

Sistemski metod ogledaće se i u tome što će diskusija biti vođena od trenutka nastanka određenog vida predugovora do prisilnog izvršenja obaveza koje su nastale zaključenjem tog istog predugovora. Cilj je pritom da se ispita kako pravna priroda predugovora utiče ili čak predeterminiše sredstva njegovog prisilnog izvršenja, ali i dejstva u suprotnom pravcu, odnosno kako pravila o izvršenju utiču na samu pravnu prirodu konkretnog vida predugovora.

#### d) Istorijski metod

---

<sup>3</sup> H. Köhler, 28



Istorijska analiza instituta predugovora ima za cilj da utvrdi zamisli i namere zakonodavca prilikom donošenja zakona i pritom obuhvata i okolnosti u kojima je sam zakon nastao<sup>4</sup>. Otuda je relevantna za istraživanje i osnova na kojoj je ZOO nastao, a to je Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima.

Nadalje, biće razmotrena i rešenja iz Srpskog građanskog zakonika iz 1844. godine i Opštog imovinskog zakonika za Crnu Goru iz 1888. godine, a sa ciljem stvaranja dublje predstave o nastanku i evolutivnom razvoju aktuelnih vidova predugovora. Na osnovu jedne celovite slike o istorijskoj pozadini aktuelnih pravnih instituta može se nadalje temeljiti procena o tome kako bi se određena potencijalna nova rešenja manifestovala u stvarnosti, tj. u pravnom prometu ubuduće, ukoliko bi bila usvojena kao pozitivnopravna rešenja. Otuda, ovaj metod je važan ne samo za spoznaju pravne prirode postojećih rešenja nego i za izgradnju *de lege ferenda* stavova.

#### e) Lingvistički metod

Lingvistički metod ispituje značenja jedne pravne norme na osnovu značenja reči kojima je pravna norma propisana, bilo da one potiču iz svakodnevnog jezika ili je reč o stručnoj terminologiji, pri čemu se određena pažnja posvećuje i gramatičkim pravilima, u kojima se takođe nalazi značenje primenjene reči. Pritom jezičko značenje određene pravne norme postavlja granice do kojih je dozvoljeno njeno tumačenje<sup>5</sup>.

Primena lingvističkog metoda u radu je ograničena. Ona je predodređena time što nijedan vid predugovora, osim predugovora iz čl. 45 ZOO-a, nema svoju zakonsku formu. Ipak značenje korišćene reči je vrlo važno za razgraničenje predugovora iz čl. 45 ZOO-a od glavnog ugovora, kao i punktacije od glavnog ugovora, a ima svoju upotrebnu vrednost i prilikom razgraničenja između određenih vidova predugovora koji potpadaju pod širi pojam predugovora.

S druge strane, okolnosti su nešto bolje u komparativnom pravu, pa lingvistički metod nalazi veću primenu prilikom analize komparativno-pravnih instituta. Njegova upotrebna vrednost doći će do izražaja naročito u pogledu upotpunjavajućeg tumačenja u nemačkom pravu i prilikom analize *pacte de préférence* u francuskom pravu.

#### 4. Značaj istraživanja

Ovo istraživanje treba da doprinese produbljenom sagledavanju pravne prirode predugovora iz čl. 45 ZOO-a. Takva tendencija nužno vodi ka odgovoru na pitanje da li je predugovor samo jedna tautologija koja prethodi glavnom ugovoru ili se u njegovom pravnom dejstvu ipak može naći dodatni supstrat koji ukazuje na njegovu autentičnost kao pravnog posla u odnosu na ostale pravne poslove, koji su prisutni u pravnom prometu.

Sagledavanje odgovora na centralno pitanje u ovom radu treba da predstavlja solidnu osnovu i za odgovor na pitanje o paralelizmu formi predugovora i glavnog ugovora. Ono je takođe i polazna tačka prilikom razgraničenja predugovora iz čl. 45 ZOO-a od opcionog ugovora, kao neimenovanog pravnog posla. Najzad i pitanje prisilnog izvršenja obligacije, koja predstavlja obavezu izjave volje, treba da unapredi dužničko-poverilački odnos i da doprinese dodatnom usklađivanju materijalnog sa procesnim pravom po ovom pitanju.

Po pitanju sporazuma koji ulaze u širi pojam predugovora, značajno je to kako stići do odgovora na to da li punktacije o kojima je kasnije izostalo ugovaranje u predviđenoj formi

---

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> *Ibid.*

treba tretirati kao konačni ugovor ili delimični sporazum. Isto tako, utvrđivanje pravne prirode ugovora o pregovorima zahteva odgovor na pitanje da li su obaveze iz ovog sporazuma samo ponavljanje zakonskih obaveza, ili se mogu ugovoriti i druge ili eventualno da li postoji prostor za ugovorno pooštavanje sankcije za povredu već postojećih zakonskih obaveza. Po pitanju delimičnog i okvirnog sporazuma, značaj analize ogleđa se u utvrđivanju koje to konkretne obaveze stvaraju ovi sporazumi i kako ih prisilno izvršiti.

Imajući u vidu navedeno, očekuje se da bi jasnija i celovitija slika pravnih poslova u sferi između neobaveznih ugovora i zaključenog glavnog ugovora dodatno približila pravnu prirodu ovih pravnih poslova i sudovima i time bi sudovi dobili jasnije smernice za dalje tumačenje i primenu prava. Krajnji cilj kome se pritom teži jeste viši nivo pravne sigurnosti i veći stepen harmonizacije sudske prakse.

Precizan opis pravne prirode određenog vida predugovora treba pomoći i zakonodavcu kao osnova u izradi novog srpskog Građanskog zakonika, jer analiza treba doprineti tome da se uvidi značaj određenog vida predugovora za pravni promet i da zakonodavac na osnovu toga odluči da li jedan vid predugovora treba postati zakonski imenovan, i ukoliko to bude slučaj, kako i koliko ga detaljno urediti u tekstu zakona.

Trebalo bi da sistematizacija navedenih pravnih poslova i njihovo dodatno terminološko usavršavanje doprinesu i dodatnom razvoju naučne misli i poboljšanju pristupa ovom pitanju u nauci na jednom višem, tj. sistemski bolje utemeljenom nivou. Izneti stavovi i pitanja na koja još nije odgovoreno imaju pritom za cilj da podstaknu dalju raspravu o ovoj temi u naučnim krugovima u Republici Srbiji, ali i u svim ostalim bišvim jugoslovenskim republikama, s obzirom na činjenicu da Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine i dalje čini okosnicu obligacionog prava u svim državama nastalim raspadom SFRJ.

## PRVI DEO

### -Pregovori i ugovor o pregovorima-

#### I. Slobodni pregovori i dužnost savesnog pregovaranja

##### 1. Pregovori kao predmet analize

Imajući u vidu da je cilj ovog rada ispitivanje svih vrsta predugovora i sporazuma koji prethode konačnom ugovoru, kao i obaveza koje oni kao pravni izvori stvaraju u pravnom prometu, analizu počinjemo od „najlabavije” pravne veze između budućih saugovornika iz konačnog ugovora, a to su pregovori. Polazeći od toga da je fokus istraživanja već preciziran valja pomeniti i to da će mehanizmi za zaključenje ugovora (susret ponude i prihvata, adhezija, opšti uslovi) biti u drugom planu i koristićemo ih samo ukoliko se javi potreba za njihovom primenom, a u cilju razjašnjenja ugovora i sporazuma koji prethode konačnom ugovoru i obaveza koje one kreiraju.

Pregovori čine prvu fazu na putu ka zaključenju konačnog ugovora. Uz to pregovaranje je proces, a zaključenje ugovora trenutak<sup>6</sup>. Istina, pregovori pritom nisu *conditio sine qua non* za samo zaključenje punovažnog ugovora, jer postoje i mehanizmi za njegovo punovažno zaključenje, kojima nije neophodno da prethode pregovori. Tipičan primer za to su ugovori po pristupu. Takođe, moguće je i „klasično” zaključenje ugovora putem susreta ponude i prihvata, bez prethodnog vođenja pregovora. S druge strane, ponuda može prethoditi pregovorima, ali i biti osnova za pregovore<sup>7</sup>.

Bez obzira što nisu neophodni za zaključenje konačnog ugovora, pregovori ulaze u predmet našeg istraživanja iz sledećih razloga. Najpre, pregovori sami po sebi predstavljaju jednu činjenicu koja budi šire društveno interesovanje, pa joj zakonodavac posvećuje određenu pažnju. Tako, ona postaje pravnorelevantna činjenica u sferi koja prethodi zaključenju glavnog ugovora.

Takođe, iako pregovori sami po sebi ne mogu da stvore obaveze za pregovarače, zakonodavac, time što propisuje određena pravila koja važe za otpočinjanje, vođenje i prekid pregovora, pregovaračima nameće određene obaveze. Takve obaveze svoj osnov nalaze u samom zakonu, jer pravnog posla u ovoj fazi još nema, tj. pravni posao još nije zaključen. Pojašnjenju i ove situacije biće posvećen jedan od sledećih delova ovog teksta.

Nadalje, pregovori su predmet uređenja ugovora o pregovorima koji ima za cilj da uredi konkretan proces pregovora između konkretnih pregovarača tako što će precizirati i dopuniti već postojeća pravila koja ZOO propisuje kao imperativna za svaki proces pregovora.

Takođe je i delimični sporazum u bliskoj vezi sa pregovorima, i to najpre zato što je njegova sadržina najčešće plod prethodno vođenih pregovora, ali i zato što on u sebi sadrži obavezu da se vođenje pregovora nastavi kako bi se došlo do postizanja konačne saglasnosti<sup>8</sup>.

Iz navedenih razloga proizilazi i naše interesovanje za analizu procesa pregovora, a posebno za stvaranje jedne jasne slike o tome koje obaveze za pregovarače povlači vođenje pregovora, koji je njihov pravni izvor i koja je sankcija za njihovo nepoštovanje.

---

<sup>6</sup> M. Orlić, *Zaključenje ugovora*, Institut za uporedno pravo, Beograd 1993, 10

<sup>7</sup> M. Draškić, „Član 30”, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* [ur. B. Blagojević, V. Krulj ], Savremena administracija, Beograd 1983, 115

<sup>8</sup> O tome vid. M. Orlić (1993), 411-2

## 2. Pojam pregovora

Pitanje neobaveznosti pregovora kao početne faze, a videli smo da može biti i docnija, u procesu zaključenja ugovora, nije sporna. Međutim, pregovori predstavljaju jednu konzistentnu praksu za one subjekte koji su zainteresovani da se ugovorom obavežu, da diskutuju o njegovoj eventualnoj sadržini, a da pritom ostanu slobodni da takav ugovor ne zaključe. Opcija nezaključenja uvek se razmatra iz ugla slobode, tj. slobode da se odabere saugovornik, da se utvrdi sadržina ugovora i, ono što je možda najvažnije, slobode da se takav ugovor na kraju zaključi ili ne<sup>9</sup>.

### 2.1. Pregovori u komparativnom pravu

Institutom pregovora bavi se i komparativno pravo. Njegova definisanja i pravna dejstva i u komparativnom pravu oblikovana su kroz specifični kontekst u kome se pregovori nalaze. Naime, oni nisu neophodni, međutim jesu uobičajeni. Prethode zaključenju ugovora, što će reći, nalaze se u jednoj sferi kada se saglasnost učesnika u pravnom prometu priprema, ali još nije postignuta. Otuda, u najmanju ruku zbog specifičnosti konteksta, vredi ispitati rešenja koja je komparativno pravo ponudilo za uređenje pregovora.

Pa tako, kada je reč o francuskom pravu, treba istaći da je francuski zakonodavac o pregovorima, kao fazi koja prethodi zaključenju ugovora, dugo ćutao. Pravila su se gradila kroz sudsku praksu i kroz njihovu elaboraciju od strane naučnih krugova. Ona su počivala na saodnosu između slobode ugovaranja i načela o savesnosti i poštenju (*bonne foi*), kao osnovnom principu obligacionog prava.

Pritom, u francuskoj pravnoj teoriji govorilo se da pregovori ne treba nužno da vode ka zaključenju ugovora i da svaka strana ostaje slobodna da pregovore prekine jednostranim činom. Prekid je povlačio građansku odgovornost samo u slučaju kada nije bio opravdan, odnosno kada je značio povredu prava sapregovarača, dajući uz to potonjem pravu na kompenzaciju prouzrokovane štete<sup>10</sup>.

U situaciji nepostojanja ugovora, predugovorna odgovornost bila je vanugovornog karaktera i počivala je na starim čl. 1382 i 1383 Code Civil-a (dalje: CC)<sup>11</sup>. Reč je o generalnim odredbama za naknadu štete. Kako je stari čl. 1382 CC propisivao, svako ko nekom drugom prouzrokuje štetu, dužan je da je nadoknadi, dok je stari čl. 1383 uređivao da je svako odgovoran za štetu koju je načinio svojom krivicom, grubom ili običnom nepažnjom<sup>12</sup>.

Konkretno u slučaju prekida pregovora, navedene norme su primenjivane da sankcionišu nelojalno postupanje jednog sapregovarača, čija se nelojalnost ispoljava u tome što bi on vodio pregovore bez namere da zaključi ugovor ili bi ih neosnovano prekinuo. Rešenje podseća na srpski ZOO. Pritom, neosnovanost se sastoji u tome što su pregovori prekinuti nakon što se kod druge ugovorne strane stvorilo verovanje da može doći do zaključenja ugovora, a da uz to potom ne nastupi neka značajna promena koja bi opravdala njihov prekid<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> J. Ghestin, G. Loiseau, I.-M. Serinet, *Traité de droit civil, La formation du contrat t. 1: Le contrat – le consentement*, LGDJ, Paris 2012, 495

<sup>10</sup> C. Larroumet, *Droit Civil t. 3 Les obligations, le Contrat*, Economica, Paris 1996, 218

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> Vid. ancien art. 1382 i ancien art. 1383 Code Civil (CC), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006438819&dateTexte=20080523>, [pristupljeno 20.08.2019]

<sup>13</sup> C. Larroumet, 218

Suprotno od toga, ne bi bilo reči o skrivljenom prekidu pregovora ukoliko bi postojao legitiman motiv, koji bi se sastojao npr. u neslaganju oko cene, nemogućnosti da se odgovori na određene tehničke zahteve druge strane ili nemogućnosti da se pomire ekonomski interesi sapregovarača<sup>14</sup>. Pritom, odgovornost koju sapregovarač snosi na ime *culpa in contrahendo* bila je deliktneog karaktera. Ona bi mogla biti ugovornog karaktera samo u slučaju kada bi sapregovarači zaključili ugovor koji uređuje tok pregovora<sup>15</sup>.

Navedenu konstrukciju slobode pregovaranja i odgovornost za skriveni prekid pregovora prihvatio je francuski zakonodavac i svrstao je u tekst CC-a kroz reformu iz februara 2016. god. Od tada, pomenuta pravila postaju zakonsko rešenje.

Pa tako, francuski CC propisuje da je svako slobodan da ugovara ili da ne ugovara, da odabere svog saugovornika i da utvrdi sadržinu i formu ugovora u okviru zakonskih ograničenja<sup>16</sup>. Takva sloboda u francuskom pravu ne može biti derogirana, jer predstavlja deo javnog poretka<sup>17</sup>. Takođe, o ugovorima se mora pregovarati i oni se moraju zaključivati i izvršavati u dobroj veri<sup>18</sup>. Nadalje, i iniciranje, vođenje i raskid pregovora koji prethode ugovoru su u francuskom pravu slobodni, sve dok se pritom bude postupalo u dobroj veri<sup>19</sup>.

Otuda, može se rezimirati da je francuski zakonodavac u formiranju *culpa in contrahendo* za skriveni prekid pregovora kao pozitivno pravno rešenje za polaznu tačku uzeo načelo savesnosti i poštenja (*bonne foi*).

Identično rešenje je svojstveno i za ostale komparativno-pravne tradicije. Naime, nemačko pravo govori o zasnivanju obligacionog odnosa kroz pregovore<sup>20</sup>. Pritom, ni u nemačkom pravu pregovori nemaju za posledicu izvesnost po pitanju zaključenja ugovora, čak ni u situaciji kada se kod sapregovarača stvorilo opravdano očekivanje da pregovori nadalje ne mogu da propadnu nego da sigurno vode ka zaključenju ugovora, pa je on nadalje svoju poziciju u pravnom prometu gradio na takvom uverenju<sup>21</sup>.

Jedina obaveza koja za pregovarače nastaje na osnovu zasnovanog obligacionog odnosa jeste obaveza da se prilikom pregovora vodi briga i o pravima, pravnim dobrima i interesima sapregovarača<sup>22</sup>. Ukoliko sapregovarač u toku pregovora postupa bezobzirno u odnosu na prava, pravna dobra i interese sapregovarača i zbog toga im nanese štetu, takav se pregovarač, u nemačkom pravu, izlaže predugovornoj odgovornosti zbog *culpa in contrahendo*.

Austrijski ABGB ne sadrži konkretnu normu koja upućuje na sankciju za slučaj neopravdanog prekida pregovora. Međutim, pravila se mogu izvući na osnovi opštih zakonskih odredaba. Naime, prekid pregovora, sam po sebi, ne čini pregovarača koji je pregovore prekinuo dužnim za naknadu štete. Međutim, sapregovarač je dužan drugoj strani u pregovorima da naknadi štetu ukoliko je svojim namernim postupanjem ili postupanjem u

---

<sup>14</sup> F. Terre, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, Paris 2013, 202, o tome vid. i M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations 1 – Contrat et engagement unilateral*, PUF, Paris 2012, 250

<sup>15</sup> P. Malaurie P., L. Aynes, P. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, Paris 2016, 268

<sup>16</sup> Art. 1102, al. Code Civil (CC) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721> [pristupljeno 15.08.2019]

<sup>17</sup> Art. 1102, al. 2 CC

<sup>18</sup> Art. 1104, CC

<sup>19</sup> Art. 1112, al. 1 CC

<sup>20</sup> Vid. § 313 Ab. 2 no. 1 BGB <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/313.html>, [pristupljeno 10.09.2019]

<sup>21</sup> R. Bork, „Vorbem zu §§145-146“, *J. Staudinger, AT BGB 4b §§ 139-163*, Sellier & de Gruyter, Berlin 2015, 155

<sup>22</sup> § 241 Ab. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Beck Texte im dtv, 84. Auflage 2019

nepažnji kod druge ugovorne strane probudio objektivno neutemeljeno očekivanje da će nadalje doći do zaključenja ugovora<sup>23</sup>, a potom je takvo očekivanje izneverio.

Ovakva radnja je u austrijskoj sudskoj praksi shvaćena kao protivpravno postupanje, jer je sapregovarač vodio pregovore bez prethodne namere da zaključi glavni ugovor, a njegov pravni položaj u toku pregovora takođe se nije promenio, u smislu da bi njegovo odustajanje od onog što je kao nameru tokom pregovora izražavao bilo opravdano. Otuda, lažno podsticanje nade kod sapregovarača predstavlja povredu dobrih običaja u pravnom prometu, odnosno povredu čl. 1295, st. 2 ABGB-a<sup>24</sup>, koji propisuje da nanesena šteta putem povrede dobrih običaja povlači obavezu za njenu naknadu<sup>25</sup>.

Pritom, treba istaći da austrijska sudska praksa, u slučajevima u kojima priznaje pravo na naknadu štete na osnovu principa *culpa in contrahendo*, to čini sa velikom pažnjom, jer je ideja da ovo pravilo olakša, a ne da oteža pravni promet<sup>26</sup>. Premisa da niko nema obavezu da otpočete pregovore nužno pretoči u zaključen ugovor, treba ostati primarna. Ista ideja je prisutna i u ostalim komparativno-pravnim tradicijama, uključujući i srpsko pravo.

I švajcarsko pravo govori o principu poverenja, koji se sastoji u tome što za ugovorne strane rađa obavezu na pošteno postupanje na osnovu samog putem pregovora stvorenog obligacionog odnosa<sup>27</sup>. I švajcarsko, kao i austrijsko, pravo ne poznaje opštu odredbu koja uređuje pravilo o *culpa in contrahendo* na opšti način. Ono je rasuto, odnosno delimično sadržano u nizu pozitivnopravnih odredaba u švajcarskom pravu, kao što su čl. 26, čl. 36, st. 2 i čl. 39 iz obligacionog dela Švajcarskog građanskog zakonika.

Pomenute odredbe pozivaju na odgovornost u procesu pregovora, koja se treba sankcionisati sa obavezom na naknadu štete<sup>28</sup>. Pa tako, npr. čl. 39, st. 1 OR propisuje da ona strana koja je kao zastupnik nekog drugog lica nastupala u pravnom prometu i pritom je zaključenje ugovora sa saugovaračem izostalo zbog nedostatka naknadnog odobrenja ugovora ili zbog nedostataka u punomoćju, sapregovaraču duguje naknadu za prouzrokovanu štetu.

Institut *culpa in contrahendo* je u švajcarskom pravu svoje zaokruživanje ostvario u sudskoj praksi. Naime, švajcarski sudovi ukazuju da sam ulazak u pregovore zasniva jedan pravni odnos koji strane obavezuje na postupanje u skladu sa načelom savesnosti i poštenja, i posebno upućuje na to da se drugoj strani razjasne odlučujuće činjenice za odluke koje su presudne za dalju sudbinu takvog odnosa. Kao tipičan primer nameće se odluka za prekid pregovora<sup>29</sup>.

Nadalje, učesnik u pregovorima ne sme, suprotno od svoje prave namere, da kod sapregovarača stvori lažnu nadu da može doći do zaključenja ugovora, i zbog toga da

---

<sup>23</sup> H. Mayrhofer, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Manz, Wien 1986, 227

<sup>24</sup> SZ (Entscheidungen der österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen – Sammlung Zivilsachen) 7/66,166

<sup>25</sup> Vid. § 1295, Ab. 2 Allgemeiner Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), <https://www.jusline.at/gesetz/abgb> [pristupljeno 20.08.2019], a identično o navedenom vid. i F. Gschnitzer, „Art. 878“, *Kommentar zum ABGB* (hrsg.H. Klang, F. Gschnitzer), Druck und Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, Wien 1968, 175; slično i SZ 7/383, 937

<sup>26</sup> H. Mayrhofer, 227-8

<sup>27</sup> E. Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Schulthess, Zürich 1988, 123

<sup>28</sup> I. Schwenger, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Stämpfli Verlag AG, Bern 1998, 275

<sup>29</sup> SJZ (Schweizerische Juristenzeitung) 1944, 327

saugovarača navede da načini troškove u tom pravcu. Štaviše, on je dužan da preuzme mere da eventualan takav ishod spreči<sup>30</sup>.

Predugovorna odgovornost nastupa kada dužnost savesnog postupanja u putem pregovora nastalom pravnom odnosu bude povređena. Za štetu načinjenu putem takve ponude oštećenom treba biti isplaćena naknada<sup>31</sup>.

Načelo savesnosti i poštenja je i u švajcarskoj pravnoj teoriji viđeno kao osnov i centralna tačka kada je reč o predugovornoj odgovornosti za naknadu štete. Pa tako T. Ghul i ostali govore da je svaki pregovarač koji je otvorio, odnosno ušao u pregovore, dužan da ih vodi prema načelu savesnosti i poštenja (*Treu und Glauben*) i da sapregovarača informiše o za njega važnim činjenicama i da to radi u obimu koji je uobičajen u pravnom prometu. U slučaju povrede pomenutih obaveza, za saugovarača nastaje pravo na naknadu štete<sup>32</sup>.

Nadalje, i Lando načela nalažu „dobru volju i fer pregovore“, kao što u stvari stoji i u samom naslovu člana koji uređuje ovo pitanje. Čl. 1:201 propisuje da „(1) svaka strana mora da deluje u skladu sa dobrom voljom i fer pregovaranjem. (2) Pregovarači ne mogu da isključe ili ograniče ovu obavezu“<sup>33</sup>. Sadržina stava 2 ovog člana jasno naglašava da Komisija koja je izradila ove principe pravilo pregovaranja u skladu sa dobrom voljom i fer pregovaranjem vidi kao imperativno. Ugovorne strane nemaju mogućnost da ovakvu odredbu menjaju, što znači da je Komisija cenila ovaj princip kao deo javnog poretka potencijalnog zajedničkog evropskog ugovornog prava. Stoga je Komisija predložila ovaj soft law paket kojim se uređuje da se svaka saglasnost volja između ugovornih strana, suprotna pomenutom principu, smatra ništavnom.

Iz navedenog se može zaključiti da postoji prilična uniformnost u shvatanjima o uređivanju instituta pregovora u komparativnom pravu i da ideja da obaveza savesnog pregovaranja počiva na načelu savesnosti i poštenja (*Treu und Glauben; bonne foi*).

## 2.2. Pregovori u jugoslovenskom i srpskom pravu

### 2.2.1. Sloboda u vođenju pregovora

Još je V. Bogišić u Opštom imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru iz 1888. g. uređio da „Pogađanja i pripreme koje bivaju prije završaja ugovora ne vezuju ni jednu ni drugu stranu, n’ako bi zakon naročito što drugo naredio“<sup>34</sup>. U tom smislu je i Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima M. Konstantinovića za pregovarače propisivala da „pregovori i pogađanja koji prethode zaključenju ugovora ne obvezuju i svaka ih strana može prekinuti kad hoće“<sup>35</sup>. Identično rešenje kao u Skici danas sadrži čl. 30, st. 1 Zakona o obligacionim odnosima<sup>36</sup>.

Iz pomenutih pozitivnopravnih rešenja mogu se neposredno uočiti pravna dejstva pregovora. Naime, normativno posmatrano, sve saglasnosti koje su postignute u toku pregovora nemaju nikakvu vrednost ako i dok ne dođe do zaključenja ugovora. Stranke nisu u

---

<sup>30</sup> BGE (Amtliche Sammlung von Entscheiden des Schweizerischen Bundesgerichts) 77 II, 137

<sup>31</sup> SJZ 1990, 159

<sup>32</sup> T. Ghul, A. Koller, A. Schnyder, J. N. Druey, *Das schweizerische Obligationenrecht*, Schulthess, Zürich 2000, 104

<sup>33</sup> Art. 1:201, Principles of European contract law Parts I, II and III (Lando Principles), [copy@lexmercatoria.org](mailto:copy@lexmercatoria.org) 2002

<sup>34</sup> V. Bogišić, „čl. 495“, *Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru*, Državna štamparija, Cetinje, 1898, 170

<sup>35</sup> M. Konstantinović, „Čl. 6, st. 1“, *Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, NIU Službeni list SRJ, Beograd 1996, 42

<sup>36</sup> Vid. čl. 30, st. 1 ZOO („Sl. list SFRJ“, br. 29/78, 39/85, 45/89 - odluka USJ i 57/89, „Sl. list SRJ“, br. 31/93 i „Sl. list SCG“, br. 1/2003 – Ustavna povelja)

fazi pregovora vezane ničim, svaka od njih može čak da revidira odluku koju je već jednom donela<sup>37</sup>. One su u toku pregovora jedino dužne da postupaju savesno, odnosno sa dužnom pažnjom prema pravima i pravnim interesima sapregovarača.

Pritom, kao rezultat uspešnog pregovaranja, od vođenja pregovora može proizaći, pored zaključenja glavnog ugovora, i zaključenje nekog predugovora ili predugovornog sporazuma. Pri takvom epilogu bi i sami pregovori dobili dodatni pravni značaj<sup>38</sup>.

Otuda, može se konstatovati da je svakom pregovaraču zagantovano pravo da slobodno, svojom samostalnom odlukom napusti pregovore. Teško bi bilo i zamisliti alternativu kada se ima u vidu nepredvidivost ishoda pregovora, tj. postojanje mogućnosti da se oni završe bez ikakve koristi za pregovarače. Jer ukoliko bi pregovarači, stupanjem u pregovore, morali nečega da se odreknu ili da se podvrgnu nekakvom značajnijem ograničenju nego što je obaveza na savesno postupanje, u situaciji kada je velika verovatnoća da na kraju procesa ne dobiju ništa zauzvrat, bilo bi normalno očekivati da će pregovarači oklevati da uopšte otpočnu pregovore.

Takav epilog bi imao snažne negativne konsekvence u odnosu na ukupan broj zaključenih ugovora, jer budući saugovarači ne mogu unapred da znaju da li su njihovi imovinski interesi korelativni, pa da lako pristupe zaključenju ugovora bez vođenja pregovora. Pregovori su najčešće neophodni.

Zapravo pregovori tome i služe – da pregovarači razmatraju svoje interese i šta treba zauzvrat drugom saugovorniku da pružaju, pa da naknadno odluče da li je u njihovom interesu da se određenim ugovorom obavežu ili ne. Zbog svega toga ulazak i izlazak iz pregovora nikad ništa ne treba da košta, tj. uvek mora da bude slobodan. I u francuskoj pravnoj tradiciji otuda, u ovoj etapi formiranja ugovora, sloboda ugovaranja ostaje do danas esencijalni princip<sup>39</sup>. Takođe, videli smo da je takvo rešenje prisutno i u ostalim kontinentalnim pravnim tradicijama.

## 2.2.2. Potreba za načelom savesnosti i poštenja kao protivteži i njegovo važenje

Međutim, potpuna sloboda pri otpočinjanju, vođenju i prekidu pregovora dovela bi do apsolutno nepredvidivog toka pregovora, čija bi nepredvidivost bila prisutna svakog trenutka i svaka strana u pregovorima bila bi pritom izložena riziku da se već u sledećem trenutku pregovori prekinu voljom druge strane. U tom slučaju bi svi prethodno načinjeni troškovi pali na teret onoga koji ih je preuzeo i ono što je prethodno izneseno u toku pregovora bilo bi bez ikakvog pravnog značaja.

Takva situacija predstavljala bi široko polje za zloupotrebu i ona nije svojstvena za kontinentalnu pravnu tradiciju. Otuda je i naš zakonodavac, po uzoru na komparativna rešenja, u propisivanju konkretnih pravila bio vođen vrednostima sadržanim u načelu savesnosti i poštenja<sup>40</sup>, kako i u načelima o ravnopravnosti strana i zabrani zloupotrebe prava. Ova načela propisuju da su strane u obligacionom odnosu ravnopravne<sup>41</sup> i da je

---

<sup>37</sup> M. Draškić, *Zaključenje ugovora o prodaji*, Beograd 1986, 21

<sup>38</sup> Dodatni značaj se ispoljava u tome što su pregovori kod zaključenog ugovora pravno relevantni i u ostalim slučajevima kada zakon to propisuje, kao što je slučaj kod tumačenja (čl. 99, st. 2 ZOO) ili sudskog upotpunjavanja sporednih tačaka ugovora (čl. 32, st. 2 ZOO)

<sup>39</sup> Y. Buffelan-Lanore, V. Larribau-Terneyre, *Droit civil – Les obligations*, Sirey, Paris 2017, 317

<sup>40</sup> Čl. 12 ZOO

<sup>41</sup> Čl. 11 ZOO



zabranjeno vršenje prava iz obligacionih odnosa protivno cilju zbog koga je ono zakonom ustanovljeno ili priznato<sup>42</sup>.

Ona pritom upozoravaju pregovarače da strana koja je vodila pregovore bez namere da zaključi ugovor, odnosno strana koja je neosnovano prekinula pregovore, odgovara za štetu nastalu u toku vođenja pregovora<sup>43</sup>.

Tako je zakonodavac učesnicima u pravnom prometu poslao sledeću poruku: niko nije obavezan da pokrene ili nastavi pregovore; ali onaj ko ih je pokrenuo ili nastavio, mora to da učini prema pravilima poštenja i savesnosti (dobre vere)<sup>44</sup>. Na najopštiji način, može se reći da načelo savesnosti postavlja zahtev da se strane ponašaju lojalno i da izbegavaju koliko god im je to moguće nanošenje štete drugome<sup>45</sup>.

Pritom, opšti stav koji danas prevladuje je da ugovor nije samo „antagonistička saradnja” između ugovornih strana već da je on jedna veza u kojoj svako treba da radi za ostvarenje zajedničkog cilja, pritom čineći to na lojalan način<sup>46</sup>. Postojanje dobre volje treba da osigura jednu moralizaciju ugovora i podstiče njegovu ravnotežu i u stadijumu formiranja, a ne samo u stadijumu izvršenja ugovora<sup>47</sup>.

Navedeno pravilo, koje obavezuje da se pregovori vode i prekidaju u saglasnosti sa načelom savesnosti i poštenja, tj. u dobroj veri, svoju je pozitivnopravnost ugledalo stupanjem na snagu Zakona o obligacionim odnosima 1978. godine. Inspiraciju je, kako smo već pomenuli, zakonodavac našao u stavovima M. Konstantinovića, koje je on izložio u svojoj Skici o zakoniku o obligacijama i ugovorima<sup>48</sup>.

### 2.2.3. Prethodna promocija koncepta savesnog pregovaranja u srpskom pravu

Srpsko pravo je promocijom koncepta savesnog pregovaranja pristupilo ideji koja je već bila prisutna u komparativnom pravu. Naime, ideja je da se sankcioniše povreda opšte dužnosti kojom se stvara privid (*l'apparence trompeuse*) o postojanju nečega što u stvari ne postoji. Jer, lice koje je, imajući poverenje u stvoreni privid, učinilo troškove, ima pravo na naknadu ovih troškova. Lice koje nema nameru da zaključi ugovor ne sme stvarati, otpočinjanjem ili vođenjem pregovora, privid kao da takav ugovor želi<sup>49</sup>.

Nedopušteno je da se suprotno vlastitim namerama kod sapregovarača pospešuje nada da može doći do zaključenja ugovora i da pritom sapregovarač vođen tom nadom čini troškove u cilju kasnijeg zaključenja ugovora. Štaviše, savesno postupanje nalaže dužnost da se sapregovarač odvrati od takvog postupanja<sup>50</sup>.

Svoju promociju pomenuto pravilo je doživelo, rekli bismo, relativno kasno za svoje vreme, i to zato što je dugo u pravničkim razmišljanjima ugovor percipiran i analiziran kao već zaključen, a tek je kasnije u fokus pravničke percepcije ušao proces njegovog zaključenja.

Međutim, ovakvo pravilo je u sudskoj praksi zaživelo u jednom kratkom periodu pre donošenja Zakona o obligacionim odnosima. Naime, prihvatajući stavove iznesene u Skici,

---

<sup>42</sup> Čl. 13 ZOO

<sup>43</sup> Čl. 30, st. 2 i 3 ZOO

<sup>44</sup> M. Draškić (1986), 37

<sup>45</sup> M. Orlić (1993), 443

<sup>46</sup> Y. Buffelan-Lanore *et al.*, 498

<sup>47</sup> *Ibid.*, 317

<sup>48</sup> Vid. čl. 6, st. 2 i 3 Skice

<sup>49</sup> M. Draškić (1986), 34

<sup>50</sup> BGE 77 II, 137

Savezni vrhovni sud je presudom Gzs 51/77<sup>51</sup> počeo da sudi upravu u tom pravcu, čak i pri nedostatku konkretne pozitivnopravne odredbe koja to nalaže.

Motive za takav postupak vidimo u jednom vrednosnom stavu koji je identičan onom koji zastupa L. Josserand. Naime, kako je Josserand govorio, problem odgovornosti je postao pitanje od prvenstvene, teorijske i praktične važnosti: on je prva i najglavnija tačka svetskog građanskog prava, on dobija stalno i svuda sve veći značaj<sup>52</sup>.

Autor nadalje dodaje da nije, dakle, tačno reći da smo odgovorni samo kada radimo bespravno; naprotiv, tačnije je reći da smo odgovorni i u slučaju vršenja svojih prava čim ih vršimo rđavo, čim ih zloupotrebljavamo, mi smo odgovorni. Drugim rečima, prava nam nisu data sa garancijom vlasti, već bez ikakve garancije, od nas zavisi da li ćemo ih upotrebiti pravilno, socijalno, zakonito, to su oruđa kojima je opasno rukovati, mi moramo da se upravljamo po pravilima igre, inače smo krivi i odgovorni za štete koje bismo mogli prouzrokovati<sup>53</sup>.

Ovako iskazana ravnoteža između slobode i poštovanja ostalih esencijalnih ugovornih vrednosti oduvek je u francuskom pravu predstavljala cilj jurisprudencije, sa instrumentima koje je obezbeđivao CC, ali isto tako spada i u okvir savremenih založbi za moralizaciju ugovora i promociju ugovorne pravde pomoću pravnih standarda kao što su dobra volja, lojalnost, jednakost ugovornih strana, proporcionalnost, pa čak i pojam razumnog roka<sup>54</sup>.

U srpskom ugovornom pravu, u kontekstu vođenja pregovora, gore navedeno bi se odnosilo na pravo pregovarača da slobodno uđu, vode i prekinu pregovore o zaključenju konkretnog ugovora. Kako se u presudi GZS 51/77 od 11. 7. 1977. godine navodi, „Pregovarač koji vodi pregovore bez namere da sklopi ugovor, kao i onaj koji vodi pregovore tako da jasno ispoljava nameru da zaključi ugovor pa od te namere odustane bez opravdanog razloga, dužan je drugom pregovaraču, koji je postupajući korektno u tim pregovorima pretrpeo štetu (negativni ugovorni interes), ovu nadoknaditi. To se pravno pravilo zasniva na dužnosti korektnog odnosa i na načelu savesnosti i poštenja čega se stranke moraju pridržavati i pri pregovorima o zaključenju ugovora.”<sup>55</sup>

Iz teksta pravnog obrazloženja presude može se videti da se pravno pravilo dedukcijom zapravo izvlači iz samog načela savesnosti i poštenja. Možda je i zbog toga u nauci zastupljen zanimljiv stav da su predugovorne obaveze bliže opštim dužnostima nego posebnim obligacijama<sup>56</sup>.

Uticao Skice na sudsku praksu je takođe očigledan. Preokret u sudskoj praksi, a prethodio mu je preokret u načinu pravničkog razmišljanja, pokazao je da se i bez promene zakonskog teksta može suditi na drugačiji način i izbeći suprotstavljanje pravičnosti i postojećeg prava<sup>57</sup>. Uvođenje pravila o predugovornoj odgovornosti u našem pravu označava jedan od najlepših primera stvaralačke aktivnosti sudova. Istovremeno, primena tih pravila nastala je kao rezultat uzajamnih uticaja i inspiracije pravne misli, sudijskog iskustva i

---

<sup>51</sup> Presuda Saveznog suda SFRJ GZS 51/77 od 11. 7. 1977. g., a kako navodi M. Orlić (1993), 65-6

<sup>52</sup> L. Josserand, „Evolucija odgovornosti”, *Pravni život* 9-10/1992 (tekst preuzet iz Braniča 7-8/1935, preveo B. Blagojević), 1164

<sup>53</sup> *Ibid.*, 1170

<sup>54</sup> Y. Buffelan-Lanore *et al.*, 317-8. Opstanak francuskog prava na takvim vrednostima je po pitanju pregovora potvrdio i francuski zakonodavac putem reforme iz februara 2016. godine, uvodeći u slovo zakona Art. 1112 koji nalaže da zadovoljenje načela *bonne foi* prilikom pregovora predstavlja pravni imperativ.

<sup>55</sup> Presuda Saveznog suda SFRJ GZS 51/77 od 11. 7.1977. g., prema M. Orlić (1993), 66

<sup>56</sup> M. Draškić (1986), 37

<sup>57</sup> M. Orlić, „Predugovorna odgovornost u sudskoj praksi”, *Pravni život* 10/95, 370

zakonodavnog rada<sup>58</sup>. U sledećem periodu, kroz zakonsko rešenje, zakonodavac je samo verifikovao ono oko čega su naučna javnost i sudska praksa već postigle konsenzus.

### 3. Pravna priroda dužnosti savesnog pregovaranja

Imajući u vidu da je zakonodavac na jasan i nedvosmislen način propisao i slobodu pregovaranja kao pravo i savesno i pošteno pregovaranje kao dužnost, nameće se pitanje u kojem su odnosu ova dva pravna pravila. I šta je zapravo dužnost savesnog i poštenog pregovaranja? Da li je to obligacija, i ako jeste, da li je reč o ugovornoj obavezi, o obavezi koja upućuje na naknadu štete ili možda o jedinstvenoj zakonskoj obavezi?

Kako B. Vizner navedeno objašnjava, kod pregovora između pregovarača zasniva se jedan specifičan pravni odnos, budući da se oni ne nalaze u već stvorenom i postojećem međusobnom ugovornom odnosu, a s druge strane uzeto, jer oni, ipak, nisu međusobno posve slobodni kao neke međusobno nezavisne i neodgovorne treće osobe<sup>59</sup>.

Smatra se da se predugovorna odgovornost za prouzrokovanu štetu ne može isključivo tretirati ni kao povreda neke određene i postojeće ugovorne obaveze, jer ona u stadijumu pregovora ne postoji, ni kao neke vanugovorne, deliktne obaveze ... pa se iznosi da je u takvim slučajevima reč o povredi *očekivanog ispravnog ponašanja pregovarača* koji je – pokrećući i vodeći pregovore bez namere zaključenja očekivanog ugovora, odnosno odustajući od ovako postojeće namere bez osnovanog razloga, time povredio osnovno načelo o ponašanju učesnika u zasnivanju obveznopravnih odnosa, a to je načelo savesnosti i poštenja (čl. 12), kao i načelo po kojem je svako dužan uzdržati se od postupka kojim se može drugom uzrokovati šteta (čl. 16)<sup>60</sup>.

Pregovori sadrže, generalno, pri jednoj neorganizovanoj razmeni predloga, pravila o građanskoj odgovornosti, koja imaju za cilj da osiguraju određenu deontologiju samih pregovora<sup>61</sup>. Jedna „deontologija pregovora” mora biti utvrđena da bi se izbegla situacija u kojoj bi se na predugovorni period primenjivao samo „zakon džungle”<sup>62</sup>.

Pritom, lako je najpre isključiti mogućnost da je dužnost pregovaranja ugovorna obaveza, jer ne postoji ugovor. U odsustvu ugovora, ne može biti reč o ugovornoj odgovornosti. Ali da li se stvari menjaju ukoliko ugovorne strane zakluče ugovor o pregovorima, sa ciljem da uredi pravila u procesu pregovora, i pritom kroz taj ugovor abrogiraju pravilo o *culpa in contrahendo* za te konkretne pregovore?

#### 3.1. Isključenje dužnosti savesnog pregovaranja

Zakon o obligacionim odnosima, za razliku od Lando načela, ne govori o zabrani isključenja ili ograničenja dužnosti savesnog i poštenog pregovaranja. Zapravo zakon ne govori ni o dužnosti da se pregovori vode savesno i pošteno, već govori o obavezi na naknadu štete koja bi eventualno bila prouzrokovana sapregovaraču nesavesnim i nepoštenim pregovaranjem, a kao takvo zakonodavac vidi vođenje ili prekidanje pregovora bez osnovanog razloga<sup>63</sup>.

---

<sup>58</sup> *Ibid.*, 369

<sup>59</sup> B. Vizner, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima – Knjiga I*, Zagreb 1978, 168

<sup>60</sup> *Ibid.*, 168-169

<sup>61</sup> J. Schmidt, *Negotiation et conclusion de contrats*, Dalloz, Paris 1982, 198

<sup>62</sup> *Ibid.*, 102

<sup>63</sup> Vid. čl. 30, st. 2 i 3 ZOO; pritom međutim nije sporno da je načelo savesnosti i poštenja ideja vodilja prilikom propisivanja ovih obaveza za naknadu štete.

Iz toga se može zaključiti da, u odnosu na pitanje da li je dužnost savesnog i poštenog pregovaranja, odnosno obaveza na naknadu štete prouzrokovane nesavesnim i nepoštenim pregovaranjem imperativna odredba i deo javnog poretka, konkretno čl. 30 ZOO čuti. Zbog toga odgovor na ovo pitanje moramo potražiti u drugim odredbama ZOO-a.

Zabrana prouzrokovanja štete je načelo ZOO-a i ona uređuje da „svako je dužan da se uzdrži od postupka kojim se može drugom prouzrokovati šteta“<sup>64</sup>. Međutim, glavno pitanje je da li ugovorne strane u ugovoru o pregovorima mogu odgovornost za štetu da sporazumno isključe ili ograniče, ili je ona deo javnog poretka, pri čemu bi svaka izjava u pravcu isključenja ili ograničenja odgovornosti za *culpa in contrahendo* bila ništavna? To govorimo iz razloga što je i dispozitivni karakter zakona takođe jedno od njegovih načela, a ono propisuje da „Strane mogu svoj obligacioni odnos urediti drukčije nego što je ovim zakonom određeno, ako iz pojedine odredbe ovog zakona ili iz njenog smisla ne proizlazi što drugo“<sup>65</sup>.

Otuda treba uzeti u obzir odredbe o ograničenju i isključenju odgovornosti iz glave III Zakona o obligacionim odnosima – Dejstva obaveze. Zakon o obligacionim odnosima u čl. 265, st. 1 propisuje da „odgovornost dužnika za nameru ili krajnju nepažnju ne može se unapred ugovorom isključiti“<sup>66</sup>. Argumentom *a contrario* može se isključiti odgovornost ukoliko je šteta nastala običnom dužnikovom nepažnjom. Obična nepažnja, odnosno *culpa levis* postoji kada štetnik nije pokazao onu pažnju koju bi pažljiv, brižljiv čovek, dobar domaćin pokazao u okolnostima konkretnog slučaja<sup>67</sup>.

Međutim, zakon govori o vođenju pregovora „bez namere da se zaključi ugovor“<sup>68</sup>, što će reći da mora da postoji druga namera o tome zašto se pregovori vode, kao i odustajanje „od namere da se zaključi ugovor, bez osnovanog razloga“<sup>69</sup>. Prethodno znači da se kod pregovarača stvorila druga namera, suprotna od prve, koja ga je podstakla da prekine pregovore, a iz razloga koji, posmatrano kroz prizmu načela savesnosti i poštenja, nije opravdan.

Otuda je jasno da kod vođenja pregovora bez namere da se ugovor zaključi u pozadini postoji druga namera, najčešće fraudolozne prirode, tj. namera sa ciljem da se sapregovaraču pričini određena šteta. Kod prekida pregovora, takođe je jasno da se pregovori uvek prekidaju namerno. Međutim, akcenat je stavljen upravo na to da li je razlog za prekid opravdan ili ne. Kod skrivenog prekida pregovora, takav razlog nije opravdan.

Štetnik se, pritom, ne može pozivati da nije znao da razlog za prekid pregovora nije opravdan, odnosno da je on mislio da je razlog opravdan, a da je sud kasnije utvrdio da takav razlog nije opravdan, jer bi to u krajnjoj liniji značilo da takav sapregovarač ne može da oceni šta predstavlja savesno pregovaranje, a šta ne. Takav je scenario neprihvatljiv, jer je neoboriva pravna pretpostavka da je svakom učesniku u pravnom prometu poznato načelo o savesnosti i poštenju, kao zakonska odredba. Na osnovu karaktera načela kao zakonska odredba stvara se neoboriva pretpostavka da je svakom učesniku u pregovorima poznato koji su razlozi za prekid pregovora opravdani, a koji ne. Na takav zaključak neminovno upućuje i deliktna sposobnost nesavesnog pregovarača. Eventualna pravna zabluda se može (i mora) izbeći.

---

<sup>64</sup> Čl. 16 ZOO

<sup>65</sup> Čl. 20 ZOO

<sup>66</sup> Vid. čl. 265, st. 1 ZOO

<sup>67</sup> O. Antić, *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu – Centar za izdavaštvo i informisanje, Beograd 2012, 469

<sup>68</sup> Vid. čl. 30, st. 2 ZOO

<sup>69</sup> Vid. čl. 30, st. 3 ZOO

Imajući u vidu navedeno, nameće se zaključak da je *culpa in contrahendo* uvek delikt počinjen s namerom, pa se otuda, prema čl. 265, st. 1 ZOO, ugovorom o pregovorima ne može isključiti odgovornost za nesavesno pregovaranje. Pritom treba naglasiti da zakon kaže da se odgovornost ne može „unapred ugovorom isključiti”<sup>70</sup>. Otuda, sledeći *argumentum a contrario*, odgovornost za *culpa in contrahendo* može se ugovorom samo naknadno isključiti.

Međutim, potonji epilog ne vidimo kao sporni. Na primer, recimo da je jedan od sapregovarača stekao pravo na naknadu štete zato što je drugi sapregovarač prekinuo pregovore. Oštećeni od tada pa nadalje može slobodno da raspolaže svojim potraživanjem u pravnom prometu. On može između ostalog i da oprostí dug sapregovaraču, sa ciljem da postigne nešto što više pogoduje njegovim imovinskim interesima od toga da prouzrokovanu štetu namiri. Na primer, oštećeni može sa sapregovaračem da zaključi ugovor u pregovorima kojim se strane obavezuju da nastave prekinute pregovore, a da pritom oštećeni, da bi privoleo drugog pregovarača na takav ugovor, preko istog tog ugovora sapregovaraču oprostí dug. Ukoliko se sapregovarač složi i prihvati obavezu da nastavi pregovore, pa još ako je njegova obaveza učvršćena i ugovornom kaznom ugovorenom u nezanemarljivom iznosu, onda je prethodno oštećeni uspeo da oživi pregovore.

Otuda čl. 265, st. 1 ZOO-a vidimo kao pravilo koje je u skladu sa čl. 30 istog zakona, jer je omogućio oštećenom kao poveriocu opravdani manevarski prostor da on sam oceni šta najviše pogoduje njegovim imovinskim interesima.

### 3.2. Ograničenje odgovornosti za nesavesno pregovaranje

Naknada štete na ime *culpa in contrahendo* se ne može ni ograničiti jer „u slučaju ograničenja visine naknade poverilac ima pravo na potpunu naknadu, ako je nemogućnost ispunjenja obaveze prouzrokovana namerno ili krajnjom nepažnjom dužnika”<sup>71</sup>. Prethodno smo utvrdili da je svaki delikt koji predstavlja neopravdano vođenje ili prekid pregovora počinjen sa namerom.

Iz navedenog se može zaključiti da i pored nepostojanja konkretne pravne norme koja bi ukazivala na imperativnost odredaba o dužnosti savesnog i poštenog vođenja i prekida pregovora, ukupnost zakonskih pravila sadržanih u Zakonu o obligacionim odnosima ukazuje na to da je reč o imperativnoj normi. Zakonodavac upućuje na sistemsko tumačenje ovih pravnih normi u cilju njihove pravilne primene.

Kao posledicu takvog zaključka želimo istaći da ukoliko određene odredbe ugovora o pregovorima (kojeg vidimo kao jednu vrstu predugovora) isključuju ili ograničavaju zakonska pravila o *culpa in contrahendo*, takve odredbe ugovora o pregovorima bile bi ništave.

### 4. Nesavesno pregovaranje kao deliktna radnja

Prethodnom analizom posredno smo stigli i do odgovora na pitanje o pravnoj prirodi obaveze za naknadu *culpa in contrahendo*. Ona je odštetnog karaktera jer skrivljeni prekid pregovora zaslužuje moralnu osudu, ali sam za sebe, ako izostane šteta kao posledica, ne dovodi do pravne odgovornosti<sup>72</sup>. Lice koje nema nameru da zaključi ugovor ne sme stvarati, otpočinjanjem ili vođenjem pregovora, privid kao da takav ugovor želi. Ukoliko to učini, vrši

---

<sup>70</sup> Vid. čl. 265, st. 1 ZOO

<sup>71</sup> Čl. 265, st. 4 ZOO

<sup>72</sup> M. Orlić, „Ogled o odgovornosti za prekid pregovora”, *Pravni život* 10/1996, 533

građanskopravni delikt koji povlači njegovu odgovornost za štetu<sup>73</sup>, u slučaju kada sapregovarač pretrpi štetu<sup>74</sup>.

Takođe nije upitno da će pri utvrđivanju osnovanosti razloga za prekid pregovora sud morati da ocenjuje ponašanje pregovarača prema načelu poštenja i savesnosti<sup>75</sup>. Međutim, načelo savesnosti i poštenja, čije je poštovanje nametnuto pregovaračima, ne može se svrstati u zakonske obligacije, iako to na prvi pogled nalikuje na zakonsku obligaciju. Jer načela nisu nikada sama sebi cilj, naprotiv, ona predstavljaju sredstva da bi se postigli određeni ciljevi koje pravo stavlja sebi u zadatak<sup>76</sup>. Načela su značajna za duh i karakter samog zakona<sup>77</sup>.

Pa tako, načelo savesnosti i poštenja jeste samo putokaz, uvertira u konkretna pravna pravila. Ono uređuje atmosferu u kojoj treba da se vode pregovori i daje pregovaračkom procesu jednu notu pravičnosti, ne kao protivtežu, već kao dopunu slobodi otpočinjanja, vođenja i prekida pregovora.

S druge strane, obligacija je konkretna i glasi na naknadu prouzrokovane štete zbog nesavesnog vođenja ili prekida pregovora. Izraz „zakonska obaveza”, kojim se obeležava svaka obaveza koja nastaje iz neke činjenice koja nije obuhvaćena nijednim „izvorom obligacija”, može se bez nezgoda upotrebljavati u tom značenju<sup>78</sup>. Međutim, u konkretnom slučaju reč je o obavezi na naknadu štete. Zaista se obligacioni odnos poima kao određena činjenica, ali kao činjenica koja nije pravna činjenica koja je sama po sebi dovoljna da stvori određenu obavezu, nego samo kao odnos koji podstiče javni interes, tj. zakonodavca da ga kao takvog uredi.

Pošto nisu u pitanju kauzalna obećanja, pregovori koji prethode zaključenju ugovora ne obavezuju, nemaju moć stvaranja obligacije. Otuda ih svaka strana može prekinuti po svom nahođenju<sup>79</sup>. S obzirom na to da pregovori ne znače saglasnost volja u smislu ugovora, već da na osnovu njih tek može nastati predlog za zaključenje ugovora, pravilo je da pregovori koji prethode zaključenju ugovora ne obavezuju i svaka ih strana može prekinuti kad god hoće<sup>80</sup>.

Dok, s druge strane, skrivljeni prekid pregovora predstavlja samo *modus operandi* jednog delikta. Postojanje prethodne veze između štetnika i oštećenog, tj. njihovo participiranje u pregovaračkom procesu sa suprotnih pozicija, ne menja suštinu da se radi o jednom deliktu. Pravila o savesnom pregovaranju ne stvaraju novu autonomnu obavezu, nego uređuju uslove pod kojima se kod dužnika treba utvrditi krivica, kao konstitutivni element obaveze za naknadu štete<sup>81</sup>.

Otuda, u cilju praktične važnosti prethodno izrečenog, hteli bismo da ukažemo na sledeće: O. Antić je prikazao da je u nauci zastupljen stav da su slučajevi odgovornosti za štetu pri prekidu pregovora, u navedenom smislu, izuzetak od pravila da pregovori ne obavezuju i

---

<sup>73</sup> M. Draškić (1986), 117

<sup>74</sup> S. Perović takođe vidi *culpa in contrahendo* kao deliktnu odgovornost. Vid. S. Perović, *Obligaciono pravo*, NUI Službeni glasnik, Beograd 1990, 265, identično o tome za francusko pravo pre reforme iz februara 2016. god. vid. C. Larroumet, 218, dok nakon reforme *culpa in contrahendo* za prekid pregovora postaje posebna zakonska obligacija uređena Art. 1112 CC.

<sup>75</sup> M. Draškić (1986), 118

<sup>76</sup> O. Antić, 37

<sup>77</sup> Vid. S. Perović, 49

<sup>78</sup> M. Konstantinović, *Obligaciono pravo [prema beleškama sa predavanja prof. Konstantinovića]*, Izdanje Saveza studenta Pravnog fakulteta u Beogradu, Beograd 1969, 175

<sup>79</sup> O. Antić, 304

<sup>80</sup> S. Perović, 264-265

<sup>81</sup> Vid. čl. 154, st. 1 ZOO

da ih, kao izuzetke, treba restriktivno tumačiti<sup>82</sup>. Nadalje, isti autor je polemizirao da, ako se uzme u obzir načelo savesnosti i poštenja, načelo zabrane prouzrokovanja štete, kao i posebna pravila o naknadi štete i zakonske odredbe koje uređuju pitanje pregovora, onda mora proizaći zaključak da tu nije u pitanju klasičan slučaj pravila i izuzetaka, koji povlači usko tumačenje. Naprotiv, kako autor dalje navodi, u pitanju je opšte pravilo, ali i posebni slučajevi prouzrokovanja štete za koje važe posebne odredbe, a ne restriktivna pravila<sup>83</sup>.

Cenimo da zaključak da su nesavesno vođenje i prekid pregovora tipični delikti, odnosno da to što su načinjeni u specifičnoj atmosferi, tj. u toku pregovora, ne utiče na njihovu pravnu prirodu potvrđuje gore navedeni stav O. Antića da pravo na slobodno vođenje i prekid pregovora i obaveza da se pregovori vode i prekidaju uvažavajući načelo savesnosti i poštenja nisu u korelaciji pravila i izuzetaka, nego se specifičnost odnosa nalazi u nečemu drugom.

Naime, u srpskom odštetnom pravu generalna je odredba da se krivica pretpostavlja, odnosno da tuženi mora da dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice<sup>84</sup>. Dok u slučaju vođenja i prekida pregovora, zbog toga što su vođenje i prekid slobodni, pravna pretpostavka je da su pregovori vođeni i prekinuti savesno, odnosno bez krivice sapregovarača, kojeg druga strana tereti za štetu.

Otuda takva generalna odredba, uobičajena za odštetno pravo, nije kompatibilna sa ovim deliktima koji se čine u procesu pregovora, upravo zbog toga što su takve radnje uobičajeno dozvoljene, a samo u slučaju njihovog nesavesnog izvršenja predstavljaju delikt. Naravno, to proizilazi iz pretpostavke da su pregovarači u toku pregovora savesni.

Pritom, ipak, cenimo da navedena kolizija nema za posledicu da promeni pravnu prirodu delikata načinjenih u procesu pregovora. Naprotiv, da bi pravni promet uvažio specifičnost pravila za *culpa in contrahendo*, rešenje pitanja kolizije trebalo bi tražiti u pravilu *lex specialis derogat lex generali*, što bi značilo da se generalna odredba da se krivica pretpostavlja primenjuje na sve delikte, dok samo za delikte zbog nesavesnog vođenja ili prekida pregovora važi oboriva pretpostavka da je pregovarač savesno vodio ili prekinuo pregovore<sup>85</sup>. *Onus probandi* po pitanju dokazivanja nesavesnosti istog pregovarača, odnosno obaranje takve pretpostavke je na strani drugog pregovarača, tj. na tužitelju koji kroz parnicu zahteva naknadu štete koja mu je načinjena nesavesnim vođenjem ili prekidom pregovora od strane tuženog.

## 5. Visina naknade štete za nesavesno pregovaranje

Dalja konkretna posledica koja proizilazi iz toga da je pravna priroda ovih obaveza deliktna, ispoljava se po pitanju obima naknade štete za *culpa in contrahendo*. Oštećeni u skladu sa čl. 190 ZOO-a ima pravo na potpunu naknadu, odnosno „sud će, uzimajući u obzir i okolnosti koje su nastupile posle prouzrokovanja štete dosuditi naknadu u iznosu koji je potreban da se oštećenikova materijalna situacija dovede u ono stanje u kome bi se nalazila da nije bilo štetne radnje ili propuštanja”.

Međutim, važnije pitanje je šta zapravo znači potpuna naknada štete. Da li se ona odnosi na predvidivu štetu ili na ukupnu štetu koja je nastala, iako jednim delom nije bila predvidiva? U odseku 7, deo II – Obim naknade materijalne štete (čl. 189–197) zakonodavac ne daje konkretan odgovor na ovo pitanje.

---

<sup>82</sup> O. Antić, 306, a naveo je stav nekoliko naučnika u fn. 942

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> Vid. čl. 154, st. 1 ZOO

<sup>85</sup> Gotovo identično, međutim i opširnije o tome vid. M. Orlić (1993), 69-71

S druge strane, zakonske odredbe o obimu naknade štete u visini pozitivnog ugovornog interesa, odnosno za neizvršene ugovorne obaveze, propisuju konkretnu gradaciju po pitanju obima naknade. Otuda, pri tipičnom neispunjenju „poverilac ima pravo na naknadu obične štete i izmakle koristi, koje je dužnik u vreme zaključenja ugovora morao predvideti kao moguće posledice povrede ugovora, a s obzirom na činjenice koje su mu tada bile poznate ili morale biti poznate”<sup>86</sup>. Dok „u slučaju prevare ili namernog neispunjenja, kao i neispunjenja zbog krajnje nepažnje, poverilac ima pravo zahtevati od dužnika naknadu celokupne štete koja je nastala zbog povrede ugovora, bez obzira na to što dužnik nije znao za posebne okolnosti zbog kojih su one nastale”<sup>87</sup>.

Otuda namerno neispunjenje, tj. povreda ugovorne obaveze daje poveriocu pravo na naplatu celokupne, odnosno i predvidive i nepredvidive štete. Imajući u vidu da je *culpa in contrahendo* uvek odgovornost za namerno počinjeni delikt, pitanje da li će nesavesni pregovarač odgovarati oštećenom pregovaraču u obimu predvidive ili celokupne štete, predstavlja važno pitanje.

Međutim, da li se nepostojanje konkretne pravne norme koja bi odgovorila na postavljeno pitanje može smatrati pravnom prazninom? Čini nam se da je teško naći argumentaciju kojom bismo potkrepili ovakav stav. Ali, ostaje pitanje kakve su te radnje u pregovorima čija cena troškova u konkretnim pregovorima, odnosno slučaju, može da bude značajno veća nego što je uobičajena tržišna cena i kako nastaju te oscilacije?

Kao takve vidimo one radnje čije preduzimanje ima poznatu tržišnu cenu, međutim u konkretnom slučaju, zbog određenih poteškoća ili spoljnih okolnosti, ispostavlja se da preduzimanje takvih radnji prouzrokuje veće, često značajno povišene troškove u odnosu na redovnu tržišnu cenu po kojoj se određena radnja naplaćuje.

Pa tako, ukoliko je na primer oštećeni pregovarač u toku pregovora angažovao određenog projektanta da izradi konkretan elaborat, a iz kog elaborata bi taj isti pregovarač mogao prepoznati dokle dosežu njegovi imovinski interesi, što je njemu ključna informacija za dalje vođenje pregovora, može se doći u situaciju da, zbog konkretne prepreke u projektovanju, na kraju taj elaborat košta dva puta više u odnosu na njegovu uobičajenu tržišnu cenu. Postavlja se pitanje ko će, u slučaju nesavesnog vođenja ili prekida pregovora, da snosi razliku u ceni? Da li je štetnik dužan da oštećenog namiri do visine prosečne tržišne cene za elaborat ili do ukupne, a koja iznosi duplo više?

Naš je *de lege ferenda* stav po ovom pitanju sledeći. U odsustvu konkretne pravne norme koja bi razjasnila dilemu da li obim naknade štete izražen kao negativni ugovorni interes doseže predvidivu ili celokupnu štetu, imajući u vidu čl. 190 ZOO-a, treba se prikloniti mišljenju da zakonodavac propisuje naknadu celokupne štete. Jer kako nalaže ZOO, treba „dosuditi naknadu u iznosu koji je potreban da se oštećenikova materijalna situacija dovede u ono stanje u kome bi se nalazila da nije bilo štetne radnje ili propuštanja”<sup>88</sup>. Zakon insistira na naknadi ukupne štete koja je nastala, ne praveći razliku da li je ona bila predvidiva ili ne.

Pitamo se, nadalje, da li se može ovo stanovište opravdati i određenom zakonskom analogijom unutar ZOO-a, a u pogledu odredaba za ugovornu odgovornost. Naime, zakonodavac je štetu za ugovornu odgovornost sveo na predvidivu, osim u slučajevima kada je dužnik izvršenje propustio namerno, odnosno kada je namerno povredio dužnost da ispuni

---

<sup>86</sup> Čl. 266, st. 1 ZOO

<sup>87</sup> Čl. 266, st. 2 ZOO

<sup>88</sup> Vid. čl. 190 ZOO



svoju obavezu, odnosno namerno prouzrokovao svoju građanskopravnu odgovornost<sup>89</sup>. Otuda, imajući u vidu da je svaki delikt u pregovaračkom procesu povodom vođenja ili prekida pregovora nameran, zakonska analogija nalagala bi da i u ovom slučaju, kao što je to slučaj kod povrede ugovornih obaveza, dužnik bude odgovoran do visine ukupne štete, a ne samo do visine predvidive štete.

Međutim, cenimo da je zakonska analogija u ovom pravcu suvišna. Naime, prethodno smo utvrdili da su nesavesno vođenje i prekid pregovora delikti koji su počinjeni u specifičnim uslovima, odnosno da postojanje određene međusobne veze u procesu pregovora ne menja njihovu pravnu prirodu, odnosno činjenicu da su oni delikti. To i jeste prejudicijelno pitanje da bi se primenio čl. 190 ZOO-a.

Pa tako, kod svakog delikta koji je namerno počinjen od strane štetnika, oštećeni se namiruje u celosti, a pitanje da li obim štete treba da dostigne nivo predvidive ili celokupne štete se ne postavlja. Zbog toga nalazimo da u Zakonu o obligacionim odnosima ne može biti reči o određenoj pravnoj praznini, jer nema gradacije u obimu naknade štete za one delikte koji su počinjeni namerno<sup>90</sup>. Potpuno namirenje bi izostalo samo ukoliko oštećeni prilikom preuzimanja konkretnih troškova nije pokazao dovoljan stepen brige, jer u tom slučaju štetnik ne treba da kompenzuje neopravdane gubitke zbog neodgovornog postupanja oštećenog. U ovom slučaju bila bi reč o teleološkoj redukciji prilikom primene čl. 190 ZOO-a.

Argumentacija o zakonskoj analogiji namerno načinjene štete u slučajevima nesavesnog vođenja i prekida pregovora i štete zbog namernog neizvršenja ugovorne obligacije nije potrebna da bi se izgradio navedeni stav po pitanju obima naknade štete za *culpa in contrahendo*. Jer, šteta se uvek namiruje u celosti i ne trpi ovakvu vrstu gradacije. Suprotno rešenje dovelo bi do neuobičajenih situacija u kojima bi oštećeni priželjkivao da mu šteta bude nanescena namerno, odnosno sa najvećim stepenom krivice, kako bi se on u celosti obeštetio, odnosno on bi priželjkivao postojanje namere kod štetnika da mu načini štetu. Takva situacija bila bi apsurdna.

## 6. Zaključak

Imajući u vidu prethodno izneseno, želimo da rezimiramo sa sledećim. Oštećeni doživljava štetu kao povredu svog imovinskog interesa koji se sastoji u težnji ili nastojanju da mu se imovinsko stanje ne pogorša<sup>91</sup>. Prethodno imovinsko stanje je za oštećenog bilo povoljnije nego stanje koje je nastalo kao posledica štetnikove radnje i stoga se imovinski interes oštećenog sastoji u tome da do ovakvog pogoršanja ne dođe, ili što je samo drugi izraz za to da mu se ne nanosi šteta<sup>92</sup>. Zbog toga i jeste opravdan interes oštećenog da bude u celosti obešteten, bez obzira na to da li je šteta bila predvidiva ili ne.

---

<sup>89</sup> Vid. čl. 266, st. 1 i 2 ZOO

<sup>90</sup> Zakon govori o smanjenju naknade tako što sud može, vodeći računa o materijalnom stanju oštećenika, osuditi odgovorno lice da isplati manju naknadu nego što iznosi šteta, ako ona nije prouzrokovana ni namerno ni krajnjom nepažnjom, a odgovorno lice je slabog imovnog stanja te bi ga isplata potpune naknade dovela u oskudicu (čl. 191, st. 1 ZOO), kao i ako je štetnik prouzrokovao štetu radeći nešto radi koristi oštećenika, sud može odrediti manju naknadu, vodeći računa o brižljivosti koju štetnik pokazuje u sopstvenim poslovima (čl. 191, st. 2). U oba slučaja sniženje naknade štete je predviđeno za niže stepene krivice, odnosno u prvom samo za *culpa levis*, i to u slučaju kada budu zadovoljeni i dodatni objektivni elementi, dok je u drugom slučaju reč o postupanju kao prema sopstvenim stvarima, pri čemu je neracionalno razmišljati u pravcu da neko lice koje poseduje poslovnu sposobnost namerno uništava sve svoje stvari. Otuda se jasno može zaključiti da zakon predviđa da se obim naknade štete može smanjiti, ali pri postojanju nižih stepena krivice, dok u konkretnom slučaju prisutno namerno činjenje štete predstavlja svakako najviši stepen krivice.

<sup>91</sup> M. Orlić (1992), 1194

<sup>92</sup> M. Orlić (1996), 535

Najzad, ukoliko je isključivo krivica varijabla od koje zavisi da li će se oštećeni namiriti do visine celokupne štete za *culpa in contrahendo* ili samo do nivoa predvidive, došlo bi se do toga da oštećeni priželjkuje da je štetnik prilikom nanošenja štete postupao sa najvišim stepenom krivice, tj. uvek namerno. Otuda, imajući u vidu navedenu argumentaciju, cenimo da *culpa in contrahendo* povlači odgovornost za naknadu celokupne štete, bez obzira na to da li je ona bila predvidiva ili ne. Neophodno je samo racionalno postupanje oštećenog prilikom stvaranja troškova u toku pregovora.

## II. Ugovorna obaveza na savesno pregovaranje

### 1. Uređenje savesnog pregovaranja putem ugovora o pregovorima

Da li su pravila o *culpa in contrahendo* uvek i jedino samo deliktne pravne prirode ili ona mogu postati i ugovorna pravila? U fokusu naše dalje analize razmatramo: da li pravila o *culpa in contrahendo* kao takva mogu promeniti svoju pravnu prirodu, tj. da li mogu postati ugovorna pravila ako budu ugovorena u okviru ugovora o pregovorima?

Do sada smo videli da se njihova imperativnost odnosi na to da ova pravila ne mogu biti abrogirana ili derogirana u pravcu smanjenja odgovornosti za njihovo nepoštovanje. Međutim, ostaje nerazjašnjeno da li se odgovornost za njihovo nepoštovanje može ugovorno pooštriti propisivanjem ugovorne kazne u slučaju njihove povrede, a čiji je iznos veći od imovinske vrednosti prouzrokovane štete?

Uređenje odnosa između pregovarača u toku pregovora predstavlja predmet ugovora o pregovorima. Otuda je legitimno očekivati da se zakonske odredbe o *culpa in contrahendo*, tačno onako kako su zakonom propisane, ili na izmenjeni način, pominju u sadržini ugovora o pregovorima. Međutim, da li one zaista ulaze u ugovorno polje ugovora o pregovorima ili jednostavno takve odredbe u ugovoru predstavljaju obično ponavljanje slova zakona?

### 2. Neizmenjena pravila o savesnom pregovaranju kao predmet ugovora o pregovorima

Polazeći od imperativnosti zakonskih pravila o *culpa in contrahendo*, može se zaključiti da svako isključenje ili smanjenje odgovornosti putem klauzula predviđenih u ugovoru o pregovorima povlači njihovu ništavost, odnosno delimičnu ili ukupnu ništavost samog ugovora o pregovorima.

S druge strane, ukoliko se pravila o *culpa in contrahendo* unesu u ugovor onako kako su zakonom uređena, ponovo se, imajući u vidu njihovu imperativnost, ne radi o produbljenoj regulaciji odnosa između pregovarača, zato što bi te odredbe i inače bile na snazi već od trenutka samog otpočinjanja konkretnih pregovora. Dok s druge strane, cilj ugovora koji reguliše pregovarački proces je upravo taj da uvede neka nova pravila u smislu produbljenog regulisanja, odnosno uređenja pregovaračkog procesa.

Otuda, onako kako su zakonom predviđena, pravila o *culpa in contrahendo* ne ulaze u ugovorno polje ugovora o pregovorima, bez obzira što su obuhvaćena njegovom sadržinom. Jer, jednostavno, ona bi postojala i proizvodila bi pravno dejstvo i u odsustvu pomenutog ugovora, a na osnovu samog zakona. Ili, posmatrano iz drugog ugla, ugovor o pregovorima koji pokriva samo postojeća zakonska pravila zapravo nije ugovor, jer u pravni promet ne unosi nikakav dodatni kvalitet. On je samo prosto ponavljanje onoga što je zakonodavac prethodno zakonom uredio, i čemu je na taj način već prethodno bio udahnuo pravni život.

### 3. Poošttravanje odgovornosti za nesavesno pregovaranje putem ugovora o pregovorima

Za našu analizu je ipak od većeg značaja pitanje da li se ugovornim putem zakonska pravila o *culpa in contrahendo* mogu pooštriti. Imajući u vidu da je obligaciono pravo sfera u kojoj je cilj da se primarno uvaži saglasnost volja učesnika u pravnom prometu, teško bi bilo izdvojiti argumente koji govore suprotno od toga da je prethodno pomenuta teza moguća. Naravno, poošttravanje pravila o savesnosti pregovaranja putem ugovora u pregovorima mora se pritom kretati u okvirima imperativnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja<sup>93</sup>, odnosno u za autonomiju volje predviđenim granicama.

Dakle, pregovarači kao ugovorne strane mogu da zaključe ugovor u kome će za nesavesno vođenje ili prekid pregovora da propišu ugovornu kaznu, čiji bi novčani iznos prevazilazio stvarno pričinjenu štetu kao rezultat pomenutih delikata. To vidimo kao jedan od legitimnih ciljeva samog ugovora o pregovorima. Ukoliko ugovorne strane žele da pooštre odgovornost, odnosno da uozbilje pregovore na jedan viši nivo u odnosu na onaj na kojem zakon to čini, oni to čine putem neimenovanog ugovora o pregovorima.

Imajući u vidu da je sankcija, pored dispozicije, jezgro i *conditio sine qua non* za svaku pravnu normu, da bi ona zaista bila pravna, postavlja se sledeće pitanje. Da li se poošttravanjem odnosa menja pravna priroda pravnih normi za *culpa in contrahendo* iz deliktne u ugovornu ili ne? Pitanje je legitimno, jer ZOO predviđa različita pravila za vanugovornu u odnosu na ugovornu odgovornost.

U konkretnom slučaju, kod pozivanja na vanugovornu odgovornost, radilo bi se o naknadi materijalne štete na osnovu vlastite krivice, a zbog skrivenog vođenja ili prekida pregovora. Dok, kod pozivanja na ugovornu odgovornost, bila bi reč o naplati ugovorne kazne odštetnog karaktera, ponovo za slučaj nesavesnog vođenja ili prekida pregovora.

U slučaju da je, i pored pooštrene odgovornosti, *culpa in contrahendo* tretirana kao deliktna radnja, lice koje je sapregovaraču načinilo štetu dužno je istu nadoknaditi. Na oštećenom je da dokaže da je šteta nastala, da prezentuje njen obim i da dokaže da je štetu prouzrokovao dužnik. Krivica se u ovom slučaju ne pretpostavlja, već važi pretpostavka da je pregovarač u toku pregovora bio savestan<sup>94</sup>.

S druge strane, ukoliko se zauzme stav da poošttravanje odgovornosti za nesavesno vođenje ili prekid pregovora putem ugovorne kazne menja pravnu prirodu pravila i čini ih ugovornim, onda oštećeni pregovarač može da pozove nesavesnog sapregovarača iz pregovora na ugovornu odgovornost, pri čemu se može razmišljati u pravcu da bi se krivica potonjeg pretpostavljala<sup>95</sup>.

Potonju tezu je moguće graditi u sledećem pravcu. Propisivanjem ugovorne kazne sapregovarači zasnivaju novu obavezu za jednog od njih ili za obojicu, koja se suštinski podudara sa pravilima o *culpa in contrahendo*. U tom slučaju, sapregovarači se novom obavezom obavezuju na nečinjenje, odnosno na to da neće nesavesno da vode ili prekinu pregovore. Ukoliko se oni uzdrže od nesavesnog pregovaranja za vreme trajanja pregovora, smatralo bi se da su oni svoju obavezu ispunili.

Ovakva teorija može biti korisna za analizu pitanja koje razmatramo, međutim cenimo da teško da može da opstane ukoliko bude podvrgnuta ozbiljnoj kritici. Jer obaveze na nečinjenje predstavljaju preuzete obaveze kojima se dužnik obavezuje da ne čini nešto, a što

---

<sup>93</sup> Vid. čl. 49 ZOO

<sup>94</sup> Vid. čl. 30, st. 1-3 ZOO

<sup>95</sup> Na takvo rešenje upućuje narativ iz čl. 263 ZOO

bi u redovnim okolnostima mogao da čini. Tako, on se zapravo nečega odriče, a u korist svog poverioca iz obaveze na nečinjenje. Međutim, u kontekstu vođenja pregovora, ne može biti reč o obavezi na nečinjenje, jer dužnik svakako, već po samom zakonu, ne sme nesavesno da vodi ili prekine pregovore sa sapregovoračem. Otuda vidimo iznetu teoriju kao neodrživu.

### 3.1. Ugovorna kazna kao instrument ugovornog pooštavanja odgovornosti za nesavesno pregovaranje

U cilju pokušaja razrešenja gore navedene situacije, moramo se vratiti na samo jezgro instituta ugovorne kazne, a koje je iskazano u slovu zakona. Naime, zakon uređuje da ugovorne strane, u konkretnom slučaju saugovornici iz ugovora o pregovorima, mogu ugovoriti ugovornu kaznu, međutim samo za slučaj da dužnik „ne ispunji svoju obavezu ili ako zadocni sa njenim ispunjenjem”<sup>96</sup>. Otuda, *a contrario*, ugovorna kazna ne može biti samostalno ugovorena. Njena potreba za postojanjem primarne obaveze, odnosno njen akcesorni karakter predstavlja osnovnu odliku koja nju definiše kao poseban pravni institut. U suprotnom, obaveza za isplatu određenog parničnog iznosa nije i ne može biti ugovorna kazna.

Tako, ugovorna kazna može biti ugovorena ili kao akcesorna obaveza u odnosu na obavezu za naknadu štete zbog *culpa in contrahendo*, ili kao akcesorna obaveza u slučaju povrede dužnosti savesnog pregovaranja. U prvom slučaju, to bi praktično značilo da, ukoliko nesavesni pregovarač ne plati sapregovaraču novčani iznos na ime naknade štete zbog nesavesnog vođenja ili prekida pregovora nakon dospeća te obaveze, nadalje je dužan da plati pored primarne obaveze i novčani iznos na ime ugovorne kazne. U ovakvom kontekstu, ugovorna kazna iz ugovora o pregovorima ima za cilj da kroz pritisak koji vrši na nesavesnog pregovarača osigura da će on da namiri svoju obavezu na naknadu štete zbog *culpa in contrahendo*.

Unapred ugovorena ugovorna kazna, u ovakvom slučaju, pogoduje pregovaračima koji vode pregovore za zaključenje glavnog ugovora tako što su oni tokom pregovora sigurniji da će, ukoliko druga ugovorna strana nesavesno vodi ili prekine pregovore, njihovo potraživanje na ime naknade štete zbog nesavesnog pregovaranja biti namireno, što i jeste cilj ugovorne kazne kao sredstva učvršćenja potraživanja. Sa pozicije dužnika može se verovati da bi se ugovornom kaznom smanjila verovatnoća da će se dužnik usuditi da načini delikt prilikom pregovora.

U potonjem slučaju, obaveza plaćanja ugovorne kazne nastaje istovremeno sa obavezom naknade štete zbog povrede obaveze savesnog pregovaranja. Pa tako, nesavesni pregovarač zbog svoje *culpa in contrahendo*, pored obaveze naknade štete nastale u toku pregovora, nadalje duguje i ugovornom kaznom utvrđeni novčani iznos.

### 3.2. Ugovorno pooštavanje odgovornosti za *culpa in contrahendo* putem nepravde ugovorne kazne

Da bi prethodno pomenuta teza bila zaokružena, treba ukazati i na nepravu ugovornu kaznu. Naime, kao na nepotpunost dosadašnje analize, može se ukazati na situaciju kada se ugovorna kazna može ugovoriti i za slučaj kada savesni saugovarač nije pretrpeo štetu za nesavesno pregovaranje<sup>97</sup>.

Pa tako, polazeći od kompenzatorne funkcije ugovorne kazne, treba istaći sledeće. Pravilo da se ugovorna kazna duguje nezavisno od toga da li je povredom ugovorne obaveze

---

<sup>96</sup> Vid. čl. 270, st. 1 ZOO

<sup>97</sup> Ovakvu mogućnost neposredno predviđa čl. 275, st. 1 ZOO

prouzrokovana šteta jasno oslobađa poverioca obaveze da dokazuje da je štetu pretrpeo i kolika je njena visina, time i svih teškoća koje bi u redovnom sporu imao da savlada, što se u velikoj meri može razumeti kao razlog, motiv zbog kojeg on ugovornu kaznu ugovara<sup>98</sup>. Ovako koncipirana ugovorna kazna ne samo što oslobađa od tereta dokazivanja visine štete nego omogućava namirenje i onda kada savesni sapregovarač nije pretrpeo štetu.

Time je, smatramo, odgovornost za *culpa in contrahendo* ne samo ugovorno pooštrena nego je promenjena pravna priroda obaveze, od deliktne u ugovornu. Preobražaj lociramo u njenoj neakcesornosti. Pa tako, dok u oba prethodna slučaja ugovorna kazna ne menja pravnu prirodu obaveze za naknadu štete za nesavesno vođenje ili prekid pregovora, nego predstavlja njenu nadogradnju, njeno sredstvo učvršćenja, odnosno njoj je akcesorna, ali ipak zasebna obligacija, koja u pravnom prometu postoji pored primarne obaveze, u poslednjem slučaju reč je o ugovornoj obavezi za nesavesno pregovaranje koje ne zahteva primarnu obavezu za naknadu štete.

Neakcesorna ugovorna kazna je u pravnoj teoriji poznata kao nepravna ugovorna kazna. Ona zasniva primarnu obavezu, koja se sastoji od uzdržavanja od nesavesnosti prilikom vođenja pregovora. Ovakvo rešenje na normativnom nivou je poznavala Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima. Naime, kako je Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima uređivala, kada je kazna obećana ne kao sporedna obaveza, već kao glavna obaveza, sa uslovom da obećalac nešto učini ili ne učini, sud je može na zahtev obećavaoca smanjiti ako nađe da je preterana<sup>99</sup>.

Na današnjem normativnom nivou u srpskom pravu na nju je teško ukazati. Imajući u vidu odredbe ZOO-a, ako se pođe od odredbe da sporazum o ugovornoj kazni deli pravnu sudbinu obaveze na čije se obezbeđenje odnosi, pravna situacija definisana kao nepravna ugovorna kazna zaista nije ugovorna kazna, u smislu pravne ustanove koja je, pod ovim imenom, na relativno potpun način uređena zakonom. Međutim, nije teško prihvatiti da je takvo ugovaranje dozvoljeno<sup>100</sup>.

Kao plod autonomije volje ugovornih strana, čija dozvoljenost uživa i podršku naučnih krugova, cenimo da nepravna ugovorna kazna stvara specifičnu glavnu obavezu. Njena specifičnost se sastoji u tome da dužnost da se nešto propusti, konkretno da se propusti nesavesno vođenje ili prekid pregovora, nije nešto što je u odsustvu ugovorne kazne dozvoljeno. Otuda, nije moguće ovu obavezu do kraja razdvojiti od dužnosti za savesno pregovaranje iz čl. 30 ZOO-a. Zbog toga smatramo da, i pored toga što je reč o glavnoj ugovornoj obavezi, ostaje na poveriocu, koji zahteva naplatu ugovorne kazne, da dokaže nesavesnost sapregovarača u toku pregovora.

Mogućnost da se ugovorom o pregovorima predvidi da je dovoljno da se pregovori prekinu da bi se ugovorna kazna zahtevala, čini se, i bez obzira na neakcesornost ugovorne kazne, preoštrom. Zato smatramo da je jedan takav epilog moguć samo ukoliko bude izričito regulisan u ugovoru u pregovorima. Tada bi se na obligacioni odnos mogao primeniti čl. 263 ZOO-a. U tom slučaju bi na dužniku ugovorne kazne bilo da u sudskom postupku dokazuje svoje savesno vođenje pregovora, kako bi se oslobodio plaćanja ugovorne kazne.

Zbog navedenog smatramo da se može tvrditi da ugovorna kazna poošttrava ukupne pravne posledice prema pregovaraču koji je prilikom pregovora povredio obavezu savesnog

---

<sup>98</sup> D. Hiber, M. Živković, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 451

<sup>99</sup> Vid. čl. 220 Skice o obligacijama i ugovorima. O ugovornoj kazni kao primarnoj obavezi na činjenje ili propuštanje vid. § 434, Ab. 2 BGB.

<sup>100</sup> D. Hiber *et al.*, 430

postupanja, pri čemu je obligacioni odnos između sapregovarača putem ugovora o pregovorima dobio na novom kvalitetu. On se ogleda u povećanoj odgovornosti u iznosu na ime naknade štete od gornje granice negativnog ugovornog interesa zbog nesavesnog vođenja ili prekida pregovora do ukupnog integralnog iznosa naplaćenog na ime ugovorne kazne, ili u obavezi da se plati iznos ugovorne kazne zbog nesavesnog pregovaranja i u slučajevima kada sapregovarač nije pretrpeo realnu štetu. Zbog navedene pravne posledice, pomenutom neimenovanom ugovoru se u pravnom prometu treba priznati punovažnost.

### 3.3. Paralelno vođenje pregovora

Paralelno vođenje pregovora se u liberalnom društvu, pri redovnom toku stvari, ne može smatrati kao čin nesavesnosti. Ukoliko sapregovarač vođenjem paralelnih pregovora uvidi da zaključenjem ugovora sa trećim licem može bolje da ostvari svoje imovinske interese u pravnom prometu, takav njegov motiv predstavlja opravdani razlog za prekid ostalih vođenih pregovora.

Iz obaveze vođenja pregovara na savestan i pošten način ne proizilazi kao opšte pravilo zabrana pregovaranja sa trećima<sup>101</sup>. Međutim, ugovorom o pregovorima može se predvideti da paralelno pregovaranje predstavlja nesavestan čin. Ako jedna ili obe strane hoće da sebe zaštite od ovakvih okolnosti, one treba da nastoje da se u sporazum unese izrečna odredba o isključivosti pregovora. U tom slučaju, kako to vidi M. Orlić, otpočinjanje ili nastavljanje pregovora sa trećima predstavlja neporecivu povredu ne samo odredbe o isključivosti nego i jedan od najizrazitijih primera nesavesnog postupanja<sup>102</sup>.

Identično za francusko pravo navodi i J. Ghestin, ističući da, time što ugovori o pregovorima služe kao osnova za dalju zaštitu interesa sapregovarača u toku pregovora, može u tom duhu biti predviđena klauzula ekskluziviteta sa ciljem da na određeno vreme odvraća sapregovarače od otpočinjanja i vođenja pregovora sa konkurentnim učesnicima u pravnom prometu<sup>103</sup>.

Pritom, kao posledica zaključenja ugovora o pregovorima, ponovo proizilazi da su zakonske odredbe o vođenju pregovora podvrgnute identitetskom preobražaju. Ovako koncipiran ugovor o pregovorima takođe, kao i prethodno razmatrana ugovorna kazna, unosi novi pravni kvalitet u postojeći obligacioni odnos tako što nesavesno postupanje, u odnosu na prethodno zakonski postavljeni, biva prošireno jednim novim modalitetom. Otuda, i u ovom slučaju može biti reč o punovažnom ugovoru o pregovorima, jer on za sapregovarače donosi nešto više, u smislu uređenja pregovora, a u odnosu na zakonska pravila. Pritom i u konkretnom slučaju obaveza na nesavesno pregovaranje gubi deliktan karakter (delimično, jer teret dokazivanja ostaje kod oštećenog) i postaje ugovorna.

### III. Zaključak za Prvi deo

Pregovori su u srpskom pravu prvi kontakt u pravcu zaključenja ugovora. Kao društveni odnos, oni su podvrgnuti pravnoj regulaciji. Karakteriše ih sloboda koja je izvedena iz principa o slobodi ugovaranja. Na terenu pregovora, pomenuti princip se reflektuje u pravu učesnika u pravnom prometu da izaberu sapregovarača, da slobodno otpočnu, vode i prekinu pregovore.

Pritom, pravni život je ukazao na potrebu da se pomenuta sloboda treba ograničiti i svesti na razuman obim kako ne bi došlo do njene zloupotrebe i nanošenja štete

---

<sup>101</sup> M. Orlić (1993), 466

<sup>102</sup> *Ibid.*, 467

<sup>103</sup> J. Ghestin *et al.* (2012), 517

sapregovaračima u pravnom prometu, a koja bi ostala nekompensovana. Kao protivteža je pritom primenjeno načelo savesnosti i poštenja, odnosno dužnost savesnog postupanja. U srpskom pravu, po uzoru na komparativna rešenja, nesavesnost se ispoljava u vođenju pregovora bez namere da se kasnije zaista zaključi ugovor ili u prekidu pregovora bez opravdanog razloga.

Obaveza savesnog pregovaranja je u naučnim krugovima pretežno viđena kao deliktna i za njeno postojanje neophodno je, kao i kod svakog delikta, da sapregovarač zaista pretrpi štetu. Ispunjenje uslova pod kojima bi se nesavesni pregovarač pozvao na *culpa in contrahendo*, oštećenom sapregovaraču daje pravo na zahtev za naknadu štete u visini negativnog ugovornog interesa.

Autonomija volja sapregovarača dozvoljava da oni, putem ugovora o pregovorima, prošire krug radnji koje bi potpadale pod nesavesno postupanje, a koje na osnovu zakona nisu viđene kao takve. Tipičan primer je paralelno pregovaranje. Takođe, putem ugovora o pregovorima može se pooštriti i odgovornost za *culpa in contrahendo*, kao obim koji određuju zakonske norme. Kao prikladan instrument za pooštavanje odgovornosti za *culpa in contrahendo* nameće se i ugovorna kazna. Ugovorna kazna rađa odgovornost za *culpa in contrahendo* kod nesavesnog pregovarača i kada je izostalo nanošenje štete sapregovaraču.

Putem pomenutih dodatnih odredaba, pregovori kao zakonski uređeni obligacioni odnos dobijaju novi kvalitet. Zbog toga ugovoru o pregovorima treba priznati pravnu autonomiju. Pošto je reč o ugovoru koji prethodi zaključenju glavnog ugovora, ovakav ugovor treba podvesti pod pojam „predugovor”.

Međutim, razlike u odnosu na predugovor iz čl. 45 ZOO-a su očigledne. Potonji daje pravo na zaključenje glavnog ugovora, ako bude trebalo i sudskim putem. S druge strane, ugovor o pregovorima samo pooštava odgovornost za *culpa in contrahendo*, pri čemu sloboda prekida pregovora i dalje ostaje primarna. Dok predugovor iz čl. 45 ZOO-a sadrži sve tačke glavnog ugovora, ugovor o pregovorima se bavi jedino uređenjem ambijenta koji treba da dovede do eventualnog utvrđivanja sadržine glavnog ugovora. Jedina njegova dalja konkretna obaveza je obaveza na nastavak pregovora<sup>104</sup>.

Otuda ugovor o pregovorima ne treba mešati sa predugovorom iz čl. 45 ZOO-a. Ali on može biti podveden pod pojam „predugovor u širem smislu”. Ovaj pojam shvatamo kao kišobran koji obuhvata sve autonomne ugovore koje odlikuje autentičnost, a koji uređuju polje, odnosno aktivnosti koje prethode zaključenju glavnog ugovora i pritom takvom zaključenju teže. S druge strane, institut iz čl. 45 ZOO-a u ovoj analizi uslovljavamo nazivom „predugovor u užem smislu”.

---

<sup>104</sup> Identično o tome vid. J. Ghestin *et al.* (2012), 516-7. Identičnu obavezu nalazimo kod delimičnog sporazuma. Više o tome vid. M. Orlić (1993), 411-2

## D R U G I D E O

– Okvirni sporazum i punktacije –

### I. Okvirni sporazum

Jedan od intermedijara na relaciji između neobaveznih pregovora i samog zaključenja glavnog ugovora predstavlja i okvirni sporazum. I u domaćem pravu i u komparativnom svetu ovaj pravni posao nastaje na terenu autonomije volja. Imajući u vidu mesto koje okvirni sporazum zauzima na putu ka zaključenju glavnog ugovora, postoji određena mogućnost za preklapanje njegove pravne prirode sa onom koja odlikuje predugovor iz čl. 45 ZOO-a.

Otuda vredi uporediti oba instituta, ispitati u kom delu se oni preklapaju, i postaviti čak pitanje da li možda okvirni sporazum, prema karakteristikama koje ispoljava, ne predstavlja zapravo jedan modalitet predugovora iz čl. 45 ZOO-a. I najzad, da li je reč o institutu koji bi svoje mesto trebao da nađe u okviru zakonskog teksta, ili je možda srpski zakonodavac ideju o njegovom zakonskom uređenju s pravom odbacio.

#### 1. Pojam okvirnog sporazuma

Okvirni sporazum, kako u srpskom tako i u komparativnom pravu, nije zakonska kategorija. On predstavlja pravni odgovor na praktičnu potrebu za slučaj kada dva učesnika u pravnom prometu žele da u određenom vremenskom periodu izvrše određenu kompleksnu transakciju, a pritom niti zaključenje jednog ugovora sa sukcesivnim izvršenjem, niti pojedinačno zaključenje niza samostalnih ugovora, nije dovoljno odgovarajuće u odnosu na njihove potrebe. Otuda, otvara se prostor za jedno rešenje koje sintetizuje oba prethodno navedena<sup>105</sup>.

Okvirni sporazum, za razliku od klasičnih ugovora, stvara jedan korpus pravila kao stalni standard, s namerom da ona budu na snazi u svim budućim pravnim poslovima između saugovarača, bez potrebe da saugovarači svoju volju u tom pravcu u svakom budućem konkretnom pravnom poslu ponove. Tako, okvirni sporazum predstavlja opštu regulativu za sve buduće pravne poslove koji na njemu počivaju<sup>106</sup>. Budući pravni poslovi predstavljaju pojedinačne glavne ugovore. Jedna od glavnih karakteristika okvirnog sporazuma je da on vodi ka zaključenju mnoštva glavnih ugovora.

Zaključenje okvirnog sporazuma čini se prikladnim u situacijama kada saugovornici teže ka jednoj dužoj poslovnoj vezi. Takav su slučaj često poslovne relacije između proizvođača i trgovaca. Okvirni sporazum je pogodan okvir u kome bi ovi saugovarači ugovorili osnove njihove međusobne saradnje<sup>107</sup>. Pritom treba istaći da se saugovarači kroz okvirne sporazume ne obavezuju na zaključenje odnosnih ugovora u vezi sa pojedinačnim narudžbinama, nego se zadržavaju na uređenju ukupnog poslovnog odnosa u širem kontekstu. Otuda okvirni sporazumi čine platformu za dugotrajno partnerstvo između saugovarača<sup>108</sup>.

Pa tako, nastao u pomenutom poslovnom kontekstu, okvirni sporazum uređuje ona pitanja koja su od zajedničkog značaja za sve potonje pojedinačne ugovore koji treba da

---

<sup>105</sup> A. Sayag (dir.), *Le contrat-cadre, 1. Exploration comparative*, Litec, Paris 1994, 16

<sup>106</sup> J. Gatsi, *Le contrat-cadre*, LGDJ 1996, 141

<sup>107</sup> W. Gass, K. W. Lange, *Rahmenverträge für moderne Produktionsformen*, C.H. Beck, München 1999, 14, slično o tome vid. i A. Sayag, 62

<sup>108</sup> W. Gass *et al.*, 14, slično o tome vid. i J. Gatsi, 8



nastanu kroz okvirnim sporazumom zasnovan pravni odnos<sup>109</sup>. U tom kontekstu, okvirni sporazum ima dejstvo uniformisanja potonjih pojedinačnih glavnih ugovora<sup>110</sup>. Kako se u francuskoj civilnoj doktrini navodi, okvirni sporazum uređuje osnovna pravila na kojima počivaju kasniji pojedinačni glavni, odnosno aplikacioni ugovori (*contrats d'application*), koji treba da potom konkretno realizuju prethodno zasnovani obligacioni odnos<sup>111</sup>.

## 2. Okvirni sporazum i glavni ugovor

Nadalje, gore navedeno neizbežno vodi ka pitanju odnosa između okvirnog sporazuma i glavnog ili glavnih ugovora. Da bi pravna priroda okvirnog sporazuma u celosti bila rasvetljena, treba ponuditi odgovore u pravcu toga u kolikom obimu okvirni sporazum predeterminira potonji glavni ugovor i da li okvirni sporazum stvara za zakonodavca potraživanje ili potestativno pravo za zaključenje glavnog ugovora. Ako je reč o potestativnom pravu, bilo bi legitimno ispitati i osobinu opcije u smislu toga koliko puta ista može biti iskorišćena, odnosno koliko glavnih ugovora se kroz okvirnim sporazumom stvorenu opciju daju generisati.

Komparativna rešenja su na ova pitanja pružala jasne odgovore. Putem njih vredi produbiti analizu okvirnog sporazuma kao pravnog instituta, sa nadom da će takva analiza nadalje uputiti i na zaključke po pitanju relacije između okvirnog sporazuma i predugovora iz čl. 45 ZOO-a.

Tako se u francuskom pravu govori o tome da okvirni sporazum treba da odredi osnovne linije volje ugovornih strana, a da pritom ostavi implementirajućim ugovorima da kasnije takvu volju preciziraju i sprovedu<sup>112</sup>. Štaviše, prema dominantnoj tezi u naučnim krugovima, okvirni sporazum ne treba da obavezuje na zaključenje glavnih ugovora. Određeni autori idu i korak dalje i govore da okvirni sporazum ne treba da sadrži konkretne obaveze<sup>113</sup>.

Prema tome, nameće se zaključak da ugovorne strane ostaju potpuno slobodne po pitanju toga da li da zakluče ili ne glavni ugovor i da definišu one elemente koji nisu obuhvaćeni sadržinom okvirnog sporazuma, kao što bi mogla biti stvar prodaje ili cena<sup>114</sup>.

Nadalje, i sam predmet okvirnog sporazuma ukazuje na to da on nije glavni ugovor, npr. ugovor o prodaji, i zbog toga ne treba da sadrži sve bitne sastojke neophodne za punovažnost odnosnog glavnog ugovora<sup>115</sup>. Stoga nije neophodno da npr. okvirni sporazum sadrži količinu naručene robe, niti njenu cenu<sup>116</sup>.

U kontekstu navedenog, u francuskoj civilistici navodi se niz primera koji ukazuju na u praksi karakteristične okvirne sporazume i na njihova pravna dejstva. Naime, kod okvirnog sporazuma o distribuciji uobičajena je klauzula „u skladu sa potrebama primaoca robe”. Takva klauzula jasno ukazuje na činjenicu da su ugovorne strane zadržale slobodu odlučivanja u vezi sa eventualnim obavezivanjem. Isporučilac će proizvesti i isporučiti traženu robu samo ukoliko u trenutku primanja narudžbine ima ekonomski interes za to.

---

<sup>109</sup> K. Larenz, M. Wolf, *Allgemeiner Teil des BGB*, C.H. Beck, München 1997, 467

<sup>110</sup> J. Schmidt, „Le prix du contrat de fourniture”, *Dalloz chronique 1985, chron.*, 177

<sup>111</sup> F. Terre *et al.*, 216

<sup>112</sup> J. Gatsi, 10

<sup>113</sup> Više o tome vid. *Ibid.*, 121-3

<sup>114</sup> J.-M. Mousseron, A. Seube, „A propos des contrats d'assistance et fourniture”, *Dalloz 1973 chronique*, 198; slično o tome, umesto mnogih vid. A. Sayag, 87.

<sup>115</sup> A. Seube, *Le contrat de fourniture*, Montpellier, 1970, 263

<sup>116</sup> *Ibid.*, 337

Primalac takođe ostaje slobodan da izvrši narudžbinu u onom trenutku i obimu kako to pogoduje njegovim imovinskim interesima<sup>117</sup>.

I u bankarskim poslovima, prilikom potpisivanja bankarskog okvirnog sporazuma, kod bankara ne postoji intencija za konačno uređenje uslova pod kojima bi klijentu eventualno bio dodeljen kredit. Banka se putem okvirnog bankarskog sporazuma ne obavezuje da će klijentu dodeliti kredit. Ona izražava jedino svoju jasnu nameru u pravcu razmatranja pitanja o dodeli kredita klijentu, međutim ne preuzima čvrstu, odnosno punovažnu obavezu u smislu isporuke konkretne usluge<sup>118</sup>.

Pa tako, pravna priroda okvirnog sporazuma u francuskom pravu ukazuje na to da je kod okvirnog sporazuma reč o jednom pravnom poslu kojeg karakteriše neodredivost, i da na glavnim ugovorima ostaje da jedan veliki deo sadržine dalje determinišu<sup>119</sup>. Iz toga se može izvući zaključak da okvirni sporazum ne mora, štaviše ne treba da sadrži sve bitne sastojke glavnog ugovora. U suprotnom, on bi se u glavnom ugovoru asimilirao i tako izgubio smisao svog eventualnog postojanja, zbog, kako se karakteristično za francusko pravo ističe, nedostatka kauze u tom slučaju<sup>120</sup>.

I nemačko pravo, govoreći o okvirnim sporazumima, navodi da oni utvrđuju samo određene pojedinosti budućih ugovora i pritom ne stvaraju obavezu za zaključenje odnosnog potonjeg pojedinačnog ugovora<sup>121</sup>. Pritom se ukazuje na to da pojedine tačke jednog ugovora nisu do tog stepena utvrđene da bi njegov predmet bio određen ili odrediv. To se navodi i kao razlog zašto zaključenje potonjeg ugovora nije utuživo<sup>122</sup>. Štaviše, sadržina okvirnog sporazuma je u nemačkom pravu shvaćena kao skup smernica u odnosu na jednu dugotrajnu poslovnu vezu, a da iz toga ne moraju da proizađu konkretne obaveze za saugovornike<sup>123</sup>.

Okvirni sporazum je i u nemačkom pravu shvaćen kao „kišobran” koji treba da pripremi, odnosno olakša zaključenje eventualnih potonjih pojedinačnih ugovora u okviru postojećeg poslovnog odnosa<sup>124</sup>. Imajući u vidu rastegljivost predmeta okvirnog sporazuma, odgovor na pitanja o njegovom obimu sadržine i obavezama treba tražiti kroz njegovo tumačenje<sup>125</sup>.

### 3. Povreda okvirnog sporazuma

Nemačko pravo govori i o povredi okvirnog sporazuma koja daje pravo na zahtev za naknadu štete u visini pozitivnog ugovornog interesa<sup>126</sup>. Kako nemački sudovi ističu, jedna ugovorna strana ima pravo da podnese zahtev za naknadu štete u visini pozitivnog ugovornog interesa, a zbog povrede okvirnog sporazuma, u slučaju kada se druga ugovorna strana ozbiljno i konačno distancira od zaključenja pojedinačnih (glavnih) ugovora<sup>127</sup>.

---

<sup>117</sup> J. Gatsi, 31

<sup>118</sup> *Ibid.*, 23

<sup>119</sup> A. Sayag, 73

<sup>120</sup> *Ibid.*, 87

<sup>121</sup> R. Bork, 162; slično i J. Busche, 1680

<sup>122</sup> NJW RR 1992, 978

<sup>123</sup> G. Schulze, „Vor §§ 145-147 BGB“, *Nomos Kommentar, BGB AT, EGBGB, Band I*, (hrsg. T. Heidele, R. Hüfstege, H.-P. Mansel, U. Noack), Nomos, Baden-Baden 2012, 983

<sup>124</sup> J. Busche, *Münchener Kommentar BGB AT §§ 1-240 BGB*, (hrsg. F. J. Säcker), CH Beck, 7 Auflage, München 2015, 1680

<sup>125</sup> G. Schulze, 983

<sup>126</sup> Umesto mnogih vid. R. Bork, 162; J. Ellenberger, „Einführung v. § 145“, *Palandt BGB*, CH Beck, München 2014, 165

<sup>127</sup> WM 2000, 1203

Teza je, u odsustvu konkretne obaveze zaključenja glavnog ugovora, sporna i, čini nam se, teško odbranjiva. Ni postojanje ugovorne kazne, kao instrumenat za utvrđivanje visine štete, ne bi delovalo upotpunjujuće, jer ne bi ukazivalo na to koja je obaveza zapravo povređena.

Međutim, u konstelaciji u kojoj se okvirni sporazum nalazi, kao pravni posao koji saugovornicima ne oduzima slobodu da zaključe glavni ugovor, a koji se istovremeno suočava sa tvrdnjom da je bez zaključenja potonjih glavnih ugovora mrtvo slovo na papiru<sup>128</sup>, sankcija za njegovu povredu još više dobija na značaju i pritom još više biva opterećena kontroverzama.

U odsustvu jasnog i preciznog stava u pogledu gore navedenog pitanja u komparativnom pravu, pokušaćemo da iznesemo svoje mišljenje. Ono je suprotno tezi koja je prisutna u komentarima nemačkog BGB-a, a biće elaborirano u rezimeu, kao nastavak zaključka o pravnoj prirodi okvirnog sporazuma.

#### 4. Izvorne obaveze okvirnog sporazuma

U nemačkom pravu okvirni sporazum stvara vlastite obaveze, koje u skladu sa čl. 305, st. 3 BGB-a uživaju tretman sadržine ugovora<sup>129</sup>. Nemački zakonodavac ih vidi kao jednu podvrstu opštih uslova za zaključenje ugovora<sup>130</sup>.

I u francuskom pravu govori se o tome da, u cilju utvrđivanja mogućih daljih obligacionih obavezivanja, ugovorne strane teže ka tome da osiguraju izvesnost njihovog budućeg nastanka. One se posebno ispoljavaju na terenu odabira budućeg partnera<sup>131</sup>.

I takva težnja neizbežno vodi ka uspostavljanju konkretnih za okvirni sporazum autonomnih obaveza, čije je izvršenje usmereno u pravcu obezbeđivanja nastanka glavnog ugovora. Otuda treba ispitati da li postoje i koje su te za okvirni sporazum karakteristične obaveze i otvoriti pitanje njihovog uticaja na pravnu prirodu okvirnog sporazuma.

##### 4.1. Klauzula „ekskluziviteta” u okvirnom sporazumu

Klauzula ekskluziviteta je karakteristična za francuske okvirne sporazume. Ona uređuje da jedan poslovni partner mora da saraduje sa svojim saugovaračem iz okvirnog sporazuma, odnosno pošto zadržava slobodu da li će sa njim da zaključi jedan ili više glavnih ugovora, obaveza se manifestuje u smislu da je saugovarač dužan da u pravnom prometu propusti zaključenje u okvirnom sporazumu utvrđene vrste ugovora sa trećim licima.

Otuda, ona ne predstavlja niti jednostrano obećanje niti glavni ugovor, npr. neposrednu prodaju<sup>132</sup>. Jednostavno, reč je o tome da se saugovaraču zabranjuje izbor saugovornika po pitanju npr. prodaje proizvoda iz određene liste. Shodno tome, u konkretnoj sferi isključen je kontakt sa trećim licima<sup>133</sup>.

Prema našem viđenju, u konkretnom slučaju reč je o jednoj klasičnoj obavezi koja kreira takav pravni posao koji prevazilazi ugovorno polje okvirnog sporazuma. Naime, stvaranje klauzule ekskluziviteta za jednu ili obeju ugovornih strana generiše obavezu *non*

---

<sup>128</sup> A. Seube, 336

<sup>129</sup> G. Schulze, 983

<sup>130</sup> § 306, al. 3 BGB-a – Ugovorne strane mogu za jednu određenu vrstu pravnih poslova da odrede važenje opštih uslova.

<sup>131</sup> J. Gatsi, 54

<sup>132</sup> D. 1972, 358, note J. Ghestin

<sup>133</sup> J. Gatsi, 76-77

*facere*, odnosno nečinjenja. Izvor takve obaveze je jedan klasičan ugovor. On zaista pospešuje zaključenje glavnih ugovora, odnosno konvergentan je ciljevima koji treba da se okvirnim sporazumom postignu, međutim, on se od okvirnog sporazuma razlikuje.

Naime, zabrana za ugovaranje sa trećim licima nije sadržina okvirnog sporazuma koja će se sliti i postati deo svakog pojedinačnog glavnog ugovora, kao *accidentalia negotii*. Ona zaista koristi glavnom ugovoru, ali kao obaveza ona je iz ugla sadržine glavnog ugovora njemu strana. Štaviše, reč je o jednoj obavezi koja je bitna i sama po sebi dovoljna za punovažnost jednog ugovora. S druge strane, sadržini okvirnog sporazuma neophodno se pridodaje sadržina glavnog, kako bi obligacioni odnos bio potpun<sup>134</sup>.

Zbog toga smatramo da je volja po pitanju ekskluziviteta, odnosno zabrane ugovaranja sa trećim licima zaseban ugovor, različit od okvirnog sporazuma, a koji je zaključen istovremeno ili je sadržan u istom pismenu kao i okvirni sporazum.

#### 4.2. Obaveza pregovaranja i(li) ugovaranja

U želji da obezbede zaključenje potonjeg ugovora, ugovorne strane često zaključuju i okvirni sporazum sa „obavezom da se ugovara”. Takav okvirni sporazum treba da stvori neposrednu obavezu, odnosno obavezu zaključenja glavnog ugovora<sup>135</sup>.

Međutim, i ovakva obaveza je suprotna pravnoj prirodi okvirnog sporazuma. Kako smo prethodno utvrdili, okvirni sporazum ne sadrži u sebi sve bitne sastojke glavnog ugovora, bar ne do stepena odredivosti njegovog predmeta. Otuda, ne može se odgovoriti na pitanje šta je glavni ugovor, odnosno koji je predmet tako predviđene obaveze. Zbog potrebe da se i dalje radi na postizanju saglasnosti za zaključenje glavnog ugovora, prethodno preduzimanje obaveze u pravcu njegovog zaključenja kosi se sa suštinom okvirnog sporazuma.

Ali, imajući u vidu neophodnost dalje saradnje ugovornih strana iz okvirnog sporazuma u pogledu sadržine glavnog ugovora, obaveza se može shvatiti kao obavezivanje na dalje pregovaranje, umesto obavezivanja na neizbežno zaključenje glavnog ugovora. Pregovaranje bi bilo, naravno, u dobroj veri. U francuskom pravu je dalje pregovaranje u dobroj veri viđeno kao neposredno obavezno dejstvo ugovora u pravcu opravdavanja ciljeva koje postavlja teorija o zloupotrebi prava<sup>136</sup>. Obaveza pregovaranja ili čak i obaveza preferencije sapregovarača po pitanju pregovora vode ka realizaciji ciljeva iz okvirnog sporazuma<sup>137</sup>.

Pritom se nameće pitanje šta to znači ispuniti obavezu za dalje pregovaranje, u slučaju kada ona nije obaveza rezultata, odnosno nije neophodno da dovede do zaključenja glavnog ugovora<sup>138</sup>. Treba poći od načela savesnosti i poštenja, odnosno od toga da su ugovorne strane dužne da nastave vođenje pregovora u cilju postizanja konačne saglasnosti u pogledu sadržine glavnog ugovora. Od saugovornika se očekuje da ulože razumne napore da željenu saglasnost postignu.

---

<sup>134</sup> O potrebi za dvojnju saglasnost u cilju zaokruživanja uređenja obligacionog odnosa vid. J. Gatsi, 198; o funkcionalnom jedinstvu oba ugovora, ali iz ekonomskog ugla vid. J. Schmidt (1985), 177

<sup>135</sup> J. Gatsi, 54

<sup>136</sup> *Ibid.*, 252

<sup>137</sup> J. Schmidt (1985), 179

<sup>138</sup> O tome umesto mnogih vid. J. Schmidt (1985), 179

Ukoliko jedna ugovorna strana ne želi da pristupi daljem vođenju pregovora, treba joj dati naknadni rok. Tek nakon naknadnog roka, cenimo da druga ugovorna strana može da podnese zahtev za naknadu štete.

Pitanje potrebe davanja naknadnog roka je razmatrano i u nemačkoj sudskoj praksi<sup>139</sup>. Nemački sudovi su pri stavu da naknadni rok nije potreban u slučaju kada je dužnik demonstrirao svoju ozbiljnu volju u pravcu odbijanja ispunjenja konkretne obaveze. Međutim, da bi se takva volja konstatovala, pravilo zahteva ispunjenje ozbiljnih kriterijuma. Naime, pomenuta volja je po pravilu emitovana kada je dužnik nedvosmisleno iskazao svoju volju da neće ni naknadno da ispuni obaveze<sup>140</sup>.

Na polju vođenja daljih pregovora bez prave namere, nemački sudovi ukazuju na primer u kome tuženi nije objasnio zašto smatra ponudu tužioca visokom, i istom nije dao fer šansu za dalje pregovore<sup>141</sup>. Samo odbijanje ponude kao previsoke, pritom bez obrazlaganja odbijanja, nije dovoljan obrazac ponašanja da bi se konstatovalo da je dužnik ispunio svoju obavezu daljeg pregovaranja, ali da pregovori nažalost nisu dali željene rezultate. Naprotiv, ono ukazuje na to da dužnik zapravo nije hteo da nastavi pregovore, odnosno da investira trud u procesu putem kojeg bi se pokušalo stići do zaključenja konačnog ugovora. Najzad, navedeno upućuje na to da dužnik nije vodio pregovore sa namerom da zaključi ugovor ili je pregovore prekinuo bez opravdanog razloga. Može se zaključiti da je reč o situaciji identičnoj neovlašćenom vođenju ili prekidu pregovora, što se kao oblik ponašanja u skladu sa čl. 30, st. 2 i 3 ZOO sankcioniše kao *culpa in contrahendo*.

Na osnovu iznesenog dolazimo do zaključka da okvirni ugovor ne stvara obavezu zaključenja glavnog ugovora. Takva obaveza bila bi suprotna pravnoj prirodi okvirnog ugovora, a istovremeno i neizvodljiva, jer okvirni sporazum ne sadrži sve bitne elemente glavnog ugovora, odnosno svojom sadržinom ne čini predmet potonjeg ugovora odredivim.

Međutim, želimo istaći da okvirni sporazum ne stvara ni obavezu daljeg vođenja pregovora. Ona nastaje *ipso jure*, jer stranke već vode pregovore o zaključenju glavnog ugovora. Obaveza ne nastaje na osnovu okvirnog sporazuma, nego na osnovu situacije u kojoj se pregovarači nalaze, a što srpski zakonodavac vidi kao pravnorelevantnu i reguliše je putem čl. 30 ZOO-a. Otuda, obaveza je zakonska. Postojanje okvirnog sporazuma je, smatramo, samo jedan nepobitan dokaz da se njegove ugovorne strane nalaze upravo u takvom pravnorelevantnom odnosu, na koji se primenjuje čl. 30 ZOO-a.

## 5. Zaključak

Okvirni sporazum nastaje na terenu autonomije volja ugovornih strana kao platforma koja služi da olakša buduće zaključenje glavnog ili više glavnih ugovora. U zakonskom obliku on nije prisutan u komparativnom pravu.

Ugovorne strane u okvirnom sporazumu ostaju slobodne u odluci da li će da zakluče glavni ugovor. Pa tako, okvirni sporazum i ne sadrži sve bitne sastojke glavnog ugovora. Zbog toga okvirni sporazum ispoljava suštinske razlike u odnosu na predugovor iz čl. 45. ZOO i opcioni ugovor iz Nacrta SGZ iz 2015. godine, koji kao instituti u sebi neophodno sadrže sve bitne sastojke glavnog ugovora, kao uslov njihove vlastite punovažnosti<sup>142</sup>.

---

<sup>139</sup> WM 2000, 1203; WM 1993, 625; WM 1988, 912

<sup>140</sup> WM 1988, 912

<sup>141</sup> NJW-RR 1992, 978

<sup>142</sup> Vid. čl. 45, st. 3 ZOO, čl. 192, st. 1 Nacrta SGZ-a iz 2015. god.

Za razliku od potonjih, oba učesnika iz okvirnog sporazuma treba dobrovoljno i slobodno da izraze svoju saglasnost za zaključenje glavnog ugovora, koji predstavlja nadovezivanje na prethodno zaključen okvirni ugovor. S druge strane, poverilac iz predugovora može da zahteva sudsko prisilno izvršenje obaveze zaključenja glavnog ugovora, dok titular opcije aktiviranjem opcije takođe može mimo volje dužnika da jednostrano formira glavni ugovor.

Nadalje, okvirni sporazum, zbog gore navedenog, ne sadrži niti odredbu da vodi pregovore sa krajnjom obavezom na zaključenje glavnog ugovora kao izvestan cilj. Štaviše, i obaveza koju ugovorne strane imaju, a koja se odnosi na produženje pregovora nije autohtona obaveza koja je ponikla iz okvirnog sporazuma, nego zakonska obaveza koja nalaže savesno pregovaranje u skladu sa čl. 30 ZOO. Okvirni sporazum je samo dokaz da se ugovorne strane iz okvirnog sporazuma već nalaze u pregovorima po pitanju zaključenja glavnog ugovora, a što je kao konstelacija u pravnom prometu uređena pomenutim članom iz ZOO-a. Otuda je pogrešno tvrditi da je odgovornost za *culpa in contrahendo* sankcija za neizvršenje okvirnog sporazuma, odnosno osnov za zahtev za naknadu štete u visini pozitivnog ugovornog interesa istog.

Prema našem viđenju, okvirni sporazum je najbliži opštim uslovima za zaključenje daljih pojedinačnih ugovora između njihovog predlagača i lica kome se oni nude, odnosno nameću. Pritom, ispoljava se principijelna razlika u tome što je, za razliku od opštih uslova, sadržina okvirnog sporazuma najčešće sporazumno oblikovana između učesnika u pravnom prometu između kojih ne postoji očigledna disproporcija u ekonomskoj moći. Dok, s druge strane, mehanizam ponavljanja odredaba iz okvirnog sporazuma, kao dopunskih i dispozitivnih, u sadržini svakog potonjeg glavnog ugovora, a da se pritom volja u pogledu istih ne izražava prilikom zaključenja svakog glavnog ugovora, identičan je ideji na kojoj, u tom procesno-tehničkom smislu, počivaju opšti uslovi.

Iz gore navedenog proizilazi da je okvirni sporazum zapravo delimičan sporazum. On se bavi uređenjem *accidentalialia negotii* ili eventualno uređenjem nekih bitnih tačaka glavnog ugovora, do nivoa da obuhvati sve osim jedne. Jer ukoliko obuhvati sve, reč je ili o predugovoru ili o opcionom ugovoru ili o neposrednom zaključenju glavnog ugovora. Jedina obaveza iz okvirnog sporazuma je obaveza daljeg pregovaranja, koja je u suštini zakonska.

Okvirni sporazum ne obavezuje na zaključenje glavnog ugovora, niti na strogo pridržavanje njegovih odredaba pri zaključenju pojedinačnog glavnog ugovora. Njegovo pravno dejstvo sastoji se samo u obavezi da se odstupanje u svakom slučaju čini savesno. Otuda i jedina sankcija zbog povrede okvirnog sporazuma, odnosno savesnog pregovaranja po pitanju zaključenja glavnog ugovora, jeste odgovornost za *culpa in contrahendo*.

Sadržina okvirnog sporazuma predstavlja samo indikator za prepoznavanje interesa sapregovarača u konkretnoj situaciji, a shodno tome može se pouzdanije utvrditi i (ne)savesnost u njihovom postupanju. Zbog toga, okvirni sporazum, u nedostatku konkretnih izvornih obaveza, nije ugovor<sup>143</sup>. U tom kontekstu, smatramo i naziv „okvirni sporazum”, a ne „okvirni ugovor”, prikladnim.

## II. Punktacije

### 1. Pojam punktacija

---

<sup>143</sup> Slično o tome vid. J.-M. Mousseron *et al.* (1973), 198, dok suprotno od toga vid. J. Gatsi, 304

Jugoslovenska naučna misao je u prošlosti pojam punktacija spominjala samo sporadično. Punktacije su u naučnim krugovima pritom shvatane kao neka sredina između pregovora i konačnog ugovora<sup>144</sup>. Govorilo se da su punktacije samo pismene beleške o nekim tačkama, u pogledu kojih su se strane prilikom pregovora sporazumele<sup>145</sup>.

Kao određeni proizvod u toku prethodno vođenih pregovora, na punktacije se ukazuje kao na čvrsto uporište za dalji nastavak tih pregovora<sup>146</sup>. Normativno definisanje značenja atributa „čvrsto” uporište je, međutim, izostalo. Navodilo se samo da se pravno dejstvo punktacija ispoljava kroz određenu snagu obavezivanja, koja nije ista kao ona iz predugovora, jer nije davala pravo na zahtev za zaključenje glavnog ugovora<sup>147</sup>. Štaviše, u pravnoj teoriji je postojao i stav da punktacije imaju čak i manji značaj od samih pregovora<sup>148</sup>.

Objašnjenje pojma punktacija je ipak u jugoslovenskim naučnim krugovima krasila primetna šarenolikost. Pa tako, npr. M. Vukotić punktacije vidi, u zavisnosti od namera kontrahenata, kao koncept, nacrt, te provizorni, preliminarni ili interimni ugovor<sup>149</sup>. Pritom, autor nadalje navodi, suprotno od gore navedenog, da ako punktacije sadrže sve bitne osobine ugovora, a pored toga su potpisane, one imaju karakter ugovora. Prema nameri kontrahenta taj će ugovor biti preliminaran ili konačan. Dakle, ovaj autor punktacijama priznaje materijalnopravni karakter<sup>150</sup>.

S druge strane, kako iste autor nadalje obrazlaže, ako punktacije predstavljaju pismeni akt u kome nema ni potpisa ni bitnih osobina ugovora, one nemaju karakter ugovora. One mogu služiti samo kao dokaz u eventualnom procesu, dakle imaju samo procesni karakter<sup>151</sup>.

Dalja naučna misao u Hrvatskoj je punktacije ili nacrtanje (*punctationes*) objašnjavala kao pismene koncepte, nacрте ugovora, kojima se kontrahenti nameravaju obavezati, koji sadrže bitne elemente dotičnog ugovora, ali se zbog nedostatka propisane forme ne mogu još za sada smatrati kao potpuni i valjani obvezni ugovor<sup>152</sup>.

Takođe je i B. Vizner, u svojim samostalnim radovima, naglašavao da, za razliku od pretpogodbe, predugovora (*pactum de contrahendo*), punktacija sadrži sve bitne osobine valjanog i gotovog ugovora, kojim se stvara obaveza na ispunjenje činidbe, a ne tek obaveza na zaključenje glavnog, definitivnog obveznog ugovora<sup>153</sup>. Autor je držao do teze da, u slučaju da naknadno ne bude načinjen onaj formalno ispravan ugovor, jer ga npr. jedna od stranaka neće potpisati, punktacije se kao provizorijum pretvaraju u definitivni<sup>154</sup>.

Ovakav Viznerov stav je samo dodatno obogatio prethodnu pomenutu šarenolikost, jer upravo B. Vizner, u jednom drugom radu, kako smo već naveli, zastupa tezu da su punktacije manje važne i od samih pregovora. Pritom, tamo je autor kod punktacija prepoznao isti procesnopravni karakter koji odlikuje pregovore, kao putokaz za pronalaženja prave volje ugovornih strana u slučaju nastalog spora, posebno u pogledu onih sporednih tačaka,

---

<sup>144</sup> Vid. M. Vuković, *Obvezno pravo*, Školska knjiga, Zagreb 1964, 111

<sup>145</sup> B. Vizner (1978), 209

<sup>146</sup> M. Vuković, 111

<sup>147</sup> Umesto mnogih vid. M. Orlić (1993), 414

<sup>148</sup> Vid. B. Vizner (1978), 209

<sup>149</sup> M. Vuković, 111

<sup>150</sup> *Ibid.*, 112

<sup>151</sup> *Ibid.*

<sup>152</sup> B. Vizner, V. Kapor, S. Carić, *Ugovori građanskog i privrednog prava*, Zagreb 1971, 52

<sup>153</sup> B. Vizner, *Građansko pravo u teoriji i praksi – III knjiga*, Rijeka 1969, 514

<sup>154</sup> B. Vizner (1969), 515

sporednih delova ugovora o kojima stranke, nakon već sklopljenog ugovora nisu postigle saglasnost<sup>155</sup>.

Imajući u vidu neuniformnost domaće naučne misli po pitanju pojma punktacije, smatramo da se treba vratiti na dodatnu analizu tog pojma. Upotpunjavanje naučne misli je neophodno, s obzirom na činjenicu da se i punktacije lociraju na terenu između neobaveznih pregovora i pune obaveznosti postignute zaključenjem glavnog ugovora. Otuda su zanimljivi njihova sadržina, pravno dejstvo i uopšte odnos sa predugovorom iz čl. 45 ZOO-a, kao sa graničnim institutom. Najzad, treba ispitati i mogućnost da se punktacije kao autonomni pravni posao podvedu pod širi pojam predugovora, po uzoru na predugovor o pregovorima.

## 2. Punktacije u komparativnom pravu

U toku dalje analize bavimo se institutom punktacija iz komparativnog ugla. Na stanovištu smo da upravo ovakav pristup može da ponudi najpouzdanije odgovore na gore postavljena pitanja. Ne treba pritom isključiti mogućnost da se kroz analizu različitih stranih pravnih tradicija može stići do različitih pogleda i definisanja instituta punktacija. Iz mogućeg mnoštva komparativnih rešenja treba izvući ono koje je za srpsko pravo najprikladnije.

### 2.1. Punktacije prema francuskom pravu

Punktacije su ne tako često pominjani institut u francuskom pravu. Otuda ni pravna naučna misao punktacijama ne posvećuje naročitu pažnju<sup>156</sup>. One su shvaćene kao posledica potrebe za odmorom u toku dugih i delikatnih pregovora i kao plod potrebe da se do tada ugovorene tačke zabeleže<sup>157</sup>, odnosno da se plodovi dotadašnjih pregovora pretoče u pismeni oblik<sup>158</sup>.

Pa tako, punktacije su u i u francuskom pravu pismene beleške o onim tačkama ugovora o kojima je već postignuta saglasnost<sup>159</sup>. Ovakva definicija se može braniti i u ostalim komparativnopravnim tradicijama<sup>160</sup>. Međutim, suština pravne prirode punktacija krije se u njihovom pravnom dejstvu ili stepenu obavezivanja koji one stvaraju u pravnom prometu.

Šarenolikost rešenja u pogledu pravnih dejstava punktacija odlikuje ne samo jugoslovensko nego i komparativno pravo. Pa tako, A. Rieg navodi za nemačko pravo da je pojam punktacije prodirao u razne nemačke legislativne tekstove već od druge polovine XIX veka. Međutim, rešenja su bila divergentna. U jednim slučajevima punktacije su nametale zaključenje glavnog ugovora, dok su u drugim imale pravnu težinu jednog nacarta, odnosno traktata<sup>161</sup>.

---

<sup>155</sup> B. Vizner (1978), 209

<sup>156</sup> Umesto mnogih vid. C. Larroumet, *Droit Civil – Les obligations, Le contrat*, Economica, Paris 1996; P. Malaurie, L. Aynes, P.-Y. Gautier, *Droit des contrats speciaux*, LGDJ, Paris 2016; J. Ghestin, G. Viney, G. Goubeaux, *Traite de droit civil – La formation du Contrat*, LGDJ, Paris 1993; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligation 1 – Contrat et engagement unilateral*, Presses Universitaires de France (PUF), Paris 2007; F. Terre, P. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, Paris 2013

<sup>157</sup> F. Terre *et al.* (2013), 205

<sup>158</sup> A. Rieg, „La Punctuation – Contribution a l’etude de la formation successive du contrat”, *Etudes offertes a Alfred Jauffret*, Faculte de droit et de science politique d’Aix-Marseille, Marseille 1974, 599

<sup>159</sup> *Ibid.*, 594

<sup>160</sup> Za jugoslovensko pravo umesto mnogih vid. B. Vizner (1978), 201; za austrijsko pravo umesto mnogih vid. F. Gschnitzer, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Springen Verlag, Wien & New York, 1966, 211 H. Koziol, R. Welser, A. Kletečka, *Grundriss des bürgerlichen Rechts*, AT, Sachenrecht, Familienrecht, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien 2014, 210, SZ 50/163, 793

<sup>161</sup> A. Rieg, 594



Između navedenih pravaca dejstvovanja punktacija ispoljavaju se dileme po pitanju njihove pravne prirode i u današnjem francuskom pravu. Naime, punktacije zauzimaju svoje mesto u okviru pregovora u periodu dalje neizvesnosti, a pritom sapregovarači zadržavaju pravo slobode ugovaranja. Otuda, A. Rieg postavlja pitanje – zar nije cilj stvaranja punktacija da se upravo takav pravni odnos između saugovarača promeni?<sup>162</sup>

Alternativa gore viđenog shvatanja punktacija jeste da se one ocene kao dovoljan obim saglasnosti volje za nastanak ugovora. Izrada pismene isprave u vezi s postignutom saglasnosti volja i njeno potpisivanje bilo bi pritom viđeno kao trenutak od kog su se ugovorne strane nadalje neopozivo obavezale<sup>163</sup>.

Francuska naučna misao teži ka prvoj opciji. Punktacije su za ugovorne strane samo jedna faza u postupku zaključenja ugovora, ali nisu sam ugovor. Ugovor će biti formiran u onom trenutku kada saugovornici, putem daljih pregovora, postignu saglasnost o njegovim preostalim tačkama<sup>164</sup>. Otuda, punktacije ne obuhvataju sve bitne tačke glavnog ugovora, i na osnovu njih se ne može tražiti prisilno zaključenje glavnog ugovora. Otuda razlika u odnosu na predugovor iz čl. 45 ZOO-a jeste očigledna<sup>165</sup>.

U tom kontekstu treba istaći i da se u francuskom pravu govori o ugovoru o pregovorima koji treba ubuduće da realizuje zaključenje glavnog ugovora<sup>166</sup>. Naravno, za zaključenje glavnog ugovora je pritom potrebna dodatno postignuta saglasnost u vezi s preostalim tačkama glavnog ugovora.

Ali, ako je reč o ugovoru, treba postaviti pitanje – koje obaveze takav ugovor stvara? Imajući u vidu da su punktacije shvaćene kao pauza u toku pregovora, kontekst upućuje na obavezu daljeg pregovaranja. Odbijanje da se pregovori nastave značilo bi njihovo skriveno prekidanje. Pritom, ovakvu obavezu treba shvatiti u smislu da su ugovorne strane obavezane na dalje založbe u pravcu postizanja saglasnosti u vezi s preostalim tačkama iz sadržine glavnog ugovora, a ne kao obavezu da se takva saglasnost i sa sigurnošću postigne<sup>167</sup>. Reč je o obligaciji sredstva, a ne rezultata.

Čini se da su se kreatori punktacija, putem istih, saglasili da se slože oko glavnog ugovora, ali ukoliko, i pored njihove volje da postignu konačni sporazum, u tome ne uspeju, oni imaju pravo da prekinu pregovore i na taj način da anuliraju pravno dejstvo punktacija. Pritom jedina moguća sankcija koja se nameće bila bi odgovornost za *culpa in contrahendo*.

Iz navedenog se nameće zaključak da punktacije, onako kako su viđene u francuskom pravu, zapravo predstavljaju delimični sporazum<sup>168</sup>. One kao delimični sporazum u svojoj sadržini obuhvataju određeni broj bitnih tačaka glavnog ugovora, o kojima je tokom minulih pregovora postignuta saglasnost, i stvaraju obavezu za dalje pregovaranja. U slučaju povrede takve obaveze, sapregovarač je odgovoran za *culpa in contrahendo*. Dok, ukoliko dalji pregovori ne urode plodom, u smislu da ugovorne strane, i pored svojih založbi, ne budu bile u stanju da postignu saglasnost o preostalim tačkama iz glavnog ugovora, punktacije gube svoje pravno dejstvo.

---

<sup>162</sup> *Ibid.*, 596

<sup>163</sup> *Ibid.*, 597

<sup>164</sup> *Ibid.*, 599

<sup>165</sup> Vid. čl. 45, st. 3 ZOO

<sup>166</sup> A. Rieg, 602

<sup>167</sup> *Ibid.*, 603

<sup>168</sup> Identično o tome i M. Orlić (1993), 414

Izuzetak je slučaj kada je za povredu obaveze za dalje vođenje pregovora predviđena stroža odgovornost u odnosu na *culpa in contrahendo*. Pooštravanje je moguće putem ugovorne kazne. U tom slučaju ne radi se više o zakonskoj obavezi za savesno vođenje pregovora nego o drugoj obavezi, sa različitim identitetom u odnosu na pomenutu zakonsku. Tada se za punktacije može reći da predstavljaju ugovor o pregovorima<sup>169</sup>. Ovakva vrsta punktacija dozvoljava njihovo svrstavanje pod širi pojam predugovora, po uzoru na ugovor o pregovorima.

Najzad, treba napomenuti da su izvedeni zaključci plod francuske naučne misli. Međutim, u situaciji ćutanja francuskog zakonodavca i postojanja veoma siromašne pravne prakse po ovom pitanju, ništa ne stoji na putu da se ovom pravnom institutu priđe iz logičkog ugla u duhu odnosnih rešenja jurisprudencije koji se iznose po pitanju postupnog zaključenja ugovora<sup>170</sup>. Štaviše, naučna polemika u pomenutoj situaciji čini se neophodnom.

## 2.2. Punktacije prema austrijskom pravu

Dalju analizu ćemo temeljiti na konceptu punktacija koji je zastupljen u austrijskom pravu. Uzimamo austrijsko pravo kao polaznu tačku zato što su punktacije u austrijskom pravu pozitivnopravno rešenje. Otuda ne čudi ni činjenica da su se u jugoslovenskim naučnim krugovima punktacijama bavili pretežno hrvatski naučnici, odnosno autori sa područja na kojima je ABGB, do kraja Velikog rata, nalazio neposrednu primenu.

I srpska predratna naučna misao je svoju definiciju o punktacijama temeljila na austrijskom pozitivnom građanskom pravu (ABGB čl. 885). Pa tako, D. Arandelović objašnjava da pod punktacijom podrazumeva potpisima stranaka snabdeveno pismo, u kome su stavljene one tačke jednog ugovora, o kome su se stranke već složile, ali o kome nije načinjena potrebna formalna isprava, pri čemu stranke zadržavaju sebi pravo da se docnije slože o sporednim tačkama ili drugim delovima ugovora<sup>171</sup>.

Ovakva definicija, iako stara skoro jedan vek, može se i danas, imajući u vidu trenutno austrijsko pozitivno građansko pravo, sa uspehom braniti. Naime, austrijski zakonodavac uređuje da ukoliko još nije izrađena pismena isprava, ali je sastavljen tekst o glavnim tačkama ugovora i koji je potpisan od strane ugovornih strana (punktacije), takav tekst utvrđuje ona prava i obaveze koja se putem njega navode<sup>172</sup>.

Otuda, i pravna nauka pod pojmom punktacija podrazumeva jedno privremeno pismo koje prema volji ugovornih strana treba biti praćeno kasnijim formalnim ugovorom<sup>173</sup>. Ukoliko kasnije predviđeni formalni ugovor ipak ne usledi, samo privremeno pismo zasniva prava i obaveze u slučaju kada su ugovorne strane u privremenom pismenom tekstu utvrdile i napisale bitne tačke nameravanog pravnog posla<sup>174</sup>. Nameće se zaključak da su punktacije u austrijskom pravu jedan punovažan ugovor ukoliko sadrže sve bitne tačke kasnijeg formalnog pravnog posla i ukoliko su pritom potpisane od strane saugovornika<sup>175</sup>.

Samo biće punktacija ispoljava se u tome da saglasne volje iz jednog već zaključenog ugovora treba još jednom izraziti kroz konkretnu formu, koja ima za cilj da zameni punktacije

---

<sup>169</sup> Slično o tome vid. A. Rieg, 603

<sup>170</sup> *Ibid.*, 607

<sup>171</sup> D. Arandelović, *Osnovi obligacionog prava – opšti deo*, Narodna štamparija, Beograd 1929, 69

<sup>172</sup> § 885 ABGB

<sup>173</sup> H. Koziol *et al.* (2014), 210

<sup>174</sup> H. Mayrhofer (1986), 163

<sup>175</sup> H. Koziol *et al.* (2014), 210

kao običan koncept. Ali formalna redakcija teksta ugovora nema za posledicu da ugovor proizvodi pravno dejstvo u onom trenutku kada bude zadovoljena forma, nego je ugovor punovažan već od trenutka postizanja saglasnosti volja od strane saugovarača<sup>176</sup>. Štaviše, u austrijskoj civilistici prisutna je teza da formalna redakcija teksta ugovora deluje na punktacije kao raskidni uslov, jer ih formalni tekst zamenjuje. Otuda, punktacije su shvaćene kao jedan privremeni ugovor<sup>177</sup>.

U navedenom kontekstu i F. Gschnitzer govori o jednom nedovršenom pismenu, koje se odnosi na bitne tačke glavnog ugovora, odnosno o jednom nacrtu ili konceptu jednog u svim bitnim tačkama završenog ugovora, kome nedostaje samo poslednja sadržinska i formalna dorada<sup>178</sup>. Imajući gore navedeno u vidu, jasno je da se sadržinska dorada odnosi na sporedne, još neuređene tačke ugovora.

Pritom, značaj ostavljanja sporednih tačaka, kao i dalje neuređenih, predstavlja pitanje za tumačenje u smislu toga da li je cilj nepostizanja saglasnosti u vezi s ovim tačkama da se ugovor ne zaključi ili iz nedovršenih punktacija proizilazi težnja da punovažnost glavnog ugovora ne treba zavisiti od uređenja sporednih tačaka<sup>179</sup>. Čl. 914 ABGB-a propisuje da prilikom tumačenja ne treba držati do bukvalnih izraza, nego istražiti pravu nameru ugovornih strana i ugovor shvatiti kroz prizmu dobrih običaja u pravnom prometu<sup>180</sup>.

U konkretnom slučaju, pošto stvaraocima pismena pod nazivom punktacija za sklapanje budućeg ugovora nedostaje samo konkretna forma, treba pretpostaviti da su učesnici u pravnom prometu bez zadržke izradili i potpisali konkretno pismeno, i poći od toga da ono, u redovnom slučaju, obavezuje u skladu sa čl. 914 ABGB-a<sup>181</sup>. Smatramo da izrada punktacija u austrijskom pravu, u prisustvu čl. 885 ABGB-a, treba biti prihvaćena kao oboriva pretpostavka u smislu izraza namere za zasnivanje prava i obaveza iz pismenog, za slučaj da izostane kasnije zaključenje formalnog glavnog ugovora.

Za razliku od neuređenosti nebitnih tačaka, austrijski zakonodavac (čl. 885 ABGB) zahteva da punktacije obuhvataju, odnosno uređuju sve bitne tačke ugovora<sup>182</sup>. One su nadalje osnov za punovažna prava i obaveze, jer su se ugovorne strane putem njih već obavezale na ispunjenje, pri čemu izrada pismena predstavlja samo jednu dodatnu formalnu operaciju<sup>183</sup>. Otuda i nepotpunost sporazuma nije karakteristika koja odlikuje institut punktacija u austrijskom pravu<sup>184</sup>.

Ono što se jedino kao nepotpunost može protumačiti jeste to što je kod tzv. „čistih“ punktacija, kako se one u pravnoj praksi ponekad nazivaju, za „potpunu punovažnost“ neophodno ispuniti i zahtev po pitanju forme, odnosno zaključiti glavni ugovor u konkretno

---

<sup>176</sup> P. Apathy, A. Riedler, „Art. 885“, *Praxiskommentar ABGB, Band 4 Art.859-1089*, (hrsg. M. Schwimann), LexisNexis, Wien 2006, 206

<sup>177</sup> P. Apathy et al. (2006), 206; identično o poslednjem vid. i NZ (Österreichsiche Notariatszeitung) 1999, 90

<sup>178</sup> F. Gschnitzer (1966), 211

<sup>179</sup> *Ibid.*

<sup>180</sup> Vid. Art. 914 ABGB

<sup>181</sup> P. Bydlinski, „Art. 886“, *Kommentar ABGB*, (hrsg. H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger), Springer, Wien - New York 2007, 861

<sup>182</sup> Umesto mnogih vid. F. Gschnitzer (1968), 264-5; ZAS (Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht) 1976 24, 218; SZ 50/163, 792-3

<sup>183</sup> SZ 50/163, 793, a identično o tome i ZAS 1969/2, 18 Komm. H. Koziol

<sup>184</sup> ZAS 1969/2, 18 Komm. H. Koziol

utvrđenoj formi<sup>185</sup>. Do tada, austrijski sudovi govore o punktacijama kao o „skeletalnoj saglasnosti”, čije oblačenje u konkretnu formu treba dovesti do potpunog ugovora<sup>186</sup>.

Pritom, da bi se shvatila ideja o insistiranju na formi u austrijskom pravu, čl. 885 ABGB-a ne treba tumačiti izolovano, nego u zajedničkom kontekstu sa čl. 884 ABGB-a. Potonji propisuje da, ukoliko su ugovorne strane dejstvo jednog pravnog posla podredile ispunjenju konkretne forme, treba pretpostaviti da one pre ispunjenja pomenute forme ne žele da se obavežu<sup>187</sup>.

Otuda, čl. 885 ABGB-a treba videti kao jedan poseban slučaj iz čl. 884, jer je i u tekstu potpunog i kod punktacije izražena rezerva po pitanju forme. Međutim, dok je prema čl. 884 ABGB-a takva zadržka osnov za pretpostavku da ugovorne strane još ne žele da se obavežu, čl. 885 takvu pretpostavku obara u slučaju postojanja punktacija, odnosno kada su ugovorne strane sastavile i potpisale pismeno u kojem su uređeni bitni sastojci razmatranog ugovora<sup>188</sup>. Pa tako, zakonodavac u potpunom slučaju ukazuje na tumačenje u pravcu da izradu i potpisivanje pismena, u slučaju sumnje, treba shvatiti kao čin koji upućuje na to da su ugovorne strane putem pomenutog pismena htele da se obavežu<sup>189</sup>. Zbog toga, može se rezimirati da čl. 885 obara putem čl. 884 ABGB-a zasnovanu pravnu pretpostavku<sup>190</sup>.

Na osnovu iznesenih zaključaka u odnosu na karakteristike punktacija, nadalje, može se pouzdano utvrditi intencija austrijskog zakonodavca prilikom oblikovanja ovog pravnog instituta kroz čl. 885 ABGB-a. Naime, ukoliko nameravana kasnija detaljnija saglasnost između sastavljača punktacija izostane, ostaje na snazi ono što je putem punktacija dogovoreno. Preostale praznine treba popuniti na osnovu dispozitivnog prava<sup>191</sup>. Sudsko popunjavanje je moguće jer je reč o nebitnim tačkama ugovora.

Isto se može reći i za formu. Ukoliko konačna izrada formalnog pismenog ugovora, odevenog u konkretnu formu, izostane, onda to ne utiče na postignutu saglasnost jer ugovoreno ne postaje punovažno u trenutku zaključenja formalnog ugovora, nego u trenutku sastavljanja punktacija<sup>192</sup>.

Punktacije za jedan ugovor ne mogu biti punovažne samo u slučaju kada putem njih izražena saglasnost volja, na osnovu zakona, zahteva izradu notarskog akta. Dok, s druge strane, kada zakon kao *ad solemnitatem* uslov postavlja običnu pismenu formu, treba ispitati da li punktacije ispunjavaju takvu formu. Imajući u vidu da su punktacije izrađene pismeno, pozitivan ishod je najčešći slučaj<sup>193</sup>.

Ovakva postavljenost zakonodavca govori o njegovom *favor contractus* principu kada je reč o ugovorenoj formi kao *ad solemnitatem* uslovu za punovažnost ugovora. Pravno dejstvo čl. 885 ABGB-a sastoji se u tome da ukine *ad solemnitatem* dejstvo eventualnoj ugovornoj formi, jer je sastavljanje punktacija jasan znak da su ugovorne strane od takvog subjektivno bitnog elementa odstupile i da je saglasnost na osnovu punktacija dovoljna da se one obavežu. Odstupanje od strože forme izražava se i putem toga što, iako su punktacije

---

<sup>185</sup> ZAS 1976 24, 220 Komm. P. Rummel

<sup>186</sup> SZ 70/197, 443

<sup>187</sup> Art. 884 ABGB

<sup>188</sup> F. Gschnitzer, „Art. 885“, *Kommentar zum ABGB, IV Band I Hlbband*, (hrsg. H. Klang, F. Gschintzer) Druck und Verlag der Österreichischen Staatsdruckerei, Wien 1968, 263, identično i ZAS 1976 24, 220 Komm. P. Rummel

<sup>189</sup> P. Bydlinski(2000), 182

<sup>190</sup> ZAS 1976 24, 220 Komm. P. Rummel

<sup>191</sup> F. Gschnitzer, 211, a slično i P. Bydlinski (2007), 861

<sup>192</sup> SZ 44/74, 270

<sup>193</sup> F. Gschnitzer (1968), 263-4

pismene, nije reč o potpisivanju pismena kao izrazito formalnog čina (Unterzeichnung), nego je više reč o opredmećivanju saglasnosti volje kroz izradu jednog pismena (Unterfertigung)<sup>194</sup>.

Iz navedenog se može uočiti pravna priroda punktacija iz austrijskog prava i može se napraviti razlika u odnosu na institut predugovora iz čl. 45 ZOO-a. Naime, punktacije, ukoliko zadovolje uslov za punovažnost, u smislu da obuhvataju sve bitne tačke glavnog ugovora, ne daju pravo na zaključenje glavnog ugovora. One jesu sam glavni ugovor. Poverilac može sudskim putem da zahteva neposredno ispunjenje obaveza iz glavnog ugovora<sup>195</sup>. Za razliku od toga, kod predugovora poverilac može da zahteva jedino prisilno zaključenje glavnog ugovora.

Upravo u osnovi za ovakvo pravno dejstvo treba tražiti delimitirajući faktor između pomenutih instituta. Jer karakteristika punktacija, da one sadrži sve bitne tačke glavnog ugovora, ne čini punktacije jedinstvenim, nego je to jednostavno minimalni zahtev obima sadržine koji se postavlja svakom ugovoru, a prema tome i samom predugovoru<sup>196</sup>. Takvo zapažanje je relevantno kako za austrijsko pravo (§ 936 ABGB), tako i za srpsko pravo (čl. 45, st. 3 ZOO).

Međutim, na razliku između punktacija i predugovora, ipak upućuje razlika u sadržini. Ukoliko iz pismena proizilazi da su ugovorne strane htele da postignu saglasnost o budućem zaključenju ugovora, onda je reč o predugovoru<sup>197</sup>. Ali, ako je pismena saglasnost izražena u pravcu da se neposredno stvori glavni ugovor<sup>198</sup>, odnosno ukoliko ništa ne ukazuje na to da ugovorne strane hoće ugovor da zaključe za ubuduće, onda je reč o punktacijama koje neposredno važe kao glavni ugovor<sup>199</sup>. Izražena volja u ovom pravcu je upravo osnov za pomenutu razliku u pravnim dejstvima.

### 3. Zaključak

Institut punktacija ispoljava u komparativnom pravu suštinske razlike. U našoj analizi osvrnuli smo se na francusku i austrijsku pravnu tradiciju. U francuskom pravu radi se o delimičnom sporazumu iz koga proizilazi jedino obaveza za dalje pregovaranje. Povreda takve obaveze povlači odgovornost za *culpa in contrahendo*.

S druge strane, austrijsko pravo propisuje da punktacije važe kao neposredno zaključen ugovor, u slučaju kada sadrže sve njegove bitne tačke i kada je kasnije zaključenje glavnog ugovora u konkretnoj formi izostalo. Pa tako, može se reći da čl. 885 ABGB-a suspenduje pretpostavku o *ad solemnitatem* dejstvu forme u odnosu na punktacijama postignutu sadržinu.

Srpski zakonodavac se po pitanju punktacija ne izjašnjava, dok je u pravnoj teoriji ranije više bila prisutna polemika o austrijskom modelu punktacija<sup>200</sup>. Naklonjenost prema austrijskom pravu je razumljiva, imajući u vidu da su i ABGB i ZOO u različitim vremenskim epohama nalazili primenu na istim teritorijama.

---

<sup>194</sup> *Ibid.*, 264; P. Apathy *et al.*, 207; u tom kontekstu vid. i ZAS 1969/2, 17 Komm. H. Koziol

<sup>195</sup> Umesto mnogih vid. H. Koziol *et al.* (2014), 210; F. Gschnitzer (1968), 211

<sup>196</sup> F. Gschnitzer (1968), 264-5

<sup>197</sup> P. Bydlinski (2007), 861

<sup>198</sup> H. Mayrhofer (1986), 206

<sup>199</sup> P. Apathy *et al.*, 206, slično o tome vid. i ZAS 1969/2, 17 Komm. H. Koziol

<sup>200</sup> Vid. D. Arandelović, 69, M. Vuković, 111, B. Vizner *et al.* (1974), 52, B. Vizner (1969), 514, B. Vizner (1978), 209, dok za francusko pravo vid. M. Orlić, 1993, 413-5

Međutim, ukoliko se u današnjoj srpskoj pravnoj praksi nađe pismeno pod nazivom punktacija, ono se ne može *a priori* svrstati pod pojam punktacija koji je bliži jednoj ili drugoj pravnoj tradiciji. Naprotiv, potrebno je kod takvih punktacija ispitati sadržanu volju njihovih sastavljača i pokušati protumačiti u kom pravcu je ona usmerena.

Ako ugovorne strane žele samo da konzerviraju plodove svojih dotadašnjih pregovora, a pritom treba ubuduće da postignu saglasnost o daljim objektivno ili subjektivno bitnim tačkama ugovora, punktacije bi trebalo da budu shvaćene kao delimični sporazum koji obavezuje na dalje pregovoranje. Dok, ukoliko su ugovorne strane punktacijama uredile sve bitne tačke glavnog ugovora i žele da on neposredno nastupi, reč je o modelu koji nalikuje austrijskom.

Pritom, prethodno utvrđeno *ad solemnitatem* dejstvo konkretne forme na takvoj saglasnosti treba biti isključeno od strane samih sastavljača punktacija, jer samo sastavljanje punktacija nije dovoljno da bi se u srpskom pravu takva posledica postigla. Dodatna saglasnost po ovom pitanju je neophodna zato što srpsko pravo ne sadrži normu koja bi po svom pravnom dejstvu bila pandan čl. 885 ABGB-a.

T R E Ć I D E O  
– Predugovor u užem smislu (čl. 45 ZOO) –

1. Uvod u analizu pojma „predugovor“ u užem smislu

Institut „predugovor“ kao pravni posao i posledice koje on prouzrokuje u pravnom prometu su centralna tema ovog dela analize, a i ukupne analize. Da bi se dočarala suština pravne prirode predugovora treba poći od njegove funkcije, odnosno njegovog cilja u pravnom prometu. S tim se neminovno prepliće i pitanje samostalnosti predugovora.

Pravna teorija već dugo je u potrazi za odgovorom na pitanje zašto je upravo predugovor najpogodniji institut za uređenje pravnih odnosa između učesnika u pravnom prometu u datim okolnostima. Štaviše, da li je predugovor zapravo to što ugovornici hoće ili još dalje, da li samo predugovor, ili postoje i drugi pravni instituti koji bi na prikladan način vodili ka od strane ugovornih strana željenim pravnim posledicama, čineći možda pritom sam predugovor suvišnim.

Rasprava po gore navedenim pitanjima je u evropskoj pravnoj teoriji i sudskoj praksi aktuelna u poslednjih 150 godina. Pritom se javljaju različita mišljenja, često i oprečna, koja se, interesantno, ne dele u zavisnosti od pripadnosti autora određenoj pravnoj tradiciji, nego se takve polemike često vode i unutar jedne pravne tradicije. Takav je primer nemačka civilistika. U okviru raznolike argumentacije prisutno je mnoštvo argumenata koji oslikavaju različite uglove instituta predugovora, često nudeći suprotstavljenu argumentaciju kao štivo za objašnjenje njegove pravne prirode.

Za pomenutu naučnu diskusiju, koja i dalje traje i nije prerasla u određeno pretežno mišljenje po mnoštvu bazičnih pitanja u vezi sa predugovorom, rasprava se vodi između dva oprečna pola.

Na jednoj strani se predugovor doživljava kao izraz slobodne volje ugovornih strana, pa samim tim je, prema određenoj grupi autora, i njegova samostalnost u pravnom prometu neupitna<sup>201</sup>. Pritom sloboda ugovaranja služi ovoj grupi autora i kao osnova za objašnjenje funkcionalne vrednosti samog predugovora, jer predugovor, kako oni navode, mora imati praktičnu vrednost, čim ga učesnici u pravnom prometu često ugovaraju<sup>202</sup>.

Suprotna linija razmišljanja ne smatra slobodu ugovaranja dovoljno čvrstim argumentom da bi se opravdalo samostalno postojanje predugovora u pravnom prometu ili bar njegovo pominjanje u samom zakonu<sup>203</sup>. Zastupnici ovakvog stava često vide predugovor kao nepotrebnu tautologiju koja samo usložnjava proces zaključenja glavnog ugovora, a o čijoj

---

<sup>201</sup> Umesto mnogih vid. H. Degenkolb, „Zur Lehre vom Vorvertrag“, *Archiv für die civilistische Praxis* 1887, 38-9; N. Herzog, *Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht*, Schulthess Polygraphisches Verlag, Zürich, 1999, 18

<sup>202</sup> Umesto mnogih vid. K. von Hase, *Vertragsbindung durch Vorvertrag*, Verlag für Wissenschaft und Forschung, Berlin 1999, 71; B. Wabnitz, *Der Vorvertrag in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Betrachtung*, Krammer, Münster 1962, 2

<sup>203</sup> Istine radi, nemački BGB, na primer, u svom tekstu ne sadrži odredbe posvećene institutu predugovora, nego je njegove konture izgradila sudska praksa na osnovu slobode ugovaranja. O tome, umesto mnogih vid. H. Köhler, „Vorvertrag, Optionsvertrag und Festofferte“, *Jura* 1979, 465

je sadržini već postignuta dovoljna saglasnost, kako bi taj isti glavni ugovor već samim tim bio punovažan<sup>204</sup>.

Rasprava će nas neminovno odvesti i do pitanja minimalne sadržine predugovora, odnosno do potrebe za utvrđivanjem minimalnog obima saglasnosti volja, da bi se određeni pravni posao mogao nazvati predugovorom i da bi pritom proizvodio pravno dejstvo, tj. da bi bio punovažan.

U teorijskoj raspravi između oprečnih stavova koji su obogaćivali evropsku civilistiku u proteklim decenijama, potražićemo odgovore na pitanja koja bi bila od pomoći za što jasnije i preciznije opisivanje predugovora iz čl. 45 ZOO-a. Putem analize gradimo i *de lege ferenda* stav po pitanju daljeg razvoja predugovora kao instituta ugovornog prava, a pritom istovremeno razmatramo i ideju za njegovo eventualno ukidanje. Naša je želja da svoj *de lege ferenda* stav u vezi sa institutom predugovora ponudimo upravo sada, u predvečerje donošenja novog srpskog građanskog zakonika.

## 2. Termin „predugovor“

Institut *pactum de contrahendo*, kao pravna figura vekovima prisutna u pravnom životu, i pored stalnih i burnih kontroverzi oko opravdanosti njegovog postojanja, uspeo je da do danas ostane uspešno afirmisan kao postojani deo evropske ugovorno-pravne teorije<sup>205</sup>.

Novi termin „predugovor“ u pravnički jezik uvodi H. Thöl<sup>206</sup> 1854. godine. Od tada pa nadalje, on se uspešno probija u evropskoj naučnoj pisanoj reči i sudskoj praksi, a pored toga je ponuđen kao zamena za do tada uobičajeni izraz *pactum in contrahendo*, koji kao izraz koji potiče od opšteg prava (*ius civile*) ukazuje na *contrahere*, odnosno „ugovarati/ugovoriti“ kao predmet obaveze i koji predstavlja precizniji termin od termina „predugovor“<sup>207</sup>.

Termin „predugovor“ se međutim ustalio na nemačkom govornom području, odnosno ne samo u nemačkoj<sup>208</sup> nego i u švajcarskoj i austrijskoj građanskopravnoj tradiciji. Švajcarski zakonodavac ga koristi u čl. 22 OR (*Vorvertrag*), a istim se koristi i austrijska naučna misao, koja pritom zakonski izraz „*Verabredung*“ iz čl. 936 ABGB (koji može da znači sporazum, dogovor) objašnjava kao loš prevod latinskog *pactum*-a, ali koji danas, nakon prevazilaženja rimskog sistema akcija, nesporno ima isto značenje kao ugovor<sup>209</sup>. Otuda treba shvatiti čl. 936 ABGB (von der *Verabredung eines künftigen Vertrages*) kao ugovor o budućem ugovoru. Austrijska naučna javnost služi se terminom „predugovor“ (*Vorvertrag*) bez izuzetaka<sup>210</sup>.

---

<sup>204</sup> Umesto mnogih vid. D. Henrich, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag*, W. de Greyter & Co, Berlin, JCB Mohr, Tübingen 1965, 77-8; Schloßman, „Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte“, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts R. von Jhering* 45,1903, 6; T. Ghul *et al.* (2000), 108

<sup>205</sup> B. Wabnitz, 2

<sup>206</sup> H. Thöl, *Handelsrecht, Bnd. 1*, Dieterich, Göttingen 1854, 4

<sup>207</sup> N. Herzog, 46

<sup>208</sup> Za nemačku pravnu tradiciju vid. R. Bork (2015), 161 ff.; *Münchener Kommentar BGB AT*, C. H. Beck, München 2006, 1812 ff.; K.Larenz, *et al.* (2012), 409 ff.; W. Flume, *Allgemeiner Teil des BGB, II Band, Das Rechtsgeschäft*, 3. Auflage, Springer Verlag, Berlin Heidelberg New York, 613 ff.; D. Henrich, 1 ff.

<sup>209</sup> G. Call, „Bestimmtheit beim Vorvertrag“, *Festgabe für A. Hedlitzka zu seinem 75. Geburtstag*, (hrsg. F. Horak, W. Waldstein, W.Fink), München&Salzburg, 1972, 45. Kako H. Klang *et al.* (1968) 569 navode, predugovor (*Vorvertrag*) je ugovor. Izraz „sporazum“ (*Verabredung*), kojeg ABGB koristi, treba biti shvaćen jednostavno u pravcu da ovakav pravni posao fundira na latinskom *pactum*-u.

<sup>210</sup> Umesto mnogih vid. H. Klang *et al.* (1968), 569 ff.; H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger, *ABGB Kommentar*, Springer, Wien&New York 2007, 997 ff.; P. Barth, D. Dokalik, M. Potyka (Hrsg.), *ABGB Taschenkommentar*, 24 Auflage, Teil 17 Hauptstück, Manz, Wien 2014, 531 ff.



Termin „predugovor“ je u jugoslovenskim i srpskim naučnim krugovima takođe uobičajen. Koristio ga je M. Konstantinović u Skici (čl. 29 Skice), a otuda ga je preuzeo i Zakon o obligacionim odnosima (čl. 45 ZOO). Naučni krugovi ga nikada nisu dovodili u pitanje<sup>211</sup>.

Međutim, bez obzira na navedeno, u pravnoj teoriji se i dalje iznose zamerke da ovaj sada uobičajeni termin ne samo što je, kako smo pre naveli, manje precizan od termina *pactum de contrahendo* nego i da sadrži vremensku odrednicu, a ne ciljnu<sup>212</sup>. Čini se da su kritike opravdane, i pored uniformne primene termina „predugovor“ u evropskoj civilistici. Otuda proizilazi da je termin instituta koji proučavamo prva njegova kontroverza i prvi kamen spoticanja na putu rasvetljavanja njegove pravne prirode<sup>213</sup>.

### 3. Predugovor kao izraz slobode ugovaranja njegovih stvaralaca

Imajući u vidu da termin „predugovor“ otkriva samo činjenicu da predugovor kao pravni posao prethodi nekom drugom ugovoru, opravdanost i samostalnost njegovog pojma treba potražiti na drugom mestu. Istini za volju, ovakav termin ukazuje da predugovor kao institut treba biti shvaćen kao prethodna faza jednog drugog ugovora. Međutim takvo ukazivanje ne otkriva mnogo o pravnoj prirodi pomenutog instituta, jer je centralno i dublje pitanje zašto baš predugovor, a ne kom pravnom poslu on prethodi.

Odgovor da je predugovor ugovor sa kojim se ugovara zaključenje potonjeg ugovora<sup>214</sup> (glavni ugovor) jeste formalistički pokušaj da se pojam objasni a da se pritom ne uđe u njegovu suštinu. Ne isključujemo ni mogućnost da iza formalizma stoji i namerno izbegavanje jedne dubinske analize kao izraz nemoći.

Zastupnici naučne misli o priznanju predugovora kao samostalnog pravnog instituta u pravnom životu polaze od slobode ugovaranja kao bazičnog argumenta za potkrepljivanje njihovih teza. Ovi autori razvijaju tezu o samostalnosti predugovora na osnovu njegove dozvoljenosti.

Činjenica je da ukoliko izjave volja ugovornih strana imaju za primarni cilj zaključenje predugovora, takvu volju po pitanju pravnih posledica treba poštovati ukoliko se želi izbeći povreda prava na samoodređivanje, koje pravni poredak nesporno dodeljuje ugovornim stranama. Priznanje izjava volje ugovornih strana usmerenih u cilju zaključenja predugovora zapravo ukazuje na priznanje autonomije njihove volje<sup>215</sup>. U okviru toga, vredi navesti tezu Degenkolb-a, koji kao jedan od najvećih pobornika po pitanju opravdanosti i samostalnosti predugovora navodi da je jedan pravni posao samo ono što on pravno treba da prouzrokuje, a ne i još nešto što se van toga hoće prouzrokovati<sup>216</sup>.

Kako autor nadalje navodi, nije na pozitivnom pravu da odlučuje o tome šta iz jednog datog pojma logički treba da sledi, niti da li jedan takav pojam ispoljava kontradiktornosti ili ne<sup>217</sup>. Pritom, logički pogrešan razvoj određenog pojma ne omogućava pravu da prinudi

---

<sup>211</sup> Vid. M. Orlić, „Član 45“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Knjiga I, (ur. Blagojević B., Krulj V.), Savremena administracija, Beograd 1983, 156-159 i B. Vizner (1978), 206-210

<sup>212</sup> H. Oser, W. Schönenberger, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch – Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art 1-183*, Schulthess, Zürich 1929, 157

<sup>213</sup> Po pitanju potonjeg ugovora u daljem tekstu ćemo se naporedno služiti sa terminima glavni i konačni ugovor, kako bismo označili isti pravni posao. Prednost će dobijati onaj termin koji je bliži konkretno analiziranoj pravnoj tradiciji.

<sup>214</sup> Ovaj potonji ugovor privremeno ćemo nazivati glavnim ugovorom, dok ćemo u kasnijem delu rada analitički preispitati njegovu terminološku preciznost.

<sup>215</sup> N. Herzog, 10

<sup>216</sup> Degenkolb (1887), 4

<sup>217</sup> *Ibid.*, 5

ljudski razum, nego kod logički utemeljenih pojmova pitanje je da li će jedan školski pojam postojati i kao pozitivnopravni pojam ili će, ukoliko njegove pravne posledice budu od strane pozitivnog prava osporene, biti izbačen iz pozitivnopravnog sistema i morati da bude zamenjen drugim realnim pravnim pojmom<sup>218</sup>.

Autor hoće da potencira tezu da logička utemeljenost određenog instituta nije garancija da će on zaživeti u pravnom prometu. S druge strane, takav jedan logički „hendikep“ je irelevantan za one pravne poslove koji su postali uobičajeni za pravni promet, jer teško je očekivati da će odnosne zamerke po pitanju njihove logičke nedoslednosti da izbace takve pravne poslove iz pravnog prometa. Otuda vredi konstatovati da Degenkolb implicitno priznaje određene zamerke na račun (samostalnosti i funkcionalne neophodnosti) predugovora, međutim ističe da određene manjkavosti po pitanju njegove logičke utemeljenosti nisu prepreka za postojanje predugovora i njegovo često ugovaranje od strane učesnika u pravnom prometu.

Takav je stav, čini se, ipak čisto pozitivistički. Prisustvom predugovora Degenkolb objašnjava njegovu samostalnost i funkcionalnu neophodnost. Predugovor je, prema autoru, samostalan i ima funkcionalnu vrednost u pravnom prometu, jer da je nema, ne bi ga saugovornici ni ugovarali. Čim se učesnici u pravnom prometu služe predugovorom, znači da predugovor pogoduje njihovim interesima. Pravna teorija nudi određena logički zaokružena rešenja, koja nikad ne zažive u praksi, dok druga, koja se ne daju argumentovano logički opisati, postaju ustaljena praksa u pravnom prometu.

Nadalje navodi Degenkolb da se, ukoliko pravo čini važenje jednog pravnog posla zavisnim od određenog zrelog razmišljanja, time negira apsolutna moć privatne volje, čija pravna moć onda ne bi počivala na njoj samoj, nego na tome da li se njenoj samodovoljnosti može u zadovoljavajućoj meri utvrditi svrha<sup>219</sup>.

Otuda predstavnici ovakve linije razmišljanja zastupaju stav da opravdanje predugovora proizilazi iz slobode ugovaranja. Nije reč o tome da su saugovornici zaključili jedan po njih same nepovoljan pravni posao, što korespondira sa njihovom samoodgovornošću kao pravnih subjekata koji sami određuju svoju poziciju u pravnom prometu, nego se radi više o pitanju na koji konstruktivni način će pravni poredak pomoći izraženoj volji ugovornih strana da ona postane pravno relevantna<sup>220</sup>.

Ističući jednu identičnu liniju razmišljanja za austrijske naučne krugove, G. Call ukazuje na stav prisutan u austrijskoj civilnoj doktrini da u obligacionom pravu vladajuća sloboda zaključenja i oblikovanja ugovora mora ugovornim stranama da ponudi mogućnost da se recipročno obavežu na zaključenje predugovora. Razmišljanja o svrsishodnosti ili čak isključivanju jednog „preteranog formalizma“ (misli se na predugovor) predstavlja, i prema ovom autoru, nipodaštavanje privatne autonomije<sup>221</sup>.

I N. Herzog iz prizme švajcarskog prava ističe da apstraktno formulisana sloboda po pitanju utvrđivanja sadržine ugovora proklamira i ovlašćenje da se ugovorne strane upuste u obavezu na zaključenje jednog kasnijeg ugovora, i da pritom ne može da škodi to da li ugovaranje jednog predugovora ima smisla ili ne. U pogledu odluke pravnog poretka da

---

<sup>218</sup> *Ibid.*

<sup>219</sup> Degenkolb (1887), 38-9

<sup>220</sup> K. von Hase, 71

<sup>221</sup> G. Call, 57-8

garantuje pravo na samoopredeljenje<sup>222</sup>, samo volja ugovornih strana može da bude presudna<sup>223</sup>.

I nemački BGB za obaveze u stadijumu koji prethodi zaključenju (glavnog) ugovora ne stavlja posebne pravne institute na raspolaganje. Ipak, nije sporno da se na osnovu poznatih i priznatih principa privatne autonomije i slobode ugovaranja ostavlja pravnom prometu prostor da samostalno kreira određene pravne forme<sup>224</sup>, a u cilju zadovoljavanja interesa učesnika u njemu.

Ova škola razmišljanja dalju zasnovanost svojih teza vidi u suštinskom razlikovanju predugovora i glavnog ugovora. Kako Degenkolb ističe, predugovoru nije mesto u učenju o zaključenju (glavnog) ugovora zato što predugovor ne nalazi svoj pravni smisao kao međufigura između jednog početka (traktata) i jednog zaključenja (takozvanog glavnog ugovora), odnosno on nije poluzavršeni, nego predstavlja jedan ugovor koji je samostalan i potpun isto onoliko koliko i drugi ugovori<sup>225</sup>.

Predugovor i glavni ugovor imaju dva različita predmeta, jedan ima za predmet ugovaranje, a drugi na osnovu toga konkretne činidbe. Zbog toga što ne želi da se takve konkretne činidbe neposredno obezbede, dopušta se prvo jedna druga činidba kroz stvaranja *pactum de contrahendo* (tj. predugovora). Otuda predugovor nije suprotan logici<sup>226</sup>.

Kao ključna za autonomnu prirodu predugovora ističe se činjenica da saglasnost volja ugovornih strana ne podrazumeva da se zaključi glavni ugovor, nego da se njegovo zaključenje ugovori<sup>227</sup>. Obećani ugovor još uvek nije zaključen ugovor<sup>228</sup>. Pozivajući se na slobodu ugovaranja takođe treba bez dalje rasprave priznati i dopuštenost i upotrebu jednostrano obavezujućeg ugovora<sup>229</sup>.

Ovoj školi razmišljanja koju čine pravnici koji pripadaju različitim pravnim tradicijama i njihovoj gore navedenoj argumentaciji zameramo na isključivo pozitivističkom pristupu. Oni polaze od činjenice da je predugovor dozvoljen i uobičajen u pravnom prometu, pa otuda i samostalan i opravdan. Pobornici predugovora u bogatoj praksi vide i racionalnost ovog pravnog instituta. Međutim, pozivanje na činjenično stanje je nezadovoljavajuće.

Pozitivizam ne nudi odgovor na pitanje o autonomiji predugovora, tj. o njegovoj unikatnosti. Navedena analiza nije jasno omeđila granice predugovora u odnosu na susedne pojmove, kao što su opcioni ugovor ili fiksna ponuda, kako bi nas dovela do njegove unikatnosti, a time i nezamenljivosti u pravnom prometu. Ostaje i dalje otvoreno pitanje da li su susedni instituti odgovarajuća zamena za institut predugovora i da li oni nude možda čak i efikasniju zaštitu prava i zadovoljavanje interesa učesnika u pravnom prometu, u poređenju sa onim što pruža sam predugovor.

Analiza nije dala odgovor ni na pitanje koliko su često ovi potencijalni supstituti ugovarani u pravnom prometu, a sa ciljem da se putem njih postignu isti oni ciljevi koji se

---

<sup>222</sup> O Art. 22 OR kao odbrani ugovorne slobode i priznavanju dozvoljenosti predugovora u periodu napada na njega kao dozvoljenom institutu u civilnom pravu vid. E. Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Schulthess, Bern 1979, 172

<sup>223</sup> N. Herzog, 18

<sup>224</sup> H. Köhler, *Jura* 1979, 465

<sup>225</sup> H. Degenkolb, *Der Begriff des Vorvertrages*, Wagnersche Buchdruckerei, Freiburg 1871, 48

<sup>226</sup> H. Degenkolb (1871), 20

<sup>227</sup> G. Call, 75

<sup>228</sup> P. Gauch, R. Schluep, J. Schmid, H. Reu, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Bd. I*, Schulthess, Zürich -Basel 2003, 230

<sup>229</sup> N. Herzog, 67

nastoje postići putem predugovora. Tek iz saodnosa učestalosti predugovora u odnosu na pomenute srodne institute u pravnom prometu, bilo bi moguće jasno sagledati njegov širi društveni značaj.

Otuda se o samoj pravnoj prirodi predugovora putem pozitivističkog pristupa ne može saznati ništa naročito značajno. Nadalje, ni eventualni empirijski dokaz za učestalost ovog instituta u pravnom prometu nije dovoljno ubedljiv argument da bi ovaj institut neminovno opstao u okvirima zakonskog teksta. Njegova dozvoljenost na osnovu slobode ugovaranja nije sporna, međutim, smatramo legitimnim razmišljanje u pravcu da je jedna od funkcija zakonodavca da upravo putem slova zakona na suptilan način usmeri laičku javnost ka drugim pravnim institutima kojima se mogu ostvariti isti ciljevi, ukoliko upravo ti instituti garantuju učesnicima u pravnom prometu jedan viši nivo pravne zaštite (efektivniju i bržu).

Iz navedenog se može zaključiti da razmišljanja pobornika o samostalnosti i racionalnosti predugovora koja se zasnivaju na pozitivističkom pristupu ne mogu da dovedu do značajnijih otkrića u vezi sa bazičnim pitanjima koja smo u ovom radu postavili, niti može značajno doprineti razvijanju našeg daljeg *de lege ferenda* stava u vezi sa mestom i funkcijom ovog instituta u srpskom građanskom pravu.

#### 4. Predugovor kao nepotreban zaobilazni put do glavnog ugovora

Za razliku od pobornika za samostalnost i praktičnu vrednost instituta predugovora, zastupnici suprotnog mišljenja u predugovoru vide jedan nepotrebno zakomplikovani put ka zaključenju glavnog ugovora, a koji nije ni od kakvog dodatnog značaja za saugovornike. Za zastupnike ove linije razmišljanja predugovor je puka tautologija koja samo opterećuje pravni promet, odnosno pravne relacije između saugovornika iz budućeg glavnog ugovora.

Kako R. Freitag navodi, jedina karakteristika predugovora sastoji se u tome da se udvostručenjem sudskih postupaka, koji moraju da proteknu do priznanja zahteva iz glavnog ugovora, omogućuje onoj strani koja odbija da zaključi glavni ugovor da svojim destruktivnim procesnim ponašanjem učini namirenje potraživanja iz glavnog ugovora težim<sup>230</sup>. Sličnu kritiku iznosi i I. Schwenger koji ističe da iz ugla procesne ekonomije dvojno vođenje procesa nema smisla ukoliko se predugovor i glavni ugovor zaključe između istih ugovornih strana i ukoliko već predugovor sadrži sve bitne elemente glavnog ugovora<sup>231</sup>.

Nadalje, i W. Burckhardt negira postojanje prostora za predugovor u zoni između neobaveznosti i pune obaveznosti. Kako autor navodi, ukoliko su saugovornici predugovorom preuzeli određene obaveze, onda glavni ugovor nije više ugovor, dok, s druge strane, ukoliko se saugovornici još nisu obavezali, onda predugovor još nije ugovor<sup>232</sup>.

Istorijski argument protiv konstrukcije predugovora jeste da je on nepotrebnii zaobilazni put, pri čemu se ne negira volja ugovornih strana koja realno postoji, nego se ukazuje na način kako bi trebalo da se ona tumači, da bi pritom ona korespondirala sa pravim namerama ugovornih strana<sup>233</sup>.

Prema R. Freitag-u, ugovorne strane koje zaključuju ugovor koji ima za cilj obavezivanje u pogledu glavnih obaveza (reč je o obavezama koje su glavni/krajnji cilj celog procesa, tj. obaveze iz glavnog ugovora), po pravilu se unapred odlučuju za zaključenje

---

<sup>230</sup> R. Freitag, „Specific performance“ und „causa -Lehre“ über alles im Recht des Vorvertrags?, *Archiv für civilistische Praxis* 2007, 309

<sup>231</sup> I. Schwenger, 137

<sup>232</sup> W. Burckhardt, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Polygraphischer Verlag A.G., Zürich 1948

<sup>233</sup> K. von Hase, 71

konačnog ugovora kao direktnog i jednostavnog puta do cilja, umesto da se odluče za zaobilazni put (što bi predstavljao predugovor). U tom se ugovoru pritom može naći i odložni ili raskidni uslov, obaveza o vođenju daljih pregovora ili, u slučaju predugovora u korist trećeg lica, umesto takvog jednog predugovora koji daje pravo trećem licu da traži zaključenje potonjeg ugovora, pristupanje ka neposrednom zaključenju ugovora koji neposredno stvara opciono pravo za treće lice, kroz čije iskorišćavanje treće lice može direktno da stvori glavni ugovor<sup>234</sup>. U tom kontekstu i Beckmann iznosi svoje zamerke u pravcu da je predugovor samo jedna hibridna tvorevina volja ugovornih strana koja pritom nema razumnu svrhu postojanja<sup>235</sup>.

Na liniji ove argumentacije nalaze se mnogi autori. Predugovor je i po T. Ghul-u po pravilu jedan nepotreban zaobilazni put umesto kojeg bi se moglo neposredno pristupiti zaključenju glavnog ugovora. Samo u izuzetnim pojedinim slučajevima to ne treba činiti<sup>236</sup>. Takođe i H. Köhler vidi potrebu neposrednog zaključenja glavnog ugovora. Prema ovom autoru očekivano je da se sapregovarači žele obavezati, u onom trenutku kada postignu saglasnost o svim pojedinostima ugovora, pa otuda predugovor treba prihvatiti samo kao izuzetak<sup>237</sup>.

U švajcarskom obligacionom pravu, po navodima K. von Hase-a, zaključenje jednog predugovora koji ima za cilj zaključenje glavnog ugovora između istih strana ili uopšte nije ocenjen kao svrsishodan ili je samo izuzetno posmatran kao takav<sup>238</sup>. Kako autor nadalje navodi, iako je švajcarsko pravo zaista predugovor zakonski utvrdilo, nova sudska praksa i vladajuće mišljenje istog suočavaju se sa snažnim preispitivanjima, priznajući mu pritom samo uske pravne rezervate. Naime, takav je slučaj kada je predugovor viđen kao jedan nepravilni ugovor u korist trećeg lica<sup>239</sup>.

Dalji korak u negiranju predugovora načinio je K. Wolff koji nepostojanje potrebe za predugovorom u datoj situaciji povezuje s tim da predugovoru u određenim situacijama treba negirati pravno dejstvo. Prema ovom autoru, značaj instituta predugovora je osporen. U konkretnom slučaju, koji autor razmatra, navodi se da je tužba zbog zaključenja jednog kupoprodajnog ugovora preterani formalizam. Za takve slučajeve autor isključuje postojanje predugovora<sup>240</sup>.

U tom kontekstu i W. Flume vidi kao očigledno da ne postoji razlika u tome da li su lica A i B zaključila ugovor o kupoprodaji jednog predmeta ili su se sporazumela da treba da zaključe jedan kupoprodajni ugovor i pritom u ovom sporazumu utvrdila sadržinu potonjeg kupoprodajnog ugovora, naročito predmet kupoprodaje i kupoprodajnu cenu<sup>241</sup>.

Međutim, pod utiskom preteranosti koja karakteriše navedene stavove, i pritom u osvrtnu na njih, smatramo da je pravu meru za kritiku instituta predugovora našao D. Henrich. Iznoseći svoj pogled na institut predugovora, D. Henrich ističe da će zaista uvek, s vremena na vreme, biti ukazano na to da je u mnoštvu slučajeva zaključenje jednog predugovora nepotrebno, naročito u slučajevima kada predugovor i glavni ugovor imaju istu formu. I to je potpuno tačno. Međutim, bila bi velika greška kad bi se iz nesvrsishodnosti predugovora

---

<sup>234</sup> R. Freitag, 291

<sup>235</sup> A. von Beckmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, Bd.II/1, Scientia Verlag, Erlangen 1965, 283

<sup>236</sup> T. Ghul *et al.*, 108. Autori kao izuzetak vredan odstupanja od neposrednog zaključenja glavnog ugovora navode predugovor u korist trećeg lica.

<sup>237</sup> H. Köhler, 466

<sup>238</sup> K. von Hase, 63, a identično o tome vid. I. Schwenzer, 136

<sup>239</sup> K. von Hase, 70

<sup>240</sup> K. Wolff, *Grundriss des österreichischen bürgerlichen Rechts*, Springer Verlag, Wien 1948, 82

<sup>241</sup> W. Flume, 614

izvlačio zaključak o njegovoj nedozvoljenosti. Ugovorna sloboda dozvoljava saugovornicima, takođe, zaključenje „nepotrebnih“ ugovora<sup>242</sup>. Ipak, rezimira ovaj autor, neophodno je priznati postojeću nepobitnu činjenicu da je mogućnost da se stvori obaveza, koja ima za predmet zaključenje budućeg ugovora, izraz ugovorne slobode<sup>243</sup>.

Sledeći argument koji ova linija razmišljanja iznosi odnosi se na istorijsku povezanost predugovora sa realnim ugovorima, odnosno na njegovu prevaziđenost nakon prevage potpunog konsenzualizma u građanskom pravu. To će reći da je predugovor propratni instrument istorijskih realnih ugovora. Otuda, u dobu u kome realni ugovori čine zapravo samo istorijsku prošlost, valja možda tim putem ispratiti i njihovog istorijskog saputnika.

Prilikom opisivanja stare škole učenja o predugovoru, K. von Hase ukazuje na to da se ona ograničavala na realne ugovore, počivajući posebno na zajmu i predugovoru o zajmu, dok, s druge strane, potrebu za predugovornim obavezivanjem na terenu konsenzualnih ugovora treba negirati<sup>244</sup>. Ideja je bila da se odloži predaja zajma za kasniju vremensku tačku, a da ugovorne strane u ulozi zajmodavca, odnosno zajmoprimca, budu obavezane od trenutka zaključenja predugovora o zajmu.

Slično ističe i B. von Büren za švajcarsko pravo. Učenje o „tzv.“, kako autor navodi, predugovoru treba shvatiti isključivo u njegovoj istorijskoj dimenziji. Ono postoji samo u jednoj uskoj vezi sa učenjem o tzv. realnim ugovorima. Treba imati u vidu da švajcarski OR ne poznaje kategoriju realnih ugovora, nego samo konsenzualne ugovore. Time je, prema ovom autoru, odstranjen i jedini razlog za dalje postojanje predugovora<sup>245</sup>.

Na sličnu korist od pregovora, koja u švajcarskom, a i pretežnom komparativnom pravu ostaje bez efekta, ukazuje I. Schwenzer. Autor apostrofira da pomoću predugovora ugovorne strane mogu da stvore jednu obligacionu vezu, a da pritom ne prouzrokuju promenu situacije u stvarno-pravnom smislu. Međutim, imajući u vidu da se švajcarski zakonodavac odlučio za princip prenosa građanskih prava putem tradicije, odnosno publikacije (*Traditionsprinzip*), otpada i ovakav motiv ugovornih strana za zaključenje predugovora<sup>246</sup>. Ista je teza važeća i za srpsko, nemačko i austrijsko pravo.

Kao jedan od najvećih pobornika teze o nesamostalnosti i nesvršishodnosti ugovora, u evropskoj civilistici svojevremeno se profilisao Schloßmann. Prema njemu je predugovor, onako kako ga vladajuće učenje razume, jedan ugovor u kome se ugovorne strane recipročno obavezuju (dvostrano obavezujući predugovor) ili jedna od njih drugoj obećava (jednostrano obavezujući predugovor) da će pristupiti zaključenju jednog drugog ugovora sa precizno utvrđenom sadržinom, besciljan i u realnom životu stran<sup>247</sup>. Ono što se neguje pod pojmom predugovora, kako Schloßman navodi, ne pojavljuje se u stvarnom životu uopšte, nego samo u knjigama<sup>248</sup>. Oprečnost između njegovih stavova i stavova koje zastupa Degenkolb je očigledna.

---

<sup>242</sup> D. Henrich, 77-8

<sup>243</sup> E. Bucher, 223

<sup>244</sup> K. von Hase, 49

<sup>245</sup> B. von Büren, *Schweizerischer Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Schulthess, Zürich 1964, 214-5

<sup>246</sup> I. Schwenzer, 137

<sup>247</sup> Schloßmann, „Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte“, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts R. von Jhering* 45, 1903, 89

<sup>248</sup> *Ibid.*, 91

Nadalje, Schloßmann ističe da svaki naučni sistem, a ništa manje ni pravna nauka, u svako doba svog razvoja udomljava jedan niz upitnih pojmova i dogmi, iako se oni izmiču svakoj vrednosti, i pritom isti opstaju u naučnim krugovima kroz duge vremenske periode<sup>249</sup>.

Naša nauka ima, prema ovom autoru, pojam predugovora za obradu i njega treba što skorije odstraniti iz pravne teorije, ne samo da bi se uštedelo na vremenu, trudu i prostoru za razvoj drugih, zaista vrednih pojmova i instituta, nego isto tako da bi se preveniralo širenje u njemu sadržanih pogrešnih dogmatičkih pogleda na ostale pravne oblasti<sup>250</sup>.

Schloßmann se pritom nada da bi javnost bila u potpunosti ubeđena u nepotrebnost postojanja predugovora ukoliko bi se postavilo pitanje da li jedna ugovorna strana ima razuman interes da zaključi jedan ugovor, kroz zaključenje jednog prethodnog ugovora, koje obavezuje na zaključenje potonjeg, a kada bi sadržina potonjeg ugovora već prethodno bila, takođe putem prethodnog ugovora, apsolutno ili relativno utvrđena. U tom slučaju, smatra Schloßmann, u svakoj situaciji stiglo bi se do negativnog odgovora<sup>251</sup>. Ugovornim stranama bi u svakoj prilici moralo da nedostaje zadovoljenje interesa u punom obimu kroz predugovore, ukoliko se ukaže na jedan pouzdaniji put za ostvarivanje odnosnih ciljeva. Jedan takav čini obavezujuća ponuda<sup>252</sup>. Potestativnim uslovom uslovljeni ugovor takođe ispunjava, prema zastupnicima ove škole mišljenja, funkciju predugovora<sup>253</sup>.

Sledeća teza, koja je prisutna u švajcarskoj doktrini, jeste teza da je vodeći motiv za uvođenje predugovora u čl. 22 OR-a (prethodno art. 1037 nacarta) bio u skladu sa porukom tadašnjeg Bundesrat-a da se stavi u fokus ono što je u st. 2, čl. 22 pojašnjeno, a to je da se konačno pojasni pitanje forme predugovora, koje je u starom zakonskom tekstu ostalo nerešeno<sup>254</sup>. Naime, prema švajcarskoj doktrini, st. 1, koji daje definiciju predugovora, ima pripremnu funkciju za st. 2, koji uređuje formu i u toj svrsi iscrpljuje se njegova priroda, koja je deklarativnog karaktera<sup>255</sup>.

Član 22 OR-a u prvom stavu govori o mogućnosti za zaključenje predugovora koja, s obzirom na slobodu ugovaranja, i bez posebnog pominjanja u zakonu, ne može biti osporena. Iz toga proizilazi da je ipak potrebno stvoriti jednu osnovu za propis o formi iz st. 2, čl. 22 OR-a, koji ima za cilj da ukloni jednu značajnu neizvesnost u dotadašnjoj praksi<sup>256</sup>. Misli se na pitanje o paralelizmu formi, odnosno o tome da li predugovor treba da prati zahtev za formu koji je upućen glavnom ugovoru, kao uslov njegove vlastite punovažnosti. Upravo kao na jedan od argumenata za paralelizam formi ukazuje se na skoro iste ciljeve koje treba da realizuju predugovor i glavni ugovor<sup>257</sup>.

Zastupnici ovakve škole mišljenja iznose dobro utemeljenu argumentaciju koja dovodi u pitanje autonomiju instituta predugovora u građanskom pravu. Oni nisu opisali njegovu posebnost po pitanju pravne prirode, jer ukazuju na to da predugovor takvu ne poseduje. Kritika istorijske dimenzije predugovora čini se opravdanom. Nesporna je činjenica da je predugovor u doba realnih ugovora imao značajnu ulogu, koja se sastojala u tome da stvori obligacioni odnos, a da pritom odloži izvršenje koje bi kod realnog ugovora inače nastupilo

---

<sup>249</sup> *Ibid.*, 1

<sup>250</sup> *Ibid.*, 2

<sup>251</sup> *Ibid.*, 6

<sup>252</sup> *Ibid.*, 8

<sup>253</sup> G. Call, 75

<sup>254</sup> N. Herzog, 37

<sup>255</sup> *Ibid.*, 40

<sup>256</sup> H. Oser, W. Schönenberger, *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch – Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art1-183*, Schulthess, Zürich 1929, 157

<sup>257</sup> H. Oser *et al.*, 159

istovremeno sa zaključenjem pravnog posla. Međutim, da li je nestajanjem realnih ugovora nestao i celokupni značaj instituta predugovora, prepuštamo daljoj analizi na utvrđivanje. Pojedini autori u švajcarskom pravu navode da je predugovor u korist trećeg lica zadržao svoj autohtoni značaj<sup>258</sup>.

S druge strane, vidimo kao preterano stanovište o negiranju postojanja predugovora, tj. njegovog pravnog dejstva, ukoliko sadržina tako zaključenog pravnog posla pokriva obim saglasnosti istih saugovornika koji je dovoljan za zaključenje glavnog ugovora. Pravna fikcija ili, kako neki autori navode, šire tumačenje volje ugovornih strana u smisli da je zaključen zapravo glavni ugovor, a ne predugovor, predstavljala bi prosto negaciju slobode ugovaranja, odnosno negaciju kreacione moći autonomije volja. Kako i sam I. Schwenzer priznaje, da li je razumno ili ne zaključiti jedan predugovor, moraju u krajnjoj instanci da odluče ugovorne strane, a ne pravna dogmatika<sup>259</sup>. U prilog tome govori i činjenica koju i R. Freitag priznaje, odnosno da, iako je prema opštem stavu praktična važnost predugovora isključivo mala, ipak iznenađuje značajan broj sudskih odluka u vezi s ovom materijom<sup>260</sup>.

Krunski argument onih autora koji dovode pod sumnju samostalnost i svrshodnost predugovora jeste da predugovor i glavni ugovor zapravo sadrže isti obim saglasnosti volja ugovornih strana, pa se otuda legitimno postavlja i pitanje zašto dvaput zaključivati ugovor sa istom sadržinom. Zbog toga je neophodno nadalje razmotriti pitanje odredivosti predugovora. Bavljenje takvim pitanjem vodi ka samoj srži problema, tj. pravne prirode predugovora.

Ipak, pre razmatranja tog pitanja, treba odati priznanje ovoj školi mišljenja za utemeljenu argumentaciju i za dubinski pristup problemu. Takva je argumentacija podstrek za dalja razmišljanja i bavljenje problemom. Ekstremne stavove koji isključuju postojanje predugovora na osnovu slobode ugovaranja svakako treba odbaciti, međutim treba priznati da istorijska dimenzija bavljenja problemom nesporno dovodi do zaključka da je predmetni institut, nestajanjem realnih ugovora i pojavom doba potpunog konsenzualizma, u najmanju ruku, ozbiljno izgubio na značaju.

## 5. Određenost, odnosno odredivost predmeta predugovora

Mišljenja po pitanju određenosti, odnosno odredivosti predugovora su u naučnoj javnosti podeljena. Radi se zapravo o pitanju u kom obimu predugovor treba u sebi da sadrži one odredbe koje će kasnije predstavljati sadržinu glavnog ugovora. Na tom terenu pojavljuje se i priča o bitnim i nebitnim elementima predugovora.

Da bi se s potrebnom preciznošću bavili ovim pitanjem, treba se približiti pozitivnopravnom pojmu predugovora, tj. zakonskoj definiciji instituta u konkretnoj pravnoj tradiciji. Komparativna analiza će biti korisna da se uoče razlike između pravnih tradicija i da se spoznaju različiti modaliteti između pozitivnopravnih rešenja.

### 5.1. Predugovor iz čl. 45 Zakona o obligacionim odnosima

Jugoslovenski, a potom i srpski zakonodavac su zauzeli jasan i čvrst stav po pitanju pozitivnopravnog rešenja instituta predugovora. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima ga je, s druge strane, poznavala u dva oblika<sup>261</sup>.

---

<sup>258</sup> Šire o tome vid. 4.2.4 iz ovog dela analize

<sup>259</sup> I. Schwenzer, 137, a slično o tome vid. P. Gauch *et al.*, 228

<sup>260</sup> R. Freitag, 290

<sup>261</sup> Vid. čl. 29, st. 1, 4 i 5 Skice



Zakon o obligacionim odnosima daje jasnu definiciju, navodeći da je predugovor takav ugovor kojim se preuzima obaveza da se docnije zaključi drugi, glavni ugovor<sup>262</sup>. Otuda se može lako uvideti da je predugovor ugovor koji je u pravnom prometu potpuno samostalan i koji podleže svim uslovima za punovažnost, kao i ostali redovni ugovori. Zakonodavac odbacuje da pod pojam predugovor svrsta sve ostale pripremne radnje, odnosno eventualne sporazume koji bi mogli da proizvode pravna dejstva u pravcu zaključenja glavnog ugovora.

Iz saodnosa predugovor – glavni ugovor i imenovanja ovog potonjeg za glavni, dâ se uočiti da je pravna posledica, tj. cilj predugovora nastanak glavnog ugovora. Zakonom determinisane pravne posledice prati i sudska praksa<sup>263</sup>.

Međutim, smatramo da to ne zadire u samostalnost predugovora kao jednog redovnog ugovora u pravnom prometu. Pitanje se više razvija u pravcu šta sve treba da sadrži predugovor da bi njime bilo determinisano šta će zapravo biti sadržina, odnosno zaključenje kakvom se glavnom ugovoru u krajnjoj instanci teži.

I u tom smislu ZOO je dosledan svojoj preciznosti putem odredbe da predugovor obavezuje ako sadrži bitne sastojke glavnog ugovora<sup>264</sup>. Imajući u vidu da su uslovi za punovažnost, pored poslovne sposobnosti, saglasnosti slobodnih volja i dozvoljenosti kauze, to da je predmet obaveze moguć, dopušten i određen, odnosno odreditiv<sup>265</sup> i forma, treba reći da je predugovor podvrgnut istim uslovima punovažnosti kao i glavni ugovor. To zapravo znači da za slučaj da predugovor bude punovažan, njegova sadržina, odnosno obim saglasnosti volje, treba istovremeno da ispunjava i uslove za neposredno zaključenje, odnosno za punovažnost glavnog ugovora, u smislu odredaba iz ZOO-a. U prilog tome govori i paralelizam formi između ova dva pravna posla propisan u čl. 45, st. 2 ZOO.

Iz ovoga nije teško izvući zaključak da, u skladu sa odredbama ZOO-a, već sam predugovor treba da sadrži obim volje koji je potreban za zaključenje glavnog ugovora, kao uslov za njegovu vlastitu punovažnost. Takav čvrst stav zakonodavca približava institut predugovora stavu da se zapravo radi o prosto tautologiji, odnosno o nepotrebnom dvokratnom zaključenju zapravo jednog istog ugovora.

Treba pritom istaći i činjenicu da je M. Konstantinović u Skici predložio vidno drugačiji koncept predugovora. Pored pomenutog modaliteta, u Skici je predlagano zaključenje predugovora koji ne sadrži sve sastojke glavnog ugovora, sa sankcijom naknade štete u slučaju nepoštovanja istog<sup>266</sup>. Otuda bi punovažan ugovor bio i onaj koji ima niži nivo odredivosti u odnosu na glavni ugovor, međutim, za njegovo neizvršenje mogla bi se zahtevati samo naknada štete, a ne naturalno prisilno izvršenje. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima je ostala dužna po pitanju visine te naknade, tj. kriterijuma njihovog utvrđivanja. Međutim, isključila je mogućnost sudske dopune sadržine i prisilnog naturalnog izvršenja ovakvog predugovora.

Takav koncept iz Skice je zakonodavac odbacio prilikom donošenja ZOO-a, a ostale odredbe o uređivanju predugovora koje su postale pozitivnopravno rešenje uspele su da

---

<sup>262</sup> Čl. 45, st. 1 ZOO

<sup>263</sup> Vid. Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev. 148/2007 od 25.10.2007. god. – Sudska praksa trgovinskih sudova – Bilten br. 4/2007, Presuda Višeg trgovinskog suda, Pž 8235/2006 od 20.12.2006. god., Rešenje Višeg trgovinskog suda, Pž 3706/2008 od 23.01.2009. god., Rešenje Apelacionog suda u Beogradu, Gž 5159/2012(1) od 25.03.2014. god. [pristupljeno preko pravne baze Paragraf lex <https://www.paragraf.rs/>, pristupljeno 20.09.2019]

<sup>264</sup> Čl. 45, st. 3 ZOO

<sup>265</sup> Čl. 46, st. 2 ZOO

<sup>266</sup> Vid. čl. 29, st. 4 u vezi sa st. 5 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima

odole vremenu i eventualnim korekcijama od donošenja zakona od 1978. godine. sve do danas. U pravcu nepromenljivosti čl. 45 ZOO-a pledira i Nacrt SGZ-a iz 2015. godine, koji je preuzeo odredbe iz ZOO-a bez značajnih izmena.

Istine radi, Nacrt SGZ iz 2015. godine je paralelizam formi ograničio samo za slučaj zaštite saugovornika od naglih nepromišljenih odluka, što je prihvatanje predloga iz Skice, za razliku od ZOO-a čiji se zahtev za paralelizam formi proteže na sve eventualne razloge<sup>267</sup>. S druge strane, uslovljenost punovažnosti predugovora obuhvatanjem svih bitnih elemenata glavnog ugovora za predugovor ostaje kao predlog. Pritom se pominje alternativno rešenje za povredu predugovora zbog neizvršenja, koje upućuje na zahtev za naknadu štete<sup>268</sup>.

Iz ponuda koje zakonodavcu stoje na stolu pri donošenju novog SGZ-a postavlja se pitanje da li je Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima pogrešila iznoseći ideju da predugovor može da ima niži stepen određenosti ili odredivosti od glavnog ugovora, ili se upravo u tome može tražiti njegova autohtona priroda. Ukoliko se jedan takav predugovor prihvati kao punovažan, dalje je pitanje koje pravne posledice bi on mogao da prouzrokuje u pravnom prometu, odnosno da li se na osnovu takvog predugovora može tražiti prisilno naturalno izvršenje glavnog ugovora ili samo vrednosno, u smislu zahteva za naknadu štete. Sledeće pitanje je kako potom u sudskom postupku utvrditi obim takve štete.

Različiti modaliteti u srpskom pravu su pokrenuli ovde navedena pitanja. Međutim, da bi se stiglo do konkretnih odgovora, nužno je konsultovati komparativna rešenja. Nadamo se da analiza u tom pravcu, koja obuhvata bogatije pravne tradicije, koje ujedno obiluju i bogatijom pravnom praksom, može dovesti do zaključka o tome šta je najbolje činiti po pitanju predugovora u srpskom pravu, tj. koji model je najbolje usvojiti kao pozitivnopravno rešenje.

## 5.2. Predugovor iz čl. 22 švajcarskog OR-a

### 5.2.1. Pojam predugovora u švajcarskom pravu

Pozitivnopravno rešenje iz čl. 45 ZOO-a najviše sličnosti u odnosu na komparativnopravna rešenja ispoljava sa institutom predugovora iz švajcarskog obligacionog prava. Naime, čl. 22 OR-a daje posrednu definiciju predugovora navodeći da „putem ugovora može biti stvorena obaveza za zaključenje kasnijeg ugovora“<sup>269</sup>. Otuda i švajcarski zakonodavac kao i srpski vidi u predugovoru jedan kompletni ugovor<sup>270</sup>. Predugovor kao ugovor podleže normama koje se odnose na ugovore uopšte, kao što su na primer odredbe iz čl. 16 do 20 OR-a<sup>271</sup>.

I u švajcarskom pravu predugovor počiva, kao i ostali obligacioni ugovori, na najmanje dve korelativne izjave volja i razlikuje se od ostalih ugovora jedino po svom posebnom sadržinskom obliku<sup>272</sup>. Smisao predugovora u švajcarskom OR-u ispoljava se kroz stvorenu obavezu da jedna ili obe ugovorne strane kasnije pristupe novom ugovoru između

---

<sup>267</sup> Upor. čl. 29, st. 2 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima, čl. 45, st. 2 ZOO i čl. 192, st. 2 Nacrta SGZ-a iz 2015. god.

<sup>268</sup> Vid. čl. 192, alternativni st. 5 Nacrta SGZ-a iz 2015. god.

<sup>269</sup> Art. 22, parag. 1 OR

<sup>270</sup> B. v. Büren zamera da je termin predugovor (*Vorvertrag*) prosto samo jedna reč, jedan pojam bez realne pozadine. B. v. Büren, 213

<sup>271</sup> H. Becker, 117

<sup>272</sup> N. Herzog, 8

njih samih ili sa trećim licem<sup>273</sup>. Prestacija predugovora je *contrare*, odnosno da se nešto ugovori. A to je glavni ugovor.

Zakon priznaje obe mogućnosti, odnosno i jednostrano i dvostranoobavezujuće zaključenje predugovora, koji jasno proizilaze iz odredbe Art. 493, paragraf 6 OR-a<sup>274</sup>, u kojoj zakonodavac propisuje da je „ista forma kao za jemstvo potrebna i u slučaju dodeljivanja punomoćja za jemstvo ili obećanje, da se drugoj strani ili nekom trećem jemči“<sup>275</sup>. Kod jednostranoobavezujućih predugovora poverilac je ovlašćen da zahteva prihvatanje njegove ponude za zaključenje predugovora ili izjave jedne takve od strane dužnika<sup>276</sup>.

U pogledu nužnosti za zakonsko uređenje instituta predugovora u švajcarskoj doktrini postoje različiti stavovi. Prema prvoj liniji razmišljanja, zakonsko uređenje instituta predugovora je suvišno. Kako E. Bucher navodi, revizija OR-a iz 1911. godine uvela je Art. 22 u zakonski tekst. Stara verzija zakona nije poznavala, odnosno nije definisala predugovor. Takav je slučaj i u nemačkom BGB-u. Autor dalje ističe da takvo određivanje putem zakona nije bilo ni nužno, jer dozvoljenost predugovora u XIX veku u švajcarskom pravnom životu nije bila sporna. Štaviše, E. Bucher iznosi za švajcarsko pravo da je ista bila potvrđena i od strane Saveznog vrhovnog suda kroz obimnu sudsku praksu<sup>277</sup>.

Otuda je legitimno i razmišljanje N. Herzog-a, koji ističe da izvođenje dopuštenosti predugovora iz slobodnog određivanja sadržine ugovora ukazuje na to da je pominjanje predugovora u Art. 22, st. 1 OR-a u osnovi suvišno. Autor nastavlja sa time da jedan pravni instrument koji osnovu svog postojanja ima u jednom opštem pravnom principu ne treba da svoju dopuštenost potvrđuje kroz dodatne posebne zakonske odredbe<sup>278</sup>.

S druge strane, A. v. Thur nalazi za potrebno uvođenje Art. 22 kroz reviziju OR-a, kako bi se sporni pojam predugovora razjasnio preko odredbe da „putem ugovora može biti stvorena obaveza na zaključenje kasnijeg ugovora“<sup>279</sup>. Iznenaduje da upravo E. Bucher, u jednom drugom svom delu, govori o Art. 22 OR-a kao odbrani ugovorne slobode i priznavanja dozvoljenosti ugovora u periodu napada na njega kao dozvoljenom institutu u civilnom pravu<sup>280</sup>.

Treći pravac razmišljanja koji se u švajcarskom pravu pojavljuje je sledeći. Kako H. Oser i ostali navode, u Art. 22, st. 1 OR-a pomenuta mogućnost za zaključenje ugovora, s obzirom na slobodu ugovaranja i bez posebnog pominjanja ne može biti osporena<sup>281</sup>. Do ove tačke su autori na stavu prve gore pomenute linije razmišljanja. Međutim, oni nadalje ističu da je st. 1 zapravo podloga za propis iz st. 2 koji je nužan kako bi se odstranila jedna neizvesnost o dotadašnjoj pravnoj praksi<sup>282</sup>. Misli se na nužnost zakonskog uređenja zahteva

---

<sup>273</sup> H. Becker (Hrsg.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch – Obligationenrecht 1 Abteilung Allgemeine Bestimmungen*, Stämpfli & Cie., Bern 1941, 115

<sup>274</sup> A. Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Grundlagen des Obligationenrechts – Entstehung der Obligationen Bnd. 1*, Stämpfli, Bern 2006, 365

<sup>275</sup> Slično o nespornosti predugovora u korist trećeg lica i T. Ghul *et al.*, 108

<sup>276</sup> N. Herzog, 53; pitanje da li se od dužnika mogu zahtevati obe radnje (i prihvatanje i slanje ponude) podrobno ćemo razmotriti u daljem tekstu.

<sup>277</sup> E. Bucher, „Art. 22“, *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, (hrsg. H. Honsell, N. Vogt, Wiegand.), Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2011, 222

<sup>278</sup> N. Herzog, 18-9

<sup>279</sup> A. v. Thur, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts*, J.C.B. Mohr, Tübingen 1924, 235

<sup>280</sup> Vid. E. Bucher, 172

<sup>281</sup> H. Oser, W. Schönenberger (hrsg.), *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch – Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art1-183*, Schulthess, Zürich 1929, 157

<sup>282</sup> H. Oser *et al.*, 157

za paralelizam formi između glavnog ugovora i predugovora, kao uslova za punovažnost potonjeg.

Nijedna od navedenih linija razmišljanja ne zalaže se za određenu samostalnost, niti ukazuje na preteranu potrebu za predugovorom. I zakonski tekst, da je predugovor instrument kojim se mogu kreirati obaveze da se kasnije zaključi ugovor, nije naročito izdašan po pitanju njegove pravne prirode.

Treća linija razmišljanja jedino nalazi da je definicija predugovora u zakonu nužna neophodnost, potrebna samo da bi se ukazalo na pravila o paralelizmu formi kao uslovu punovažnosti takvog pravnog posla, bez potrebe da se razmatra njegova dozvoljenost ili njegov pojam, tj. osnovne karakteristike.

Upoređujući ovakvu tezu sa zakonskim rešenjem u italijanskom Codice Civile-u, italijanski zakonodavac je pokazao da se princip paralelizma može uvesti i bez navođenja definicije u odnosu na to šta je predugovor. Art. 1351 italijanskog CC-a propisuje da je predugovor (*contratto preliminare*) ništavan ukoliko ne bude zaključen u istoj onoj formi koju zakon propisuje za konačni ugovor (*contratto definitivo*)<sup>283</sup>.

Otuda smatramo da se može s pravom tvrditi da vladajuće mišljenje u švajcarskoj doktrini – da je definicija predugovora u Art. 22 OR-a suvisla odredba, naročito u doba kada se dozvoljenost predugovora na osnovu slobode ugovaranja ne dovodi u pitanje – nije sporno. Komparativna iskustva u italijanskom pravu pokazuju da uvođenjem principa paralelizma formi između predugovora i glavnog ugovora ne zahteva nužno definisanje predugovora u zakonskom tekstu.

Šta će onda u stvari predstavljati predugovor? Da bismo došli do odgovora na to pitanje i upustili se u srž problema, treba se pozabaviti pitanjem određenosti/odredivosti (*Bestimmtheit/Bestimmbarkeit*) predugovora u švajcarskom pravu.

#### 5.2.2. Odredivost predugovora u švajcarskom pravu

Za nastanak predugovora u švajcarskom pravu potrebna je zadovoljavajuća odredivost u odnosu na njegove bitne delove koja, kao i kod svakog drugog ugovora, proizilazi između ostalog i iz pridruženih okolnosti. Otuda je po pitanju predugovora odlučujuća veza sa glavnim ugovorom. Glavni ugovor, koji treba da se zaključi i koji je ujedno cilj predugovora, daje predugovoru sadržinski profil, odnosno utiče na delove sadržine koje je neophodno da predugovor sadrži, a pored toga prouzrokuje i njegovu eventualnu potrebu za određenom formom<sup>284</sup>.

U tom kontekstu, Fikentscher i ostali koriste se potrebnom simbiozom između zaključenja i izvršenja predugovora kako bi odgovorili na pitanje o njegovoj odredivosti. Kako autori navode, jedna indicija da je jedan ugovor dovoljno određen/odrediv jeste mogućnost da se na osnovu njegove sadržine može formulisati tužbeni zahtev za zaključenje jednog drugog određenog/odredivog ugovora<sup>285</sup>.

Ističući stav švajcarskog Saveznog vrhovnog suda (SBG), Henrich navodi da je jedan predugovor dovoljno određen, odnosno odrediv kada se ugovorne strane sporazumeju o svim bitnim tačkama u smislu Art. 2 OR-a. Za bitne tačke predugovora smatraju se pre svega one

---

<sup>283</sup> Art.1351 Codice Civile RD 16 marzo 1942, n.262, <https://www.brocardi.it/fonti.html> [pristupljeno 21.08. 2019]

<sup>284</sup> E. Bucher, 223

<sup>285</sup> W. Fikentscher, A. Heinemann, *Schuldrecht AT & BT*, De Greuyter, Zürich 2017, 96

koje treba precizno da opišu bitne tačke nameravanog glavnog ugovora<sup>286</sup>. Ukoliko se u švajcarskom pravu ugovorne strane dogovore o svim bitnim tačkama, ugovor je u slučaju sumnje zaključen, iako su ugovorne strane postizanje ugovora o sporednim tačkama ostavile za kasnije<sup>287</sup>.

I T. Ghul i ostali ukazuju na to da predugovor u švajcarskom pravu mora da, prema opštem pravilu (Art. 2 OR), obuhvata sve bitne tačke. One su nadalje, prema ovim autorima, identične sa bitnim tačkama glavnog ugovora<sup>288</sup>. Insistiranje na uslovu iz Art. 2 OR-a, odnosno na odredbi da „ukoliko su se ugovorne strane sporazumele o svim bitnim tačkama (alle wesentliche Punkte), pretpostavlja se da zadržka po pitanju sporednih tačaka (Nebenpunkte) neće sprečiti obaveznost ugovora”<sup>289</sup>.

Imajući u vidu da je nesporno da je i sam predugovor jedan ugovor, valja ovu odredbu uzeti kao polaznu tačku po pitanju utvrđivanja određenosti/odredivosti ugovora u pogledu minimalnog obima saglasnosti potrebnog za punovažnost predugovora.

Pošto prema vladajućem mišljenju u švajcarskom pravu ugovorne strane moraju da utvrde objektivno bitne tačke ugovora, tzv. *essentialia negotii* ili bar da ih učine odredivim, kako bi stvorili jednu punovažnu obligaciju<sup>290</sup>, treba odgovoriti na pitanje šta su zapravo bitne tačke jednog predugovora.

Naučna misao zauzima opšti stav da je sadržinsko određivanje bitnih tačaka glavnog ugovora uslov punovažnosti za predugovor. Ovakav stav počiva na koncepciji da zahtev za naturalno izvršenje predugovora (prinudno zaključenje glavnog ugovora) ne sme biti moguć samo pod određenim dodatnim uslovima, nego je izvršenje bez dodatnih uslova za predugovore pojmovno imanentno, i zato se zahtev za zaključenje glavnog ugovora može opravdati samo u slučaju njegove potpune sadržinske odredivosti<sup>291</sup>. Otuda, prema potpuno vladajućem mišljenju naučnih krugova u Švajcarskoj, kao uslov za odredivost predugovora jednako su bitni, i kao takvi moraju da se utvrde kako objektivno tako i subjektivno bitni elementi glavnog ugovora koji treba da se zaključi<sup>292</sup>.

Saglasnost mora da obuhvata sve bitne tačke, inače bi unapred otpala primena pretpostavke iz Art. 2 OR-a, a samim tim i samo nastajanje ugovora<sup>293</sup>, u konkretnom slučaju predugovora. Identični nivo odredivosti za predugovor u odnosu na ostale redovne ugovore A. v. Thur vidi kao razlog da bi se predugovoru mogao priznati pravni značaj<sup>294</sup>, odnosno da bi se mogla potvrditi njegova autonomna priroda u odnosu na ostale pravne poslove u pravnom prometu.

Ovakve stavove je putem svoje prakse potvrdio i Savezni vrhovni sud Švajcarske i učinio ih potpuno nespornim. Kako sud ističe, u vezi s pitanjem da li je jedan ugovor kao takav zaista punovažan, naročito da li postoji saglasnost volja ugovornih strana oko svih bitnih

---

<sup>286</sup> D. Henrich, 124-5

<sup>287</sup> D. Henrich, 105

<sup>288</sup> T. Ghul, A. Koller, A. K. Schnyder, J. N. Druey, *Das schweizerische Obligationenrecht*, Schulthess, 9. Auflage, Zürich 2000, 108, autori ukazuju pritom na sudsku praksu ZBGR 1994 279; SJZ 1989 157; BGE 31 II 645, isto i A. Koller, 368

<sup>289</sup> T. Ghul *et al.*, 368

<sup>290</sup> N. Herzog, 129, fn. 775

<sup>291</sup> E. Bucher, 228

<sup>292</sup> N. Herzog, 150, fn. 897, isto vid. P. Gauch *et al.*, 229

<sup>293</sup> R.E. Aebi-Müller, C. Müller (hrsg.), *Berner Kommentar – Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen Art. 1-18 OR*, Stämpfli Verlag, Bern 2018, 260

<sup>294</sup> A. v. Thur, 236

tačkaka ugovora u smislu Art. 2 OR-a, treba poći od toga da u bitne tačke jednog predugovora spadaju i bitne tačke glavnog ugovora koji treba biti ubuduće zaključen<sup>295</sup>.

Naravno, dovoljno je da obaveze iz glavnog ugovora u okviru predugovora budu samo dovoljno odredive<sup>296</sup>. Otuda, M.Keller i ostali izvode zaključak da potreba da se zaključi jedan predugovor može proizilaziti iz toga da još nije moguće utvrditi sadržinu glavnog ugovora. Ali pošto je i odredivost u osnovi dovoljna, ugovori označeni kao predugovori ispunjavaju po pravilu uslove za glavne ugovore, ukoliko oni budu zaključeni između istih ugovornih strana<sup>297</sup>.

Ovakav zaključak autora smatramo neodrživim. Istina je da predugovor koji u sebi sadrži samo odredive obaveze glavnog ugovora ispunjava uslove punovažnosti i na osnovu njega se kasnije može zahtevati, ako treba i sudskim putem, zaključenje glavnog ugovora. Međutim, isto važi i za slučaj u kome se hoće pristupiti direktnom zaključenju glavnog ugovora. I tako zaključeni glavni ugovor ispunjava uslove punovažnosti.

Da li će kasnije glavni ugovor biti dodatno preciziran dopunama ili će one nastati u periodu između zaključenja predugovora i glavnog ugovora, predstavlja tehničko pitanje. Ono kao takvo ne ispoljava razlike po pitanju pravnih posledica niti na neki način uspešnije zadovoljava interese ugovornih strana u pravnom prometu. Glavno pitanje u konkretnom slučaju, a na šta pomenuti stav ne daje odgovor, jeste zašto pristupiti zaključenju predugovora, koji u sebi sadrži odredivi glavni ugovor, a ne direktnom zaključenju odredivog, takođe punovažnog, glavnog ugovora.

Otuda i stav N. Herzog-a, koji ističe da, za razliku od opcionog ugovora, predugovorom ne treba da budu utvrđene sve pojedinosti po pitanju sadržine glavnog ugovora, imajući u vidu da do njegovog zaključenja postoje otvorene tačke koje treba naknadno urediti i nejasnoće koje treba dodatno precizirati<sup>298</sup>, ne vidimo kao značajan, jer se dopuna otvorenih tačkaka koje nisu uslov za punovažnost glavnog ugovora i preciziranje nejasnih odredaba može vršiti i nakon neposrednog zaključenja glavnog ugovora, kroz njegove izmene i dopune. Štaviše, zaključeni glavni ugovor se može i u potpunosti izmeniti (kao i predugovor) kroz novaciju.

U Švajcarskoj je ipak diskusija više usmerena ka tome kako prepoznati koje su objektivno bitne tačke jednog ugovora, naročito ako se radi o neimenovanom ugovoru. Prema E. Bucher, objektivno bitne tačke su kod zakonski uređenih vrsta ugovora sadržane u samoj njihovoj pravnoj definiciji, dok se kod neimenovanih ugovora one moraju prepoznati iz smisla ugovora. Po ovom pitanju se ne mogu izreći opšti stavovi, nego je pitanje moguće razmatrati samo u kontekstu pojedinačnih ugovora<sup>299</sup>.

P. Gauch *et al.* vide objektivno bitne tačke ugovora kao nešto što obuhvata neophodno jezgro pravnog posla<sup>300</sup>. Slikovite reči kao što su „jezgro pravnog posla”, „smisaona celina” i „ideja pravnog posla” samo razjašnjavaju koji se delovi sadržine ugovora ubrajaju u objektivno bitne tačke<sup>301</sup>. Međutim, ne postoji univerzalna formula koja bi ih odredila. Razvrstavanje tačkaka koje čine sadržinu jednog ugovora na bitne i nebitne treba da usledi tumačenjem prave volje ugovornih strana. Takvo je tumačenje kod imenovanih ugovora nešto

---

<sup>295</sup> BGE 31 II, 645, identično i Schweizerischer Juristen-Zeitung (SJZ) 1996, 314

<sup>296</sup> Vid. I. Schwenzer, 136

<sup>297</sup> M. Keller *et al.*, 102

<sup>298</sup> N. Herzog, 66

<sup>299</sup> E. Bucher, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Schulthess, Bern 1979, 100

<sup>300</sup> P. Gauch *et al.*, 60

<sup>301</sup> *Ibid.*, 61

lakše jer, ukoliko se ne može dočarati šta su ugovorne strane htele, može se posegnuti za dispozitivnim odredbama sadržanim u zakonu.

Krug bitnih tačaka ograničava se na one delove sadržine ugovora koji zahtevaju lično uređenje od strane saugovornika, zato što bi u suprotnom nastala praznina koja ne bi mogla od strane suda biti popunjena niti na osnovu zakona, niti prema običajima koji važe u pravnom prometu. Reč je o takvim tačkama ugovora gde se ne bi mogle primeniti odredbe o sudskoj dopuni. Bez saglasnosti oko ovih pravnih okolnosti, koje ugovor treba da stvori, one bi ostale neuređene, što je suprotno cilju zbog kojeg se jedan ugovor zaključuje<sup>302</sup>.

Pošto se u Art. 2 OR-a koristi izraz „bitne tačke”, treba poći od toga da pod Art. 2 OR-a potpadaju kako već analizirane objektivno bitne tačke jednog ugovora, tako i subjektivno bitne tačke. Ako se za razumevanje objektivno bitnih tačaka ugovora polazi od slova zakona ili od logike završetka pravnog posla, onda su subjektivne tačke ugovora njihova suprotnost. Pošto nije logično da jedna tačka bude istovremeno i objektivno i subjektivno bitna, treba reći da su subjektivno bitne tačke ugovora nadgradnja onog jezgra kojeg čine objektivno bitne tačke. One su izvorno objektivno nebitne tačke ugovora, a koje su voljom jedne ili obeju ugovornih strana postale (subjektivno) bitne.

Savezni vrhovni sud Švajcarske definiše kao subjektivno bitne tačke ugovora one koje su za ugovorne strane jednako važne kao i objektivno bitne tačke, odnosno za koje se može uzeti, na osnovu izjavljene ugovorne volje ili u nedostatku izjave prema konkretnoj važnosti ugovorne tačke za saugovornike, da jedna ugovorna strana ne bi zaključila ugovor bez saglasnosti o toj tački<sup>303</sup>. U slučaju subjektivno bitnih tačaka u fokusu stoji faktičko pitanje da li postoji recipročna saglasnost volja u odnosu na sadržinu koja prema slovu zakona ili pojmu određenog ugovora kao takva nije bitna, ali se od strane saugovornika želi da i ta tačka bude tretirana kao takva<sup>304</sup>.

Imajući u vidu navedeno, kao rezime iznosimo intergralni stav švajcarskog Saveznog vrhovnog suda po pitanju Art. 2, st. 1 OR-a. Prema Art. 2, parag. 1 OR-a, jedan ugovor je punovažan kada su ugovorne strane postigle saglasnost oko svih bitnih tačaka ugovora. Pod bitne tačke ugovora potpadaju u prvoj liniji oni delovi sadržine koji determinišu vrstu ugovora, odnosno objektivno bitne tačke (*essentialia negotii*). Nadalje, kao bitne tačke ugovora važe i one koje su za ugovorne strane jednako važne kao bitne, na osnovu kojih se može pretpostaviti da jedna strana bez saglasnosti u vezi s njima ne bi zaključila ugovor. Da li je to slučaj treba da se utvrdi na osnovu stava stranaka ili ako je takvo utvrđivanje nemoguće, treba odlučiti na osnovu pravnog prometa ili postojeće okolnosti i njihovog značaja u ograničenom periodu u konkretnom slučaju<sup>305</sup>.

Otuda, svaku opštu definiciju o tome šta su bitne tačke jednog ugovora treba uzimati sa rezervom i razmotriti da li je primenjiva za konkretni slučaj. Na primer, kako D. Henrich navodi, ukoliko se u datom slučaju mogu utvrditi predmet kupoprodaje i cena, po pravilu je predugovor u kupoprodaji punovažan, iako se ugovorne strane nisu još složile oko nebitne tačke nameravanog ugovora<sup>306</sup>. Misao autora nije pogrešna jer je upotrebio izraz „po pravilu”. D. Henrich smatra samo da su cena i predmet kupoprodaje dovoljna indicija da se može pretpostaviti da su u većem broju slučajeva time obuhvaćene sve bitne tačke ugovora i da je on punovažan.

---

<sup>302</sup> P. Gauch *et al.*, 61

<sup>303</sup> BGE 68 II, 233

<sup>304</sup> BGE 71 II, 270

<sup>305</sup> BGE 97 II, 55-6

<sup>306</sup> D. Henrich, 126

Za švajcarsko pravo npr. ako na navedenu saglasnost volja primenimo Art. 2, parag.1, OR-a, treba ispitati da li postoje subjektivno bitne tačke ugovora koje bi sprečile punovažnost ugovora ukoliko po pitanju njih nije postignuta saglasnost. Pošto je kupoprodajni ugovor imenovani ugovor u OR-u, iz Art. 184 OR-a proizilazi da su cena i predmet kupoprodaje bitni elementi ugovora. Štaviše, pod određenim uslovima nije potrebno utvrditi ni cenu, ukoliko se ona može odrediti na osnovu okolnosti<sup>307</sup>.

Iz navedene analize nameće se zaključak da se ne može ustanoviti pravilo koje bi u svakom konkretnom slučaju bilo primenljivo da bi se stiglo do odgovora da li je ispunjen uslov za punovažnost ugovora, tj. u našem slučaju predugovora u smislu Art. 2, parag. 1 OR-a, odnosno da li su saglasnošću volja saugovornika obuhvaćene sve bitne tačke predugovora.

Ono što se sa sigurnošću dá utvrditi jeste to da su kako naučni krugovi tako i pravna praksa u Švajcarskoj pri stavu da sadržina predugovora mora da obuhvata i sve bitne tačke glavnog ugovora kako bi sam predugovor bio punovažni pravni posao u skladu sa OR-om. Otuda je lako izvući zaključak da je zaključenje predugovora i glavnog ugovora u švajcarskom pravu, bar po pitanju sadržine oba pravna posla, tautologija. Pošto je i sama odredivost glavnog ugovora u okviru sadržine predugovora dovoljna za punovažnost potonjeg, naknadno dodatno preciziranje, odnosno dodatno određivanje obaveza iz glavnog ugovora prilikom njegovog zaključenja, a nakon zaključenja predugovora, ne menja tautološku karakteristiku ovih uzastopnih procesa.

Takva činjenica proizilazi iz toga da dodatna saglasnost ugovornih strana, postignuta nakon zaključenja predugovora, a uneta u obligacioni odnos prilikom zaključenja glavnog ugovora, nije za njegovu punovažnost naročito pravno relevantna. Ono što je za materijalno pravo bitno, a što je uslov za prouzrokovanje pravnih posledica u pravnom prometu, u dovoljnom je obimu obuhvaćeno već samim predugovorom. Otuda je dopuna obligacionog odnosa, u smislu dodatnog preciziranja sadržine glavnog ugovora, skoro kozmetičke prirode.

5.2.3. Predugovor u švajcarskom pravu koji upućuje jedino na zahtev za naknadu štete kao na sankciju za njegovo neizvršenje

Dosadašnja analiza nije nas ubedila da postoje dovoljno čvrsti argumenti koji ukazuju na samostalnost i nužnost pri definisanju instituta predugovora u švajcarskom pravu. Odredba da se ugovorom mogu preuzeti obaveze za zaključenje potonjeg ugovora samo je jedna dodatna afirmacija slobode ugovaranja, koja bi po pitanju predugovora, i bez postojanja ovakve definicije, bila nesporna. Italijanski Codice civile je još pokazao da definisanje instituta predugovora u zakonskom tekstu nije neophodno ni u kontekstu ustoličavanja principa paralelizma formi<sup>308</sup>.

Otuda smo u daljoj analizi dužni da ukažemo i na tezu koju razvija E. Bucher, govoreći o posebnoj vrsti predugovora, koji daje pravo samo na realno, a ne i na naturalno izvršenje predugovora. Takvo svojstvo predugovora trebalo bi da ukaže na njegovu unikatnu pravnu prirodu.

---

<sup>307</sup> Art. 184, parag. 3 OR – Cena je dovoljno određena ukoliko se može odrediti na osnovu okolnosti. U srpskom pravu se, s druge strane, govori o dovoljno podataka pomoću kojih bi se cena mogla odrediti (čl. 462, st. 1 ZOO), kod ugovora u privredi reč je o ceni koju je prodavac redovno naplaćivao u vreme zaključenja ugovora ili, u nedostatku ove, o razumnoj ceni (čl. 462, st. 2 ZOO), pri čemu se za razumnu uzima tekuća cena u vreme zaključenja ugovora ili, ako se ona ne može utvrditi, cenu utvrđuje sud prema okolnostima slučaja (čl. 462, st. 3 ZOO).

<sup>308</sup> Vid. Art. 1351 Codice Civile



Prema ovom autoru, pitanje o dovoljnoj odredivosti jednog predugovora ne može biti posmatrano odvojeno od iz njega izvedenih pravnih zahteva. Otuda je fundamentalno različito da li se na kraju zahteva prisilno naturalno izvršenje ili prosto naknada štete<sup>309</sup>. E. Bucher razvija stav da je nedopušteni šablon da se pitanje odgovornosti razmatra kroz jedno pravno razmišljanje koje je prevaziđeno, a koje utvrđuje jednom i zasvagda kada je jedan ugovor punovažan, umesto da pitanje punovažnosti zavisi od podignutih zahteva ugovornih strana<sup>310</sup>.

Prema mišljenju autora, saugovornicima treba da bude prepušteno da odrede posledice neispunjenja između njih zaključenog ugovora, različito od toga kako to uređuje zakon. Tada bi zaključenje jednog predugovora u datoj situaciji, u kojoj bi glavni ugovor takođe mogao biti zaključen, stvorilo sumnju da su ugovorne strane želele da se odreknu, tj. da isključe mogućnost naturalnog izvršenja glavnog ugovora<sup>311</sup>. U tom pravcu je i stara verzija OR-a u Art. 111 propisivala da se svaka obaveza da se nešto uradi, ukoliko ne bude ispunjena zbog krivice dužnika, pretvara u obavezu na ime naknade štete<sup>312</sup>.

Pa tako, kada bi se uvođenje Art. 22 OR-a, kao zakonsko uređenje, videlo kao rešenje koje ima za cilj da se posledice neizvršenja predugovora ograniče na pravo na naknadu štete, ova bi norma dobila potpuno drugo lice, odnosno ne bi predstavljala, kako se u literaturi navodi, prosto utemeljivanje jednog besciljnog instituta. Štaviše, bila bi reč o jednom institutu koji bi možda po posledicama zbog neispunjenja delovao kontroverzno i pomalo kontradiktorno, međutim navedeno rešenje bi predugovoru dalo jedan novi smisao, odnosno pružalo bi mogućnost obavezivanja koje bi garantovalo isključenje prisilnog naturalnog izvršenja i dalo bi ugovornim stranama jedan dodatni instrument za diferencijaciju prilikom oblikovanja ugovora<sup>313</sup>.

Bucher-ovoj tezi priznajemo pravnu kreativnost. Slična ideja je prisutna i u Art. 1124 francuskog Code Civil-a, kako i u čl. 29, st. 3 u Skici gde se govori da „neizvršenje obaveze da se zaključi ugovor daje pravo saugovorniku da zahteva naknadu štete koju zbog tog neizvršenja trpi”.

Međutim, i pored određenih sličnosti Bucher-ove ideje u odnosu na Skicu, treba istaći da se koncepti u osnovi razlikuju. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima sankciju u smislu naknade štete predviđa za one predugovore u čijoj sadržini nisu obuhvaćene sve bitne tačke glavnog ugovora. Takođe, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima ostaje nedorečena po pitanju da li se šteta odnosi na pozitivni ili negativni ugovorni interes iz predugovora.

S druge strane, Bucher-ova teza odnosi se na punovažne predugovore koji u svojoj sadržini obuhvataju sve bitne elemente za zaključenje glavnog ugovora. Cilj je samo da se predugovoru udahne pravna unikatnost time što će se pravne posledice eventualnog neizvršenja svesti na pravo na naknadu štete u visini pozitivnog ugovornog interesa iz predugovora, a pri čemu bi mogućnost naturalnog prisilnog izvršenja obaveze bila isključena.

Teza je zastarela. Jedan od fundamenata građanskog prava je *pacta sunt servanda*, odnosno da ugovore treba izvršavati onako kako glase. Učesnici u pravnom prometu se obavezuju sa ciljem da prouzrokuju onakve pravne posledice kakve su ugovorom

---

<sup>309</sup> E. Bucher, 185

<sup>310</sup> *Ibid.*, 186

<sup>311</sup> *Ibid.*, 189

<sup>312</sup> O tome i stari Art. 1124 francuskog CC

<sup>313</sup> E. Bucher, 192

dogovorene. Poverilac u obaveznom odnosu je ovlašćen da od dužnika zahteva ispunjenje obaveze, a dužnik je dužan ispuniti je savesno u svemu kako ona glasi<sup>314</sup>.

Realno izvršenje je samo jedna pridružna opcija, koja treba da dodatno obezbedi imovinski interes poverioca. Ona dolazi do izražaja kada je dužnikovom krivicom dalje naturalno izvršenje obaveze postalo nemoguće<sup>315</sup>. Međutim, ona je supstitut naturalnog izvršenja, koje je u prvom planu i kome se primarno teži.

Ipak, zakon i sloboda ugovaranja dozvoljavaju da se ugovore one pravne posledice na kojima E. Bucher insistira. Tako bi ugovoreni pravni posao značajno promenio pravnu prirodu pravnog posla, pa smatramo da bi takva volja izlazila iz ugovornog polja predugovora. Da bi se prouzrokovale navedene pravne posledice, ugovorne strane mogu da ugovore alternativne obligacije sa istim rokom dospeća od kojih bi jedna glasila na novčani iznos u visini pozitivnog ugovornog interesa iz predugovora, a izbor bi imao dužnik, pri čemu bi se on kao titular prava na optiranje našao u poziciji da isključi prisilno naturalno izvršenje predugovora.

Međutim, predugovor je ugovor kojim se preuzima obaveza da se zaključi glavni ugovor, a ne da se preuzme novčana obaveza. Cilj jednog predugovora je izjava volja u pravcu zaključenja glavnog ugovora. Realno izvršenje je alternativna mogućnost za poverioca koja učvršćuje njegovo potraživanje. Ukoliko ono izbije u prvi plan, radi se o novoj, novčanoj obavezi. Novčane obaveze nisu imanentne prirodi predugovora, jer obaveza iz predugovora ima specifičnu sadržinu *contrare, a ne dare*.

Otuda, iako pozdravljamo kreativnost iznete teze, cenimo da tako formulisana saglasnost volja izlazi iz ugovornog polja predugovora. Nije održivo zastupati mišljenje da takva obaveza daje ugovoru potrebnu unikatnost, a shodno tome i samostalnost i racionalizaciju njegovog postojanja u pravnom prometu, nego jednostavno takva saglasnost volja se ne bi mogla kvalifikovati kao predugovor, kako u švajcarskom tako i u srpskom pravu.

#### 5.2.4. Predugovor u korist trećeg lica u švajcarskom pravu

Poslednja teza za koju nalazimo da je vredna analize, a potiče iz švajcarskog prava, odnosi se na predugovor u korist trećeg lica. Posebnost predugovora u korist trećeg lica je u kritičkoj naučnoj javnosti viđena kao jedini slučaj u kome korišćenje predugovora ima smisla, govoreći o tome da argumenti o predugovoru kao nepotrebnom zaobilaznom putu i poistovećivanje predugovora i glavnog ugovora treba da otpadnu, u slučaju kada je treće lice na taj način uvučeno u obligaciono-pravni odnos<sup>316</sup>.

I M. Keller i ostali zastupaju za švajcarsko pravo tezu da jedan predugovor ima smisla samo ukoliko se jedan saugovarač obavezuje da zaključi glavni ugovor sa trećim licem<sup>317</sup>. Tako i I. Schwenzer osporava svrsishodnost predugovora, ali samo za slučaj kada iste strane zaključuju oba ugovora<sup>318</sup>. On navodi da vođenje dva postupka nema smisla ukoliko se i predugovor i glavni ugovor zaključe između istih lica<sup>319</sup>. Time I. Schwenzer ostavlja otvorena vrata za svrsishodnost predugovora u korist trećeg lica.

---

<sup>314</sup> Čl. 262, st. 1 ZOO

<sup>315</sup> Za takav slučaj vid. Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV) 1958, 34

<sup>316</sup> N. Herzog, 71

<sup>317</sup> M. Keller *et al.*, 103

<sup>318</sup> I. Schwenzer, 136

<sup>319</sup> *Ibid.*, 137

Cenimo da je i ovako izvedeni zaključak ipak preteran. Sam ugovor u korist trećeg lica, imajući u vidu njegovu pravnu prirodu, dopušta da neko ko nije učesnik u pravnom poslu postane poverilac potraživanja koja na osnovu tog pravnog posla nastaju. Štaviše, njegovo pravo je neposredno prema dužniku<sup>320</sup>, što između ostalog znači i neposredno utuživo.

Ako se zna da predugovor u svojoj sadržini već obuhvata sve bitne elemente glavnog ugovora, onda je očekivano da i sadržina ugovora između trećeg lica i dužnika iz predugovora bude unapred predugovorom utvrđena. Predugovor u ovom slučaju nalaže samo da dužnik i treće lice takvu sadržinu potvrde. Time treće lice postaje titular potraživanja koja su već predugovorom utvrđena.

Navedena pravna dejstva ovakvog predugovora upućuju na zaključak da se ona mogu postignuti i zaključenjem neposrednog ugovora u korist trećeg lica. Zapravo prirodna funkcija jednog ugovora u korist trećeg lica jeste da obezbedi upravo pomenuta pravna dejstva.

Saglasnost trećeg lica kao budućeg titulara potraživanja manifestuje se u trenutku zaključenja glavnog ugovora. Međutim, identičnu saglasnost po pitanju pravnih dejstava neposrednog ugovora u korist trećeg lica daje treće lice i u slučaju neposrednog ugovora u korist trećeg, a u smislu da prihvata potraživanja. Od tada pa nadalje ni sam poverilac ugovora u korist trećeg ne može da povuče svoje odstupanje od potraživanja u korist trećeg<sup>321</sup>.

Imajući u vidu da neposredni ugovor u korist trećeg pokriva kako pravna dejstva predugovora u korist trećeg tako i sadržinu glavnog ugovora, treba rezimirati sa time da treba odbaciti tezu koja promovise autohtonu prirodu predugovora na osnovu predugovora u korist trećeg lica. Ona je neodrživa kako za švajcarsko tako i za srpsko pravo.

### 5.3. Predugovor u austrijskom pravu

Austrijski zakonodavac govori o sporazumu (*Verabredung*) sa namerom da se kasnije zaključi ugovor, ukoliko su određeni svi bitni sastojci takvog ugovora, vreme njegovog zaključenja i ukoliko u međuvremenu ne nastupe promenjene okolnosti u smisli *rebus sic standibus*<sup>322</sup>.

Austrijska doktrina ne spori da je ovakav sporazum zapravo predugovor. Izraz „sporazum“ (*Verabredung*) kojim se zakon služi ima svoju osnovu u latinskom *pactum*-u<sup>323</sup>. Kako smo i prethodno pomenuli, izraz *Verabredung* (sporazum) u doktrini je obrazlagan kao loš prevod latinskog *pactuma*-a<sup>324</sup>, koji je označavao ugovor. Otuda je u austrijskom pravu predugovor ugovor sa kojim se hoće zaključiti još jedan potonji ugovor.

Značenje predugovora je i u austrijskom pravu osporeno. U konkretnom primeru koji K. Wolff analizira, podizanje tužbe kojom se najpre zahteva zaključenje kupoprodajnog ugovora je za ovog autora preterani formalizam<sup>325</sup>. Autor nadalje zastupa tezu da u takvom slučaju zapravo ne postoji predugovor, nego kupoprodajni ugovor<sup>326</sup>.

---

<sup>320</sup> Art. 112, al. 2 OR, kako i čl. 149, st. 1 ZOO

<sup>321</sup> Vid. Art. 112, parag. 3 OR, čl. 150, st. 1 ZOO

<sup>322</sup> Vid. Art. 936 ABGB

<sup>323</sup> H. Klang *et al.* (hrsg.), *Kommentar zum ABGB Bnd IV, Halbband I*, 569

<sup>324</sup> G. Call, 45

<sup>325</sup> K. Wolff, *Grundriss des österreichischen bürgerlichen Rechts*, Springer Verlag, Wien 1948, 82

<sup>326</sup> K. Wollf, 82

Suprotno od toga, G. Call navodi da je poštovanje predugovora zapravo poštovanje privatne autonomije<sup>327</sup>. Ugovorno pravo, za razliku od stvarnog prava, u osnovi je oblikovano kroz slobodu ugovaranja. Saugovornici mogu u granicama dopuštenosti da predvide obaveze koje na najbolji način pogoduju njihovim imovinskim ciljevima<sup>328</sup>.

Nerado posmatranje instituta predugovora u austrijskoj pravnoj teoriji ogleda se u jedinstvenom stavu pravne nauke da se, u slučaju sumnje da li je zaključen predugovor ili glavni ugovor, ipak prikloni rešenju da se radi o glavnom ugovoru. Takvo insistiranje je u osnovi pogrešno, jer austrijski zakonodavac za tumačenje ugovora propisuje pravilo da se ne treba držati bukvalnog značenja konkretnog izraza, nego da se treba istraživati namera stranaka i da se ugovor onako razume kao što odgovara praksi u poštenom pravnom prometu<sup>329</sup>. U tom smislu ABGB za navedeni kontekst ne poznaje pravnu pretpostavku u korist glavnog ugovora.

Izneti stav naučne misli u Austriji je, smatramo, zapravo usmeren ka isticanju nesvrhsishodnosti zaključenja predugovora. Ovakav stav se može očekivati jer je još sam zakonodavac, propisujući uslove za punovažnost predugovora, propisao sadržinsku tautologiju na relaciji predugovor – glavni ugovor, tako što neposredno kroz slovo zakona zahteva da predugovor sadrži sve bitne sastojke budućeg ugovora.

### 5.3.1. Odredivosti predugovora u austrijskom pravu

Zahtev za određivanje bitnih tačaka glavnog ugovora već u sadržini predugovora teorija vidi kao posledicu pravne prirode predugovora. Predugovor je sporazum da se ubuduće zaključi glavni ugovor i sa tim obavezno predugovora zahteva da nameravani glavni ugovor mora pretežno biti konkretizovan i da unapred bude određen trenutak njegovog zaključenja<sup>330</sup>.

U predugovoru se zahteva postojanje *essentialia negotii* nameravanog glavnog ugovora. Kako austrijska sudska praksa navodi, bitne tačke su utvrđene onda kada bude postignuta saglasnost o minimalnoj sadržini ugovora<sup>331</sup>. Predugovor mora biti u toj meri određen da bi mogao postojati kao glavni ugovor<sup>332</sup>. U suprotnom, prisilno zaključenje glavnog ugovora bilo bi nemoguće ili nezadovoljavajuće<sup>333</sup>. Mayrhofer vidi kao bitne one tačke ugovora koje ne mogu biti dopunjene putem zakona ili običaja u pravnom prometu<sup>334</sup>.

I G. Call izvodi isti zaključak i za komparativno pravo. Kako autor navodi, iako ni nemački BGB ni švajcarski OR ne sadrže normu koja bi bila pandan § 936 iz ABGB-a, princip o dovoljnoj odredivosti bitnih tačaka, da iste za predugovor ne smeju da imaju manji nivo odredivosti, proizilazi iz činjenice da u suprotnom tužbeni zahtev za zaključenje predugovora ne bi bio moguć i ne bi se mogao izvršiti<sup>335</sup>. Pa tako, nakon razmatranja svih mogućih varijanti u smislu manje ili veće odredivosti predugovora, G. Call ističe da ostaje samo jedna jedina

---

<sup>327</sup> Vid. G. Call, 57-8

<sup>328</sup> P. Bydlinski (2000), 160

<sup>329</sup> Art. 914 ABGB

<sup>330</sup> H. Koziol, P. Bydlinski, R. Bollenberger (hrsg.), *ABGB Kommentar*, Springer, Wien - New York 2007, 997

<sup>331</sup> NZ 2004, 207

<sup>332</sup> Binder, 672, identično i H. Koziol *et al.*, 997, P. Bydlinski, *Grundzüge des Privatrechts*, 7. Auflage, Manz, Wien 2007, 160, F. Gschnitzer, 12, W. Zöllner, 459-60, P. Barth *et al.*, 531, H. Klang *et al.*, 576

<sup>333</sup> Mayrhofer, 197

<sup>334</sup> *Ibid.*

<sup>335</sup> G. Call, 66 f.

mogućnost, odnosno da bitne tačke predugovora i glavnog ugovora moraju da budu u istom obimu određene ili odredive<sup>336</sup>.

Danas je u austrijskoj doktrini u potpunosti vladajući stav da za predugovor važe isti zahtevi odredivosti kao za glavni ugovor<sup>337</sup>. Odlučujuća karakteristika jednog predugovora leži u tome da su ugovorne strane postigle saglasnost da se obavežu da će ubuduće zaključiti jedan glavni ugovor čije su bitne tačke već utvrđene<sup>338</sup>. U slučaju spora, sadržinu glavnog ugovora treba da utvrdi sud. Zbog toga, dovoljna je odredivost.

Odredivost se najčešće tumači kao obim saglasnosti volja koji sadrži dovoljan broj indicija, pri čemu se upotrebom odgovarajućih metoda mogu popuniti tačke koje su bile ostavljene kao otvorene, odnosno o kojima se nije postigla saglasnost volja<sup>339</sup>.

Uloga suda po pitanju sadržine ugovora može se odnositi samo na dopunu one tačke ugovora koja se može dopuniti putem dispozitivnih normi, običaja u pravnom prometu ili trgovini<sup>340</sup>. Oni delovi ugovora koji se mogu zameniti putem subsidijarnih normi, mogu nedostajati<sup>341</sup>. Pa tako, stav o tome da je saglasnost volja ugovornih strana potpuna, mora se potkrepiti sredstvima tumačenja<sup>342</sup>.

Međutim, sadržinska podudarnost predugovora i glavnog ugovora koja se izražava putem zahteva da oba pravna posla budu u jednakom stepenu određena ili odrediva, predstavlja povod za dalja razmišljanja po pitanju pravne prirode predugovora.

Tako, prema H. Klang-u, fraza da predugovor treba biti u tom stepenu određen da bi i sam mogao postojati kao glavni ugovor, pri bližem razmatranju ne donosi ništa novo u vezi sa predugovorom<sup>343</sup>. U tom pravcu i G. Call ističe da pravilo iz § 936 ABGB-a, koje se odnosi na odredivost bitnih sastojaka ugovora, odnosno njegova analogna primena na predugovor nije neophodna, imajući u vidu da već § 869 ABGB-a zahteva određenu saglasnost. Otuda, kako autor to vidi, § 936 ABGB-a može se reći da predstavlja normu bez sadržine<sup>344</sup>.

Kako § 869 ABGB-a propisuje, „saglasnost o jednom ugovoru mora biti slobodna, ozbiljna, određena/odrediva i izjavljena na razumljiv način. Ukoliko je izjava nerazumljiva, neodređena ili ukazuje na određenu pretpostavku o drugačijim odredbama pod kojima je obećanje dato, u tom slučaju ugovor ne postoji.”

Tezu autora da se pitanje bitnih tačaka ugovora, bar onih objektivno bitnih, svodi na pitanje odredivosti predmeta teško je osporiti, naročito ako se uzmu u obzir neimenovani ugovori. U odsustvu imenovanosti jednog ugovora, tj. u odsustvu njegove zakonske definicije, samo onaj obim saglasnosti volja koji predstavlja smisaonu celinu može biti tretiran kao ugovor i njemu se može pružiti sudska zaštita. A upravo se ta karakteristika, odnosno da li se radi o smisaonoj celini, utvrđuje putem odredivosti predmeta.

---

<sup>336</sup> *Ibid.*, 66

<sup>337</sup> *Ibid.*

<sup>338</sup> RdW 1994, 205

<sup>339</sup> W. Zöllner, 461

<sup>340</sup> G. Call, 67-8

<sup>341</sup> JB 1978, 154

<sup>342</sup> Österreichische Notariat-Zeitung (NZ) 1986, 8

<sup>343</sup> H. Klang *et al.*, 576

<sup>344</sup> G. Call, 75-6

Upravo zbog toga, ovakvu odredbu ne sadrži švajcarski OR, nego se po ovom pitanju u švajcarskom pravu neposredno primenjuje Art. 2 OR-a. Ista situacija je i u italijanskom Codice Civile, koji nije našao za potrebno da propiše jednu takvu odredbu u svom Art. 1351.

Imajući u vidu sadržinsko poklapanje predugovora i glavnog ugovora i činjenicu da je predugovor redovan ugovor za koji važe redovni zakonski propisi o punovažnosti ugovora, treba rezimirati tako da je zahtev za određenost, odnosno odredivost predmeta dovoljna determinanta i da je norma iz § 936 ABGB-a, odnosno iz čl. 45, st. 3 ZOO-a, da predugovor obavezuje samo ako sadrži bitne sastojke glavnog ugovora, jedna nepotrebna, odnosno suvisla odredba koja opterećuje zakonske tekstove, a koja pritom ne kreira dodatnu vrednost.

Odredivost predmeta iz § 869 ABGB-a i čl. 46, st. 2 u vezi sa čl. 47 ZOO-a je dovoljna odredba koja determiniše punovažnost jednog ugovora iz ovog aspekta, pa shodno tome ista je dovoljna i kada je u pitanju institut predugovora. Imajući u vidu suvislost odredbe, naš je *de lege ferenda* stav da je treba izbaciti, kako iz zakonskog teksta tako i iz čl. 191, st. 3 Nacrta SGZ-a iz 2015. godine.

5.3.2. Poteškoće u vezi sa razlikovanjem predugovora od glavnog ugovora u austrijskom pravu

Nadalje, pitanje sadržinske podudarnosti predugovora i glavnog ugovora otvara novo pitanje – kako u pravnom prometu prepoznati da li je reč o predugovoru ili o glavnom ugovoru. Istini za volju, sadržinsko preklapanje nije potpuno jer se strane u predugovoru obavezuju da zaključe glavni ugovor, a u glavnom ugovoru neposredno preuzimaju obaveze kojima se i kroz sam predugovor u krajnjoj instanci teži. Međutim, činjenica da sam predugovor već u sebi sadrži bitne tačke glavnog ugovora ponekad je dovoljna da prouzrokuje određene značajne nejasnoće u pravnom prometu.

Kako G. Call priznaje, da li su ugovorne strane htele da zaključe samo jedan predugovor ili već glavni ugovor, u pojedinim slučajevima može biti teško utvrditi. Pretpostavka da se pravni posao kvalifikuje kao glavni ugovor da se opovrgnuti<sup>345</sup>. I H. Koziol govori da situacija u kojoj su sve bitne karakteristike ugovora sadržane dovodi do nepostojanja mogućnosti, odnosno, kako autor kaže, snage da se utvrdi da li se radi o predugovoru ili o glavnom ugovoru, imajući u vidu da § 936 ABGB-a za punovažnost predugovora eksplicitno zahteva da već u predugovoru budu utvrđene bitne tačke ugovora<sup>346</sup>.

Međutim, najpre treba postaviti pitanje zašto se u ovakvoj situaciji polazi od pretpostavke da je u pitanju glavni ugovor. Kako smo već pomenuli, priklonjenje jednoj ovakvoj pretpostavci predstavlja vodeći stav u austrijskoj civilistici. Naime, kako sudska praksa ističe, upravo kod konsenzualnih ugovora pretpostavka govori o tome da ugovorne strane nisu htele da preko predugovora krenu jednim zaobilaznim putem, imajući u vidu da su zahtevi za odredivost sadržine predugovora i glavnog ugovora identični. Zbog toga, u slučaju nepostojanja posebnog razloga, treba poći od pretpostavke da je zaključen glavni ugovor ukoliko je jedna saglasnost navedene vrste već potpisana<sup>347</sup>.

Slično i F. Gschenitzer smatra da bez posebnog razloga treba pretpostaviti da su ugovorne strane, umesto zaobilaznog puta putem predugovora i tužbe za zaključenje glavnog ugovora, odabrale da mogu da neposredno zahtevaju obaveze iz glavnog ugovora<sup>348</sup>. I G. Call zastupa mišljenje da, ukoliko se tumačenjem ne može jasno utvrditi volja ugovornih strana u

---

<sup>345</sup> G. Call, 58

<sup>346</sup> Koziol, ZAS 1969, 17

<sup>347</sup> NZ 1998, 217-8

<sup>348</sup> JB 1979, 95

smislu da je reč o jednom predugovoru, treba se držati pravila da u slučaju sumnje treba prihvatiti da je u pitanju konačni ugovor<sup>349</sup>.

U austrijskoj sudskoj praksi je prisutno i malo strože razmišljanje, prema kome u slučaju sumnje oko jedne saglasnosti, koja više ne pripada pregovorima, istu treba shvatiti kao glavni ugovor. Prilikom kupoprodaje jedne nekretnine, kako se u jednoj presudi austrijskog Vrhovnog suda navodi, ne preostaje mesto za predugovor zato što je, čim su se strane složile o predmetu kupoprodaje i o ceni, neposredno nastupio glavni ugovor. Dok, s druge strane, pre postizanja ovakve saglasnosti takođe ne bi mogao da postoji predugovor<sup>350</sup>. Ovakav stav je u austrijskoj sudskoj praksi prisutan u nizu sudskih odluka<sup>351</sup>. Tako, ovaj deo austrijske sudske prakse negira prostor za postojanje predugovora.

Ipak, navedeni stav vidimo kao preteran i zbog toga smatramo da mu se ne treba prikloniti. Razlog leži u tome što pomenuti stav austrijskog Vrhovnog suda negira autonomiju volja ugovornih strana. Ukoliko su saugovornici nedvosmisleno postigli saglasnost da hoće da zaključe predugovor o kupoprodaji, a koji pritom određuje i predmet kupoprodaje i cenu kao deo sadržine glavnog ugovora čijem se zaključenju zaključenjem predugovora u krajnjoj instanci i teži, takvu volju ugovornih strana treba priznati, a predugovor smatrati punovažnim.

Otuda je odlučujući kriterijum po pitanju predugovora da li se ugovorne strane predugovora moraju još jedanput obostrano složiti po pitanju glavnog ugovora, odnosno da li još jednom treba da daju korelativne izjave volja u tom pravcu<sup>352</sup>.

U konkretnom slučaju prilikom postojanja sumnje o tome da li je reč o predugovoru ili o glavnom ugovoru, naš je lični stav da ne treba težiti ka pretpostavci da se radi o glavnom ugovoru, nego smatramo da je pravni posao kao takav ništavan. Naime, postojanje sumnje da li se radi o predugovoru ili o glavnom ugovoru ukazuje na to da volja nije jasno izražena. Prema § 869 ABGB-a saglasnost o jednom ugovoru treba da bude između ostalog i „izjavljena na razumljiv način. Ukoliko je izjava nerazumljiva [...] u tom slučaju ugovor ne postoji.”

Predugovor o kupoprodaji treba da glasi da su ugovorne strane postigle saglasnost o tome da kasnije zaključe ugovor u kupoprodaji, a glavni ugovor da su se ugovorne strane složile da jedna drugoj prenesu svojину na predmet kupoprodaje, a da druga zauzvrat isplati cenu. Otuda, nije teško izraziti volju i u jednom i u drugom pravcu, ne stvarajući pritom neku sumnju.

Međutim, razmatranje ovog pitanja nije od velike važnosti za našu analizu. Ono što je bitno jeste to da austrijska doktrina kreiranjem pretpostavke da u slučaju sumnje treba poći od toga da je reč o zaključenom glavnom ugovoru, još na jedan način izražava skepsu po pitanju svrsishodnosti predugovora, gledajući na njega kao na suvisli zaobilazni put u pravcu zadovoljavanja interesa učesnika u pravnom prometu.

### 5.3.3. Predugovor i realni ugovori u austrijskom pravu

Predugovor u austrijskom pravu svoju izvornu pojavu duguje realnim ugovorima. Ukoliko se ugovorne strane dogovore samo oko bitnih sastojaka realnih ugovora, a da pritom ne dođe do predaje stvari, ABGB u takvom pravnom poslu prepoznaje predugovor, usmeren

---

<sup>349</sup> G. Call, 72

<sup>350</sup> NZ 1998, 216

<sup>351</sup> NZ 1989, 264

<sup>352</sup> W. Zöllner, „Der arbeitrechtliche Vorvertrag“, *Arbeitsrecht und soziale Grundrechte – Festschrift für H. Floretta zum 60. Geburtstag*, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien 1983, 456

ka zaključenju konačnog ugovora<sup>353</sup>. Realna forma koja je potrebna za zaključenje glavnog ugovora, tj. predaja stvari, predstavlja jasan delimitirajući faktor između ova dva pravna posla. Austrijsko pravo i danas poznaje realne ugovore kao pozitivnopravna rešenja<sup>354</sup>. Rešenja su preuzeta iz rimskog prava.

Pa tako, F. Gshinitzer upravo u mogućnosti da se umesto zaključenja ugovora da obećanje, a da se stvar ne preda, vidi jasnu emanaciju predugovora iz § 936 ABGB-a<sup>355</sup>. I H. Koziol i ostali ukazuju na to da je za zaključenje glavnog ugovora neophodno i dodatno faktičko ispunjenje od strane jednog saugovarača<sup>356</sup>, odnosno predaja stvari. Otuda, u naučnim krugovima nikad nije bilo osporeno zakonom uređeno rešenje da gola saglasnost bez predaje stvari obavezuje samo kao predugovor u smislu § 936 ABGB-a<sup>357</sup>.

Mayrhofer naglašava da posebnost zaključenja realnih ugovora ima za posledicu da je polje primene njihovih predugovora *ex lege* određen. Tako je austrijski zakonodavac putem zakona uredio imenovane realne ugovore i njihove predugovore kao zasebne pravne poslove. ABGB poznaje realne ugovore o ostavi (§ 957 ABGB), o posluži (§ 971 ABGB), o zajmu (§ 983 a. F.<sup>358</sup>), komisioni ugovor (§ 1086 ABGB) i ugovor o ručnoj zalozi (§ 1386 ABGB). Zakon istovremeno ukazuje i na njihove predugovore.

Prema austrijskom ABGB-u, ugovor o ostavi nastaje kada neko preuzme tuđu stvar da bi se o njoj starao. Obećanje o prihvatanju jedne još nepredate tuđe stvari u smislu da se prihvatilac stara o njoj, obavezuje, ali se ne smatra ugovorom o ostavi (§ 957 ABGB)<sup>359</sup>. Kako F. Gschintzer navodi, ugovor o ostavi stvara se, za razliku od švajcarskog prava (art. 472 ff. OR), kada dođe do predaje i preuzimanja stvari, a ne kada bude postignuta samo prosta saglasnost o tome<sup>360</sup>.

I sudska praksa austrijskog Vrhovnog suda govori o tome da je uz predugovorom preuzeto obećanje da jedna stvar bude predata u depozit potrebno, prema slovu zakona, da predmet ostave bude predat i preuzet, kako bi dato obećanje moglo bez ikakve sumnje da se transformiše u jedan pravi ugovor o ostavi<sup>361</sup>. Pogrešno je polaziti od stanovišta da ugovor o ostavi počinje da egzistira njegovim prostim zaključenjem. Imajući u vidu da se radi o realnom ugovoru, on postaje perfektan samo putem predaje predmeta ostave<sup>362</sup>.

Suprotno od toga, u švajcarskom (art. 472 OR) i srpskom pravu (čl. 712, st. 1 ZOO) ugovor o ostavi je konsenzualan ugovor, odnosno za njegovo zaključenje je dovoljno da se ugovorne strane saglase oko preuzimanja obaveza u pravcu ostave, a da pritom ne bude neophodna i istovremena predaja predmeta ostave.

Austrijski zakonodavac je i ugovor o posluži uredio kao realni. Kad jedno lice preda drugom licu jednu nepotrošnu stvar bez naknade i na određeno vreme, nastaje posluga. Ugovor putem kojeg se posluga obećava, a da se stvar istovremeno ne preda, jeste obavezujući, ali nije ugovor o posluži<sup>363</sup>. U pomenuti prostor uplivava upravo predugovor. Kako G. Stanzl navodi, obećanje da se neka stvar ubuduće dâ na poslugu, a da pritom ona ne

---

<sup>353</sup> G. Call, 56

<sup>354</sup> Vid. §§ 957, 971, 1086, 1386 ABGB, <https://www.jusline.at/gesetz/abgb/> [pristupljeno 25.08. 2019]

<sup>355</sup> F. Gschnitzer, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Springen Verlag, Wien-New York 1966, 12

<sup>356</sup> H.Koziol, R.Welser, A.Kletečka, *Bürgerliches Recht, Band I*, Manz, Wien 2014, 205

<sup>357</sup> Umesto mnogih vid. Mayrhofer, 200

<sup>358</sup> a. F. (alte Fassung) označava staro zakonsko rešenje

<sup>359</sup> § 957 ABGB

<sup>360</sup> F.Gschnitzer, „Art. 957“, *Kommentar zum ABGB Bd.IV, Halbband I* (hrsg. H.Klang,F.Gschnitzer),Wien 1968, 883

<sup>361</sup> SZ 5, 259

<sup>362</sup> JB 1952, 17

<sup>363</sup> § 971 ABGB



bude predata prilikom zaključenja takvog ugovora, obavezuje kao predugovor u smislu § 936 ABGB-a<sup>364</sup>.

Srpski zakon ne poznaje imenovani ugovor o posluži, pa otuda treba reći da on nastaje na terenu slobodnog ugovaranja, odnosno reč je o konsenzualnom ugovoru. Ugovor o posluži kao konsenzualni imenovani ugovor je svoje mesto našao u makedonskom ZOO-u, u kome se uređuje tako što se poslugodavac obavezuje na predaju stvari na korišćenje bez naknade za određeni ili neodređeni vremenski period, dok se poslugoprimac obavezuje da nakon isteka tog perioda poslugodavcu taj isti predmet vrati<sup>365</sup>.

Staro zakonsko rešenje ABGB-a poznavalo je i zajam kao realni ugovor, za situaciju kada nekome budu predate potrošne stvari, tako što on može sa njima da raspolaže po sopstvenom nahođenju, ali se pritom obavezuje da nakon određenog vremena vrati istu količinu stvari, iste vrste i kvaliteta<sup>366</sup>. Kako je zakonodavac potencirao, zajam ne treba mešati sa konsenzualnim ugovorom iz § 936 ABGB-a koji postoji kao obećanje da se ubuduće zajam da. Takav je realni ugovor o zajmu poznavala i starija verzija BGB-a u § 607 a.F. BGB.

Austrijski zakonodavac je od realnog ugovora o zajmu odstupio 2010. godine, preuređujući isti kao konsenzualni ugovor<sup>367</sup>. Istim putem je prethodno pošao i nemački BGB preko § 488 BGB-a<sup>368</sup>. Konsenzualni ugovor karakteriše i švajcarsko i srpsko pravo<sup>369</sup>.

Pored navedenih pravnih poslova, kao realne ugovore austrijsko pozitivno pravo trenutno poznaje i ugovor o komisiju (§ 1086 ABGB) i ugovor o ručnoj zalozi (§ 1386 ABGB).

Ono što je kod realnih ugovora u austrijskom pravu sporno, a odnosilo bi se i na predugovore, jeste zapravo njihova funkcionalna vrednost u doba vladavine konsenzualizma. Brojna, kako praktična tako i dogmatska razmatranja ovog problema, još iz XIX veka vode ka u sve većem obimu izraženoj kritici po pitanju konstrukcije realnih ugovora. Glavni argumenti su zastarelost konstrukcije i njen niži nivo spremnosti da uvaži realizaciju prave volje ugovornih strana<sup>370</sup>.

Problem je, kako ističe I. Harrer-Hörzinger, u tome što kod realnih ugovora postignuta saglasnost volja ne kreira obligacioni odnos. Obaveza protivčinidbe nastaje predajom stvari. Saglasnost volja u pogledu protivčinidbe biva ostvarena tek kada stvar bude predata<sup>371</sup>.

Realna forma ovakvih ugovora svoje korene ima u rimskom pravu u kome je ona bila uslov za pravnu zaštitu. U rimskom pravu obećanje, odnosno predugovor o dodeli zajma, kao *pactum nudum*, nije uživalo pravnu zaštitu<sup>372</sup>. U međuvremenu je konsenzualizam priznao stvaralačku moć autonomiji volje, a forma sa karakteristikom *ad solemnitatem* propisuje se izuzetno.

---

<sup>364</sup> G. Stanzl, „Art. 971“, *Kommentar zum ABGB Bd. IV, Halbband I*, (hrsg.H. Klang, F. Gschnitzer), Wien 1968, 678

<sup>365</sup> Čl. 603 od Zakon za obligacioni odnosi

<sup>366</sup> Više o zajmu (Darlehen) kao realnom ugovoru i ugovoru o kreditu/o otvaranju kredita kao njegov konsenzualni pandan vid. I. Griss, 1045 f.

<sup>367</sup> Vid. § 983 ABGB koje je na snazi od 11.06.2010. god., <https://www.jusline.at/gesetz/abgb/paragraf/983>, [pristupljeno 25.08.2019]

<sup>368</sup> Vid. § 488 BGB <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/488.html>, [pristupljeno 25.08.2019]

<sup>369</sup> Vid. Art. 312 OR i čl. 557 ZOO

<sup>370</sup> I. Harrer-Hörzinger, „Zur Rechtsnatur des Darlehens“, *Österreichische juristische Zeitschrift* 1990, 615

<sup>371</sup> *Ibid.*

<sup>372</sup> *Ibid.*, 625

Moderno pravo je u međuvremenu stalo na stanovište da je za zaštitu javnog interesa ili interesa saugovarača, kao što je na primer zaštita od naglih, prebrzo donošenih odluka o stupanju u jedan ugovor, dovoljna pismena forma<sup>373</sup>. Mogućnost za sastavljanje javnobeležničkog zapisa, solemnizaciju ili samo overavanje potpisa dodatno je doprinelo prikladnosti ove forme u datim okolnostima, u pravcu ispunjenja njenih ciljeva<sup>374</sup>.

Otuda je propisivanje realne forme zastareli institut koji negira kreativnu moć same volje i ne odgovara realnosti kojoj učesnici u pravnom prometu teže. Jer, ukoliko se neko obaveže da nekome drugom da zajam, on po pravilu već sadrži volju da se ugovorno, a pritom i konačno, obaveže. Pretpostavku jednog predugovora kojim se saugovornik obavezuje na buduće zaključenje glavnog ugovora I. Harrer-Hörzinger vidi kao neprikladnu i izveštačenu<sup>375</sup>. Kako autor nadalje za austrijsko pravo ističe, razlika između predugovora i glavnog ugovora, kao posledica konstrikcije realnih ugovora, po pravilu protivreči pravoj volji ugovornih strana<sup>376</sup>.

O suvislosti realnih ugovora govori i činjenica da zahtev za prisilno izvršenje predugovora, tj. za zaključenje glavnog realnog ugovora, zapravo znači zahtev za predaju stvari. Isti se pravni efekat može postići i neposrednim zaključenjem glavnog ugovora u kome protivčinidbe dospevaju u različitom trenutku, a da se pritom ne pribegava pomenutoj složenoj konstrukciji predugovor – realni ugovor.

Nadalje, kako Mayrhofer navodi, ukoliko bude upućen zahtev samo za zaključenje glavnog ugovora, osujetila bi se ideja koju putem realnih ugovora zakonodavac hoće da nametne u pravnom prometu<sup>377</sup>. Ideja je da se izjava volje u pravcu zaključenja ugovora i predaja, odnosno primanje stvari preduzmu istovremeno.

Suprotno od Mayrhofer-a, mi cenimo da obaveza predaje stvari ne bi bila osujećena, odnosno zaobiđena, nego da bi takav tužbeni zahtev bio neefikasan. Zapravo ne bi došlo do zaključenja glavnog ugovora, jer bi izostala predaja. Otuda se postavlja pitanje u odnosu na dopuštenost takvog jednog tužbenog zahteva zbog njegove neosnovanosti ili eventualno zbog nedostatka realnog pravnog interesa<sup>378</sup>. Cenimo da u ovoj konstelaciji, predaja stvari mora neminovno ući u sam petitum tužbenog zahteva, kako bi se predugovor zaista sudski realizovao onako kako on glasi i kako bi se pritom proizvela željena pravna posledica, a to je zaključenje glavnog ugovora.

Otuda proizilazi i mišljenje jednog nezanimljivog dela naučne misli i sudske prakse da zajmoprimac na osnovu predugovora o zajmu zapravo stiče pravo da zahteva predaju stvari koje su predmet zajma, a u obimu određenim predugovorom<sup>379</sup>. Kako se i u austrijskoj sudskoj praksi ističe, osnova obavezivanja jednog zajma nije kao kod kupovine ili zakupa – saglasnost volja ugovornih strana, nego sam „res“, odnosno faktička predaja koja znači predaju svojine na određenu sumu novca ili drugih zamenljivih stvari<sup>380</sup>.

---

<sup>373</sup> U tom kontekstu vid. čl. 455, 630, 687, 791, 801, 998, 1066 i 1083 ZOO

<sup>374</sup> Vid. čl. 82, 93 Zakona o javnom beležništvu („Sl. glasnik RS“, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014 – dr. zakon, 93/2014 – dr. zakon, 121/2014, 6/2015 i 106/2015)

<sup>375</sup> I. Harrer-Hörzinger, 615

<sup>376</sup> *Ibid.*, 623

<sup>377</sup> Mayrhofer, 200

<sup>378</sup> Pitanje je da li se petitum tužbenog zahteva može odnositi samo na zaključenje glavnog realnog ugovora, a da on ne obuhvati i predaju stvari koja je, čini nam se nerazdvojno povezana sa samim zaključenjem.

<sup>379</sup> I. Harrer-Hörzinger, 616 (autor govori u konkretnom slučaju o određenoj sumi novca)

<sup>380</sup> ÖJZ 1990, 614

Zaključenje ugovora i ispunjenje dospevaju zajedno. U jednoj pravnoj kvazisekundi bude obaveza najpre stvorena, a potom i ispunjena<sup>381</sup>. Pa tako, onaj ko drži do principa realnog ugovora mora uzeti u obzir i to da se predugovorom o zajmu duguje ne samo isplata zajma nego i sveobuhvatno zaključenje glavnog ugovora<sup>382</sup>, što opet navodi na zaključak da eventualni tužbeni zahtev mora da obuhvati i volju za zaključenje glavnog ugovora i zahtev za predaju predmeta zajma, a u cilju dobijanja sudske zaštite za potraživanja na ime predaje stvari. Potrebno je da takva izjava volje bude makar implicitno sadržana u okviru zahteva o pomenutoj predaji<sup>383</sup>.

Dosadašnja analiza je za naš rad relevantna zbog sledećeg. Iz konstrukcije realnih ugovora proizilazi da iz predugovora o realnom ugovoru istovremeno sa zahtevom za zaključenje glavnog ugovora može/mora se zahtevati i predaja stvari. Takav je zahtev u slučaju konsenzualnog predugovora i glavnog ugovora klasična obaveza iz glavnog ugovora. U konkretnom slučaju pravna priroda realnog ugovora omogućava da se takav zahtev uvaži i da se izbegne nepotrebno dvojno vođenje postupaka, što je slučaj kod konsenzualnog predugovora i glavnog ugovora.

Iz navedenog se može reći da se predugovor o realnom ugovoru zapravo u teoriji i pravnoj praksi suočava sa manjim intenzitetom kritika o njegovoj samostalnosti i svrsishodnosti od predugovora koji prethodi konsenzualnom ugovoru. Neuobičajeno, ali čini se da bi se njegovo postojanje iz ugla izvršenja, onako kako je propisano i pozitivnopravnim odredbama ABGB-a, pre odbranilo, nego postojanje predugovora koji prethodi jednom konsenzualnom glavnom ugovoru.

Međutim, ono što je naša zamerka u pogledu rešenja iz ABGB-a jeste to da su predugovor o realnom ugovoru i realni ugovor *contradictio in adjecto*, odnosno da se po svojoj pravnoj prirodi međusobno isključuju. Realni ugovor je ugovor odeven u najstrožoj, realnoj formi. S druge strane, predugovor je konsenzualni ugovor koji zaobilazi, odnosno izigrava takvu formu.

U svim do sada analiziranim pravnim tradicijama propisan je princip paralelizma formi između predugovora i glavnog ugovora, upravo sa ciljem da se jedan takav zaobilazak forme spreči. Takav je slučaj i sa rešenjem iz § 936 ABGB-a.

U rimskom pravu realna forma je bila uslov za pružanje pravne zaštite. Predugovori su bili *nuda pacta* i zavisili su isključivo od dobre volje dužnika. Međutim, nepružanje pravne zaštite je zapravo, uz dužni obzir u odnosu na ideju i odredbe o naturalnim obligacijama, termin koji se graniči sa samom nepunovažnošću pravnog posla. Stranke se okreću pravu kada njihovi dužnici povređuju njihova potraživanja. Ako dužnik uredno ispunjava svoja potraživanja, značaj pravnih posledica jednog ugovora, odnosno samo pravo kao instrument društvene prinude u realnom životu običnih građana ima zanemarljivu ulogu.

Otuda, ideja realnih ugovora je da se ispoštuje realna forma, kako bi se stiglo do pravnim poslom željenih pravnih posledica. Takva forma ima svoju zaštitnu funkciju u pogledu saugovornika ili štiti javni poredak. Ako je dozvoljeno da se realna forma zaobiđe, onda je njeno nametanje kroz druge odredbe zakona (u ABGB-u se čak sve događa u jednom istom članu) bespredmetno.

Pa tako, naš je stav da, ako zakonodavac insistira na realnoj formi ugovora, onda ona isključuje konsenzualne predugovore koji bi prethodili realnim, kao glavnim. U suprotnom,

---

<sup>381</sup> I. Harrer-Hörzinger, 615.

<sup>382</sup> *Ibid.*, 616

<sup>383</sup> O problemima ukoliko se izvršenje u ovom slučaju sprovodi isključivo po § 357 EO vid. *ibid.*, 620 f.

realni ugovori bili bi suvisli. Upotrebu predugovora kao sporazuma u pravcu zaključenja ugovora o zajmu kao realnog ugovora, I. Harret-Hörzinger vidi kao jednu zloupotrebu ovog pravnog instituta<sup>384</sup>.

U modernom pravu treba odstupiti od realne forme iz nekoliko razloga. Najpre, forma negira kreacionu moć autonomije volja, negacija koju je u doba dominacije konsenzualizma teško prihvatiti. Formalni ugovori su izuzetak, i po pitanju njih se ciljevi zaštite mogu sa istom uspešnošću ostvariti i preko pismene forme. Takođe, pismena forma se pokazala kao praktičnija od realne i kao takva više pogoduje modernom pravnom prometu nego sama realna forma.

Najzad, smatramo da postojanje realnih ugovora u ABGB-u predstavlja jedno loše raskršćavanje austrijskog zakonodavca sa prošlošću, odnosno sa rimskom pravnom tradicijom, koja se iz današnje perspektive po ovom pitanju da oceniti kao rudimentalna. Modernizacija u pravcu izbacivanja realnih ugovora iz zakonskog teksta, odnosno njihovo preobražavanje u konsenzualne ugovore je zahtev koji će se austrijskom zakonodavcu nametnuti u bliskoj budućnosti. Put kojim se 2010. godine krenulo preobražavanjem realnog ugovora o zajmu u konsenzualni, smatramo ispravnim<sup>385</sup>.

Za našu tezu relevantnije je istaći da izumiranjem realnih ugovora otpada i jedini čvrsti u austrijskim naučnim krugovima isticani argument za postojanje predugovora kao samostalnog pravnog instituta, kako u pravnom prometu, tako i u samom zakonskom tekstu. Pritom se nameće pitanje da li, ukoliko u daljem tekstu ne pronađemo neki dovoljno postojan argument u prilog pravnoj autonomiji predugovora, on treba da podeli sudbinu prolaznosti i dalje nepotrebnosti koja je karakteristična za realne ugovore. Nakaradna konstrukcija predugovora realnih ugovora u ABGB-u daje nezanemarljivu sugestiju u tom pravcu.

#### 5.4. Predugovor u nemačkom pravu

Nemački BGB ne poznaje predugovor kao zakonski uređeni pravni institut. Prilikom savetovanja oko izrade BGB-a, vođena je diskusija da li predugovor treba zakonski urediti, pri čemu je komisija zauzela stav da jedno takvo zakonsko rešenje ne predstavlja preku potrebu<sup>386</sup>.

Kako K. Adler za svoje vreme iznosi, ćutanje Nacrta BGB-a pripada onom najboljem što je sam Nacrt isporučio. Mi ipak, nastavlja autor, znamo šta je predugovor zapravo, jer to proizilazi iz samih pravnih principa, a to mogu samo naše vlastite misli, a ne nekakav zakon da nam razjasni<sup>387</sup>. Takav jedan stav nije nepoznat ni široj nemačkoj građanskopravnoj

---

<sup>384</sup> I. Harret-Hörzinger, 623

<sup>385</sup> Isto je čak pola veka ranije predlagao Binder, sa obrazloženjem da su realni ugovori prevaziđeni, odnosno da su izgubili na značaju. Vid. Binder, „Art. 983“, *Kommentar zum ABGB Bnd. IV, Halbband I* (hrsg. H. Klang, F. Gschnitzer), Wien 1968, 883. O suvislosti realnog ugovora o zajmu govori i činjenica da je u austrijskom pravu njegov konsenzualni pandan takođe dozvoljen. Naime, reč je o ugovoru o kreditu (*Kreditsvertrag*) ili, kako se još naziva, ugovor o otvaranju kredita (*Kreditseröffnungsvertrag*). Ugovor se zaista odnosi samo na zajam u novcu, ali uređuje da su kreditodavac i kreditoprimac dogovorili da kreditodavac na poziv kreditoprimca ovom potonjem stavi na raspolaganje određenu sumu novca, a da se kreditoprimac obavezuje da pored primljenog novca kreditodavcu duguje i određeni iznos na ime kamate. Ugovor je konsenzualan. Razlika između zajma i ugovora o otvaranju kredita (pored toga što je zakonodavac jedan uređio kao realni, a drugi kao konsenzualni) leži isključivo u načinu izvršenja, odnosno u tome da li će novac biti isplaćen odjednom ili u delovima. Otuda je propisati ugovor o zajmu kao realni ugovor, a pritom priznati konsenzualni ugovor o kreditu, nedosledno i dogmatski neodrživo. I. Harret-Hörzinger, 623

<sup>386</sup> D. Henrich, Vorwort, 1

<sup>387</sup> K. Adler, „Realkontrakt und Vorvertrag“, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts R. von Jhering* 31, 1892 Jena, 277

tradicipiji. Nije prvi put da teorija i pravna praksa veruju u to da društvena realnost može više da pruži u odnosu na to što nam zakonodavac, kroz na raspolaganje stavljenih metoda, može da ponudi<sup>388</sup>.

Starija pravna teorija je u nemačkom pravu ograničavala predugovore na one koji se odnose na realne ugovore, naročito u vezi sa zajmom, dok je, s druge strane, u osnovi negirala postojanje predugovornog obavezivanja na polju konsenzualnih ugovora<sup>389</sup>.

Staro rešenje BGB-a je jedino po pitanju zajma (do 31.12.2001) poznavalo predugovor o zajmu, definišući ga kao obećanje davanja zajma, koje može biti opozvano u slučaju da je kod primaoca zajma nastupilo takvo pogoršanje imovinskih okolnosti da je takvo pogoršanje u stanju da ugrozi zahtev za vraćanje zajma (§ 610 a. F. BGB)<sup>390</sup>.

I saksonski BGB iz 1863. godine je uređivao da je predugovor o zajmu, kao prethodnik jednog realnog ugovora o zajmu, pri kome su ugovorne strane obećale jedna drugoj davanje, odnosno primanje zajma ubuduće, zaključen, ukoliko je postignuta saglasnost po pitanju sume, odnosno količine predmeta zajma (§ 1068 Sächsisches BGB iz 1863. god.)<sup>391</sup>.

U tom pravcu i B. Wabnitz ukazuje, pored ostalog, i na činjenicu da generalno zakonsko uređenje ovog pravnog instituta, uslove njegove punovažnosti i pravne posledice, pored BGB-a nisu poznavale ni starije nemačke partikularne kodifikacije<sup>392</sup>.

Međutim, istini za volju, suprotno od Wabnitzove teze o postojanju neke generalne tendencije neuređivanja instituta predugovora na opštem nivou, treba ukazati i na suprotnu činjenicu. Naime, već je bavarski BGB iz 1861. godine poznavao institut predugovora u svojoj modernoj i opštoj formi. Vidimo ga kao znak prelaza na novo učenje u smislu da se predugovor ne posmatra samo u kontekstu realnih ugovora, nego da je on moguć i u kontekstu konsenzualnih ugovora.

Bavarski BGB iz 1861. godine uređivao je da saglasnost oko budućeg zaključenja ugovora ima obavezujuće dejstvo i da kreira zahtev za zaključenje ili obeštećenje, ukoliko budu utvrđeni bitni sastojci i vreme zaključenja, a da pritom ne bude potrebna naknadna saglasnost oko nebitnih sastojaka (§ 18 BGB für Königreich Bayern iz 1861. godine)<sup>393</sup>.

U okviru diskusije o modernom pojmu predugovora, kakav je danas poznat u komparativnom pravu, treba istaći da i za nemačko pravo važi da definisanje pojma i pojavnog oblika predugovora uvek sadrži u sebi opasnost od stvaranja određenih nejasnoća<sup>394</sup>. Ipak, treba priznati da su u modernoj praksi mišljenja po pitanju definisanja instituta predugovora u najvećem delu unificirana. Ona su stvorena na osnovu analize onih pravnih poslova koji su se u pravnom prometu pojavljivali pod nazivom predugovor.

Činjenica je da BGB učesnicima u pravnom prometu nije stavio na raspolaganje posebne pravne institute u stadijumu koji prethodi zaključenju ugovora. Međutim, imajući u vidu da zakon poznaje osnovne principe kao što su privatna autonomija i sloboda ugovaranja, na osnovu njih je u pravnom prometu stvoren prostor za formiranje autonomnih pravnih

---

<sup>388</sup> K. von Hase, 19

<sup>389</sup> *Ibid.*, autor upućuje na dalje dokaze u prilog potkrepljivanju ove teze kod D.Brüggemann-a, „Causa und Synallagma im Recht des Vorvertrages“, *Juristische Rundschau*, 1968, 201

<sup>390</sup> <https://dejure.org/gesetze/0BGB010102/610.html>, [pristupljeno 28.08.2019]

<sup>391</sup> Vid. B. Wabnitz, 77-81

<sup>392</sup> B. Wabnitz, 2

<sup>393</sup> Vid. *ibid.*, 77-81

<sup>394</sup> D.Brüggemann, 201

poslova<sup>395</sup>. Na jednom takvom prostoru, pravni promet je kroz svoju praksu oblikovao predugovor kao poseban pravni posao.

Pa tako, korelativno sa gore navedenim je i Wabnitz-ovo zapažanje da ukupna problematika predugovora počiva na samoj specifičnoj prirodi njegovog predmeta i njegovog postavljanja kao središnje figure između pregovora o ugovoru s jedne i konačnog ugovora s druge strane<sup>396</sup>. Nema predugovora ukoliko ugovorne strane nisu htele da se obavežu. Takođe, on ne postoji ni u slučaju kada saugovornici hoće da se konačno, odnosno definitivno obavežu, sa ciljem da kroz svoje obavezivanje odmah realizuju ekonomske koristi koje proizilaze iz takvog ugovora<sup>397</sup>.

I H. Ritzinger se prilikom definisanja pojma predugovora služi dogmatskim pristupom i svrstava predugovor u nemačkom pravu između suprotnih polova neobavezujućih pregovora s jedne i glavnog ugovora s druge strane. Samo biće predugovora, kako navodi autor, može se pretežno opisati kroz to šta predugovor ima zajedničko sa ovim suprotnim polovima, a šta ga od njih razlikuje<sup>398</sup>.

Ovakvu liniju razmišljanja zastupa i R. Freitag. Kako autor ističe, predugovor zaista nije uređen zakonom, ali je na osnovu § 311, st. 1 BGB-a utemeljenog principa privatne autonomije dozvoljeni obligacioni ugovor koji kreira zahtev za zaključenje jednog potonjeg, glavnog ugovora<sup>399</sup>.

Identično i K. Larenz *et al.* govore o predugovoru kao o produktu pravnog prometa, a ne zakonskog teksta<sup>400</sup>. Kako oni definišu predmetni institut, predugovor je obligacioni ugovor koji mora biti usmeren ka zaključenju jednog potonjeg obligacionog ugovora<sup>401</sup>. I za W. Flume-a predugovor je obligacioni ugovor kroz koji se ugovara zaključenje jednog novog obligacionog ugovora<sup>402</sup>.

I nemačka sudska praksa definiše predugovore kao obligaciono-pravne sporazume putem kojih se za obe strane ili za samo jednu od njih zasniva obaveza kasnijeg zaključivanja jednog drugog obligacionog ugovora, odnosno glavnog ugovora<sup>403</sup>.

Imajući to u vidu, treba podvući da, za razliku od starijeg učenja, moderna nemačka naučna misao je pri stavu da su predugovori mogući svuda gde se obligacioni ugovori mogu zamisliti. Otuda je njihovo polje primene veoma široko<sup>404</sup>.

Ovakva unificirana linija razmišljanja, ipak treba priznati, ne daje odgovore na ključna pitanja o pravnoj prirodi ugovora. Oprečni stavovi doktrine, koji se kreću od Degenkolb-ove pozicije da je samo postojanje predugovora dovoljna svrha, samo po sebi, i da ispitivanje svrsishodnosti i samostalnosti zapravo vodi ka negaciji slobode autonomije volje<sup>405</sup>, do

---

<sup>395</sup> H. Köhler (1979), 465

<sup>396</sup> B. Wabnitz, 3

<sup>397</sup> D. Henrich, 118

<sup>398</sup> H. Ritzinger, *NJW 1990*, 1201

<sup>399</sup> R. Freitag, 288. Slično vid. K. Schellhammer, 778, koji navodi da BGB ne poznaje predugovor, ali sloboda ugovaranja čini ga mogućim.

<sup>400</sup> K. Larenz *et al.* (2012), 409

<sup>401</sup> *Ibid.*

<sup>402</sup> W. Flume, 613

<sup>403</sup> BGHZ 102, 388, *NJW 1988*, 1261, *NJW RR 1992* 977

<sup>404</sup> K. von Hase, 23

<sup>405</sup> Vid. Degenkolb (1887), 38-9. U tom smislu i B. Wabnitz navodi da treba uvažiti stav pobornika instituta predugovora, da zadatak pravnog poretka nije da sankcioniše neracionalne, odnosno nesvrshodne pravne poslove. B. Wabnitz, 10

Stroßmann-ovog viđenja o izlišnosti predugovora i o tome da ono što se u naučnim krugovima shvata kao predugovor postoji samo u knjigama i nigde drugde<sup>406</sup>, nisu rezultat sporenja oko dozvoljenosti nego oko autohtonosti, odnosno svrsishodnosti predugovora za nemačko pravo.

Otuda, da bi se stiglo do odgovora na ova malo dublja pitanja, i u nemačkom pravu, kako što je bio slučaj u ranijoj analizi, treba otvoriti pitanje sadržine predugovora i njegovog odnosa sa glavnim ugovorom, upravo u navedenom kontekstu.

#### 5.4.1. Sadržina predugovora u nemačkom pravu, u odnosu na sadržinu glavnog ugovora

Predugovor u nemačkom pravu stvara jednu ugovornu obavezu koja se može prisilno izvršiti<sup>407</sup>. Otuda, on nesporno predstavlja jedan samostalni ugovor. Zbog toga, u nemačkom pravu se postavlja, kao što je to slučaj i u ostalim pravnim tradicijama, legitimno pitanje, zašto zaključiti predugovor o glavnom ugovoru, a ne pristupiti neposrednom zaključenju samog glavnog ugovora.

Jedan deo nemačke pravne teorije i sudske prakse razlog opravdanosti zaključenja predugovora nalazi u manje potrebnom obimu saglasnosti volja u odnosu na glavni ugovor, dok je adekvatnost zaključenja predugovora branjena ukazivanjem na posebne okolnosti.

Pa tako, nemački sudovi iznose da se do zaključenja jednog konačnog ugovora dolazi u okviru pregovora, ukoliko je nameravani ugovor zreo za zaključenje, što zavisi od toga da li se može postići saglasnost o svim njegovim pojedinostima<sup>408</sup>. Zastupa se i stav da je posredno zaključenje jednog punovažnog glavnog ugovora u pravnom prometu redovno stanje, dok je zaključenje predugovora, s druge strane, izuzetak, pa je otuda uvek potrebno brižno utvrditi da li su ugovorne strane zaista htele da zaključe glavni ugovor ili su htele samo da zasnuju prava i obaveze koje imaju šire značenje od neposrednog obavezivanja<sup>409</sup>. Dok je prihvatanje jednog predugovora opravdano samo u slučaju kada posebne okolnosti to dopuštaju, jer ugovorne strane, samo izuzetno, hoće da se obavežu, pre nego što konačno urede sve tačke ugovora<sup>410</sup>.

Pod posebnim okolnostima najčešće se podrazumevaju određene prepreke koje stoje na putu ka neposrednom zaključenju glavnog ugovora. Kako nemački Savezni vrhovni sud (Bundesgerichtshof -BGH) ističe, predugovor se razmatra onda kada za zaključenje pravog, odnosno glavnog ugovora, kao cilja kome se zapravo teži, postoje određene pravne ili faktičke prepreke, pa ugovorne strane hoće da zasnuju određenu obavezu kako bi zapravo osigurale kasnije postizanje glavnog cilja iz glavnog ugovora<sup>411</sup>.

Kao glavna prepreka za zaključenje glavnog ugovora navodi se to da u određenim situacijama njegova sadržina još uvek ne može biti dovoljno određiva. Jedan predugovor treba upravo zbog toga, prema stavu BGH-a, da bude manje odrediv u odnosu na glavni ugovor<sup>412</sup>.

Iz istog razloga je i u određenim naučnim krugovima zastupana teza da za odredivost sadržine predugovora treba da važe niži kriterijumi po pitanju punovažnosti nego po pitanju

---

<sup>406</sup> Schloßmann, 91

<sup>407</sup> R. Bork, „Vorbem zu parag 145-156“, *J. von Staudingen Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 1 AT §§ 134-163 (AT 4)*, Sellier- de Gruyter, Berlin 2003, 567

<sup>408</sup> NJW RR 1992, 977

<sup>409</sup> RGZ 86, 32

<sup>410</sup> NJW 1980, 1578

<sup>411</sup> NJW 1962, 1813

<sup>412</sup> BGHZ 97, 147

glavnog ugovora. Zastupajući pomenutu liniju razmišljanja, F. Maurer pledira u korist teze da na sadržinu neophodnu za punovažnost jednog predugovora ne mogu biti nametnuti zahtevi identični onima koji važe za glavni ugovor<sup>413</sup>. Na istom stanovištu je i H. Köhler koji objašnjava da jednostavno nije u prirodi stvari da isti zahtevi po pitanju neophodnog minimuma sadržine važe i za predugovor i kada je reč o konačnoj saglasnosti<sup>414</sup>.

U tom pravcu i W. Flume ističe da bi posebnost jednog predugovora u odnosu na glavni ugovor mogla imati smisla samo ukoliko uslovi za zaključenje ili pravila u odnosu na sadržinu predugovora i glavnog ugovora ispoljavaju razliku<sup>415</sup>. Takođe i za B. Wabnitz-a je moguće razgraničenje predugovora u odnosu na glavni ugovor na osnovu objektivnih karakteristika samo ukoliko predugovor, posebno u pogledu odredivosti njegove sadržine, ne podleže istim pravilima kao i glavni ugovor<sup>416</sup>. Kramer funkciju predugovora prepoznaje u tome da se postigne obavezivanje ako zaključenju glavnog ugovora još stoje prepreke na putu<sup>417</sup>.

Otuda je cilj ovakvog razmišljanja da se pomenute prepreke, koje sprečavaju neposredno zaključenje glavnog ugovora, putem manje odredivog predugovora mimođu, a da se pritom istim tim predugovorom unapred pravno osigura cilj kojim će se težiti kroz zaključenje potonjeg glavnog ugovora.

Suprotna linija razmišljanja odbacuje navedenu argumentaciju. Kako npr. R. Freitag ističe, „formula o preprekama” ne potiče slučajno iz vremena realnih ugovora, kod kojih pravni poredak nije poznavao obavezivanje ugovornih strana pre izvršenja samog pravnog posla (jer se zaključenje i izvršenje događaju u istom trenutku), dok je, s druge strane, u vreme konsenzualnih ugovora, ovakva formula izgubila na značaju<sup>418</sup>. Nadalje, autor navodi da ovakva često ponavljana i konfuzna formula, prema kojoj ugovorne strane pristupaju predugovoru kao instrumentu regulacije svojih međusobnih odnosa, za slučaj kada neposrednom zaključenju glavnog ugovora još stoje na putu pravne prepreke kao što je odobrenje organa javne vlasti ili nekog privatnog lica, nije ubedljiva, imajući u vidu da ugovorne strane mogu, na osnovu svoje volje, da se što pre privatno-pravno obavežu i dostignu željenu pravnu sigurnost tako što će pristupiti prihvatanju jedne konačne, ali uslovljene saglasnosti, koja daje pravo na jednostrano dodatno utvrđivanje sadržine u smislu § 315 BGB-a, ili predvideti odredbe o vođenju dodatnih pregovora, ili dodeliti jednostavno opciono pravo jednoj strani<sup>419</sup>.

Za slučaj vođenja dodatnih pregovora, autor ima u vidu da će sud, ukoliko o tačkama o kojima se pregovara ne bude postignuta saglasnost, dopuniti sadržinu ugovora na osnovu pretpostavljene volje stranaka, dispozitivnih odredaba, načela savesnosti i poštenja i običaja u pravnom prometu.

U istom kontekstu i W. Flume uočljivo iznosi svoj stav da ne treba slediti tvrdnju da jednom predugovoru, u odnosu na potpunost njegove ugovorne regulacije, treba postaviti manje zahteve u odnosu na one koje se odnose na glavni ugovor. Posmatrajući princip

---

<sup>413</sup> F. Maurer, BWNZ 03/2004, 61

<sup>414</sup> H. Köhler, 466

<sup>415</sup> W. Flume, 614, pritom treba istaći da autor ne zastupa stav o različitim kriterijumima za punovažnost predugovora i glavnog ugovora kao uslov punovažnosti u odnosu na sadržinu pravnog posla, nego navodi da bi jedino u jednoj takvoj razlici mogao prepoznati smisao postojanja predugovora i njegovog razlikovanja od samog glavnog ugovora.

<sup>416</sup> B. Wabnitz, 6

<sup>417</sup> Kramer (2006), 1813

<sup>418</sup> R. Freitag, 304

<sup>419</sup> *Ibid.*, 303



privatne autonomije, prosto se ne može utvrditi zašto treba da se predugovor i glavni ugovor razlikuju. Stav koji autor zastupa jeste da je nepotpuni predugovor podjednako nepunovažan kao i jedan nepotpuni glavni ugovor<sup>420</sup>.

U kontekstu navedene polemike, vidimo potonju liniju razmišljanja kao ispravnu. Naime, predugovor je ugovor koji u nemačkom pravu nastaje na terenu slobode ugovaranja, odnosno počiva na odredbi iz § 145 u vezi sa § 311, st. 1 BGB-a<sup>421</sup>. Otuda on treba po pitanju punovažnosti da ispuni zakonske uslove koji važe i za sve ostale ugovore. Jer predugovor predstavlja jedan neimenovani ugovor. Predugovor i glavni ugovor samo polaze od različitih objekata, prvi od onog da se nešto dogovori, a drugi iz obaveze realnog izvršenja<sup>422</sup>.

Kako Degenkolb precizno i u potpunosti tačno ističe, ugovor ne može biti nepotpun. On zaista ne zahteva neposredno uređenje svih pravnih posledica, nego je dovoljna posredna odredivost. Međutim, ukoliko je jedan ugovor nepotpun, to znači da on zapravo uopšte nije dovršen, odnosno da kao ugovor ne postoji<sup>423</sup>.

Imajući u vidu da je i predugovor jedan ugovor, ovakav stav o nepotpunosti važi i za njega, jer predugovor u pravnom smislu nije međufigura između traktata i zaključivanja glavnog ugovora, odnosno jedan poluzavršeni ugovor, nego ugovor koji je nezavisan i potpun kao svaki drugi<sup>424</sup>.

Održiva je i teza da, ukoliko se traže dodirne tačke između predugovora i glavnog ugovora, onda se one ne nalaze u zavisnosti jednog od drugog u kontekstu navedenih pravnih poslova, nego u primeni opštih pravnih pravila, koja važe za sve ugovore, pa shodno tome i za sam *pactum in contrahendo*<sup>425</sup>. Dagenkolb ukazuje i na to da zapravo postoji samo jedna suprotnost, odnosno ugovor i pregovori. Svi pravni poslovi između ne izražavaju realnost nego su samo nepotrebni pojmovi<sup>426</sup>.

Nadalje, takođe treba istaći i to da je nemačka pravna praksa pri stavu da od jednog predugovora ne treba zahtevati identičnu potpunost sadržine u odnosu na glavni ugovor koji se njim predviđa. Time se teži ka tome da bude omogućeno ugovorno obavezivanje i tamo gde sadržina glavnog ugovora još nije u svim pojedinostima utvrđena<sup>427</sup>. Ipak treba reći i to da tako postignuta saglasnost ima smisla samo u slučaju ako se putem nje stvoreno obavezivanje kasnije može izvršiti. Otuda predugovor mora biti u tom stepenu konkretizovan da bi bilo moguće podići tužbeni zahtev za njegovo ispunjenje, tj. zaključenje glavnog ugovora, i u krajnjem slučaju izvršenje takvog zahteva prema § 893 ZPO-a<sup>428</sup>.

Međutim, imajući u vidu navedeno, čini se opravdanim tvrditi da je teza o blažem uslovu za punovažnost predugovora u odnosu na onaj koji važi za glavni ugovor, a po pitanju odredivosti sadržine, neodrživa. Predugovor je u nemačkom pravu jedan neimenovani ugovor koji treba biti podvrgnut identičnim zahtevima po pitanju punovažnosti kao i svi ostali ugovori.

---

<sup>420</sup> W. Flume, 615, pritom takav stav nije suprotan prethodno navedenom, jer je kod prethodnog reč o hipotetičkom vrednosnom sudu autora.

<sup>421</sup> § 145 BGB – Onaj ko drugom predlaže zaključenje jednog ugovora, obavezan je ponudom, osim u slučaju ukoliko je takvu obaveznost isključio; § 311 Ab. 1 BGB – Za osnivanje ili promenu jednog obligacionog odnosa neophodan je ugovor između involviranih strana, ukoliko zakon ne propisuje drugačije.

<sup>422</sup> H. Degenkolb (1871), 20

<sup>423</sup> *Ibid.*, 26-7

<sup>424</sup> *Ibid.*, 51

<sup>425</sup> *Ibid.*, 33

<sup>426</sup> *Ibid.*, 52

<sup>427</sup> BGHZ 97, 154

<sup>428</sup> R. Bork (2003), 568

#### 5.4.2. Minimum sadržine predugovora i ideja o njegovoj sudskoj dopuni

U kontekstu dosadašnje analize nemačka naučna teorija i sudska praksa su formulisale još jednu sličnu, ali ipak različitu tezu od gore pomenute. Treba je razmotriti kako bi se zaokružilo pitanje sadržine predugovora u nemačkom pravu. Naime, reč je o tvrdnji da je priroda predugovora takva da se predugovor može svojom minimalnom sadržinom i stepenom odredivosti spustiti toliko nisko da pritom zadovolji redovne uslove punovažnosti i da postoji u pravnom prometu kao takav, a što ne bi moglo biti slučaj kod drugih ugovora. Njima bi nedostajala odredivost, kako bi pod istim tim pravilima bili punovažni.

Tezu treba razmatrati u svetlu minimalnog obima sadržine predugovora i mogućnosti sudske dopune te sadržine. Tvrdnja je vredna razrade jer postojanje eventualne pomenute karakteristike kod instituta predugovora može dovesti do neoborive argumentacije po pitanju njegove autohtonosti i svrsishodnosti kao pravnog posla.

U nemačkim naučnim krugovima i u sudskoj praksi postoje dva objašnjenja po pitanju minimalne sadržine predugovora koja je neophodna za punovažnost ovog pravnog posla<sup>429</sup>, a koja se međusobno dopunjuju. Naime, prvo objašnjenje je sadržano još u Motivima o nacrtu BGB-a koji su govorili o tome da je za predugovor potrebno, da bi bio punovažan, da „dovoljno” određuje sadržinu budućeg ugovora, koji treba da na osnovu tog predugovora bude zaključen<sup>430</sup>. Pritom zapravo i nije postojala razlika između toga da li će sadržina glavnog ugovora biti utvrđena kao „dovoljna” u okviru predugovora ili će se taj standard odnositi direktno na zahtev za odredivost sadržine samog predugovora<sup>431</sup>.

I K. von Hase u svojoj monografiji o predugovoru ponavlja isti stav, odnosno da sadržina jednog predugovora mora biti do tog stepena određiva da u okviru iste sadržine mogu biti određivi bitni sastojci glavnog ugovora. Takav standard, prema ovom autoru, poklapa se sa minimalnim zahtevom za odredivost samog glavnog ugovora<sup>432</sup>. I K. Larenz u tom pravcu ističe da je sadržinski neophodno da putem sadržine predugovora budu određivi svi bitni sastojci glavnog ugovora, kao i oni ostali koje ugovorne strane smatraju bitnim<sup>433</sup>.

Neophodnost za odredivost bitnih sastojaka glavnog ugovora već u samom predugovoru K. Schellhamer objašnjava time da predugovor obavezuje na zaključenje glavnog ugovora. Zbog toga nameravani glavni ugovor treba već u samom predugovoru da bude odrediv. Bez toga ne bi bio punovažan već sam predugovor<sup>434</sup>. Identično i Degenkolb odredivost glavnog ugovora vidi kao uslov za punovažnost već samog predugovora<sup>435</sup>. I K. Adler u istom kontekstu navodi da obaveza koja proizilazi iz jednog predugovora mora da bude dovoljno determinisana kao i jedna ponuda, kako bi proizvela ista dejstva obavezivanje<sup>436</sup>.

Na istorijsku dimenziju ovako postavljenog stava ukazuje B. Wabnitz. Autor za doba rimskog prava ističe da ukoliko bi se *pactum de contrahendo* priznao kao samostalni pravni institut u vremenu postojanja *usus modernus*-a, onda bi se on od glavnog ugovora, odnosno od

---

<sup>429</sup> Neophodnost od minimuma odredivosti bar jedne obaveze odnosi se na sve ugovore, jer proizilazi iz samog pojma ugovora koji zahteva postojanje minimum jedne obaveze. U. Jung, „Die Einigung über die „essentialia negotii” als Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages“, *Juristische Schulung* 1999, 30

<sup>430</sup> Motive I, 178, prema K. von Hase, 110

<sup>431</sup> K. von Hase, 110

<sup>432</sup> *Ibid.*, 182

<sup>433</sup> K. Larenz (2012), 409

<sup>434</sup> K. Schellhammer, *Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen*, C. F. Müller, Konstanz 2014, 779

<sup>435</sup> Degenkolb (1887), 21

<sup>436</sup> K. Adler, 263

*contract*-a razlikovao jedino po tome što bi mu nedostajala predaja stvari i što isti ne bi bio samo jednostrano obavezujući. S druge strane, nikakve razlike između *pactum*-a *de contrahendo* i *contract*-a po pitanju odredivosti sadržine ne bi postojale, bez obzira na to da li bi pravni poslovi bili shvaćeni kao identični ili kao različiti pravni instrumenti<sup>437</sup>.

Otuda se vidi da je istorijski stav po pitanju saodnosa između sadržine predugovora i glavnog ugovora u odnosu na odredivost sadržine oba pravna posla i za današnje naučne krugove prihvatljiv i da reflektuje i moderne stavove po iznesenom pitanju.

I moderna sudska praksa uslovljava obaveznost i punovažnost predugovora s tim da predugovor treba, zapažajući opšta pravila o tumačenju kao i dispozitivne odredbe, u jednom značajnom delu svoje sadržine da obuhvata glavni ugovor koji bi pritom bio minimum odrediv<sup>438</sup>. Naravno, pritom sudska praksa podrazumeva da nije neophodno da već sam predugovor bude po tom pitanju jednako upotpunjen kao sam glavni ugovor, nego da je dovoljno da se neophodna dopuna može izvršiti na osnovu pretpostavljene volje ugovornih strana<sup>439</sup>.

U tom kontekstu u jednom konkretnom slučaju BGH izražava svoj stav da jedan predugovor o ugovoru o delu treba da bude dovoljno odrediv da može da se kasnije odredi stvar koja treba biti proizvedena, naknada koja se za nju treba platiti i da se pritom mogu urediti i one sporedne tačke koje za ugovorne strane predstavljaju bitne tačke<sup>440</sup>.

U jednom drugom slučaju, razmatrajući pitanje minimalne sadržine predugovora o zakupu BGH ističe da je za punovažnost neophodno, pored ostalih bitnih tačaka, da predugovorom vreme trajanja zakupa bude tako definisano da ono bude odredivo. Ne zahteva se isti nivo potpunosti kao kada je reč o predviđenom glavnom ugovoru, nego je dovoljno da se ova tačka može dopuniti na osnovu pretpostavljene volje ugovornih strana<sup>441</sup>.

U trećem slučaju, BGH je po pitanju zakupa između privrednih subjekata zaokružio niz bitnih sastojaka ugovora. Kako se u odluci navodi, bitnim tačkama ugovora o zakupu u privredi pripadaju predmet zakupa, zakupnina i trajanje zakupa. Za sadržinu predugovora je dovoljno ukoliko njegova sadržina obuhvata saglasnost po ovim tačkama. Dodatno oblikovanje, odnosno preciziranje odredaba glavnog ugovora, čije je određivanje bilo ostavljeno za kasnije, može biti ostavljeno naknadnim pregovorima<sup>442</sup>.

I u nizu drugih sudskih odluka gore pomenuti stav je uobičajen. Kako se kroz sudsku praksu nadalje navodi, prema praksi BGH-a jedan predugovor treba da bude u tom obimu određen ili odrediv da bi se u slučaju sudskog spora njegova sadržina mogla sudskim putem utvrditi<sup>443</sup>. Tako su i sudska praksa i teorija na istom stanovištu da je za punovažnost jednog predugovora potrebno da on ispunjava sve uslove koji važe za jedan redovan ugovor i da pritom bude dovoljno odrediva sadržina glavnog ugovora, čijem se zaključenju teži<sup>444</sup>.

---

<sup>437</sup> B. Wabnitz, 39

<sup>438</sup> NJW RR 1994, 318

<sup>439</sup> WM 1961, 1054

<sup>440</sup> NJW RR 1992, 977

<sup>441</sup> BB 1961, 1027-8

<sup>442</sup> NJW RR 1993, 140

<sup>443</sup> NJW 1990, 1235

<sup>444</sup> Stav Ennecceru-Nipperdey, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. I*, 15 Auflage, § 168, 998, prihvaćen sudskom odlukom NJW 1962, 1813

Odredivost se može definisati, možda i jasnije i uspešnije, iz procesnog ugla. Naime, kako ponovo BGH ističe, jedan zahtev za davanje izjave volje je u smislu § 253, Ab. 2 ZPO-a<sup>445</sup> odrediv samo tada kada je tako formulisan da može biti prisilno izvršen na osnovu § 894 ZPO-a<sup>446</sup>. Jedna tužba izvršenja je dovoljno određena samo ukoliko se zahtevani dispozitiv presude može prisilno izvršiti. U slučaju tužbe za davanje izjave volje to znači da tužbeni zahtev treba da sadrži onu volju koju je potrebno fingirati kroz § 894 ZPO-a<sup>447</sup>.

Ovakvo objašnjenje o odredivosti sadržine glavnog ugovora već samim predugovorom, produbljuje se putem dalje razrade pojma sadržine glavnog ugovora u pravcu bitnih sastojaka, odnosno *essentialia negotii* glavnog ugovora. Objašnjenja nisu suprotstavljena, štaviše ona se dopunjavaju. Prvo razmatra u kom stepenu glavni ugovor treba da bude sadržan u predugovoru, a drugo se bavi time šta je sadržina, tj. sastav toga što treba da bude sadržano u predugovoru. Prvo objašnjenje dotiče količinu, rekli bismo i formu, a drugo suštinu. Otuda ovo drugo predstavlja produžetak, odnosno produbljenje prvog objašnjenja.

Dosad smo utvrdili da je dovoljno da glavni ugovor bude kroz predugovor minimum odrediv. Dalja je teza da je glavni ugovor odrediv kroz predugovor samo onda kada su predugovorom obuhvaćeni bitni sastojci glavnog ugovora. Otuda i za nemačko pravo postavljamo pitanje šta su bitni sastojci ugovora, a da pritom ne pretendujemo na određenu teoretsku definiciju ili šire objašnjenje, nego tragamo po konkretnim normativnim rešenjima. Još preciznije pitanje bilo bi kako razlikovati bitnu od nebitne tačke i kako sa sigurnošću odrediti koje su tačke bitne za konkretan ugovor.

Stav o neophodnosti da u predugovoru budu zastupljeni svi bitni elementi glavnog ugovora prisutan je i u nemačkoj sudskoj praksi. Naime, sudska praksa i pravna teorija slažu se da u jednom predugovoru moraju biti sadržane, odnosno određene ili bar odredive, sve preuzete obaveze u svim njihovim bitnim tačkama, tako što će kasnije biti moguće da sud utvrdi u čemu se sastoji obećani (glavni) ugovor<sup>448</sup>.

Za najiscrpniju definiciju, ili bar pokušaj definisanja *essentialia negotii* u nemačkom pravu smatramo reči U. Jung-a. Prema ovom autoru, u bitne tačke (*essentialia negotii*) treba svrstati individualizaciju ugovornih strana i njihovo definisanje kao poverioca i dužnika obaveze. Nadalje, potrebno je utvrditi, u pogledu dugovanog, da li je reč o jednoj teretnoj obligaciji. Kod onih ugovora u kojima ne postoji protivčinidba, neophodno je, prema ovom autoru, da ugovorne strane utvrde sadržinu obaveze, odnosno njenu vrstu. Kod dvostranog teretnog ugovora ovo je neophodno samo po pitanju jedne obaveze. Što se tiče protivčinidbe, definisanje njenog obima može izostati. Ugovorne strane moraju postići saglasnost samo po pitanju predmetne obaveze i po pitanju njene vrste<sup>449</sup>. Ostatak se prema ovom autoru može dopuniti na osnovu dispozitivnih odredaba i isti ne ulazi u minimalan obim saglasnosti potrebnih za punovažnost predugovora.

Slično i R. Bork navodi da, ukoliko ugovorne strane nisu postigle saglasnost po pitanju svih bitnih sastojaka, ugovorno obavezivanje ne dolazi u obzir, osim ukoliko bi stranke htele

---

<sup>445</sup> Čl. 253, st. 2 ZPO – Sadržina tužbe treba obuhvatati označenje stranaka i suda kao i precizirane podatke o predmetu i osnova za podizanje tužbenog zahteva, kako bi se radilo o preciziranom zahtevu. Čl. 894 ZPO, st. 1 – Fikcija o davanju izjave volje – ukoliko je dužniku naloženo davanje jedne izjave volje, smatra se da je volja data u onom trenutku kada presuda koja to od dužnika zahteva postane punovažna. <https://dejure.org/gesetze/ZPO/> [pristupljeno 31.08.2019]

<sup>446</sup> NJW RR 1994, 317

<sup>447</sup> JuS 1994, 801

<sup>448</sup> WM 1961, 1052

<sup>449</sup> U. Jung, 32

da preostale bitne sastojke podvrgnu jednom procesu utvrđivanja u skladu sa odredbama iz §§ 315 BGB-a i nadalje, ili u najmanju ruku, dispozitivnim odredbama<sup>450</sup>.

Suprotno od toga, važi i obrnuto. Ukoliko je utvrđivanje određenih pojedinosti ugovora koji se zaključuje ostavljeno za kasnije, nemogućnost naknadnog utvrđivanja saglasnosti volja ugovornih strana vodi ka nepunovažnosti predugovora, u slučaju kada su ugovorne strane neutvrđene tačke smatrale bitnim<sup>451</sup>. Ipak, neophodno je pritom navesti i da je to slučaj kada ugovorne strane nisu izrazile volju da, i pored neuređenosti predmetne tačke, po svaku cenu žele da zaključe predugovor<sup>452</sup>.

Smatramo da nastavljanje ovakve polemike može dovesti samo do već utvrđenih teoretskih zaključaka, odnosno da su bitni elementi ugovora oni koji čine samo jezgro ugovora, koji ugovoru daju smisao, pritom čineći ga logički zaokruženom celinom, i da su bitne tačke kod imenovanih ugovora sadržane u njegovoj definiciji. Međutim, utvrđivanje bitnih elemenata može i otpasti ukoliko je zakonodavac propisao rezervne dispozitivne norme, koje takođe uređuju neke bitne elemente. Nadalje, ostaje problem da nije moguće ovakav metod primeniti na neimenovane ugovore.

S druge strane, po pitanju subjektivno bitnih elemenata, ispoljava se i nemogućnost određivanja konkretnog pravila o razlikovanju bitnih od nebitnih tačaka, jer su subjektivno bitne tačke u osnovi nebitne tačke ugovora. Kod njih je presudna sama volja ugovornih strana.

Otuda, pri stavu smo da dalja analiza ne može da nas dovede do konkretnih rezultata koji bi sa uspehom bili primenjivi u konkretnoj pravnoj situaciji. Analiza bi ostala na nivou deskriptivnih zaključaka koji jedino mogu biti od pomoći sudu prilikom tumačenja jednog konkretnog ugovora.

Međutim, krunski argument o nesvrshodnosti analize pojma bitnih tačaka glavnog ugovora za determinisani predugovor, u svetlu njegove punovažnosti, jeste činjenica da one zapravo u nemačkom pravu, sudeći po slovu § 154, Ab. 1 BGB-a, i nisu uslov punovažnosti jednog ugovora. Otuda, nadalje treba proanalizirati § 154, Ab. 1 BGB-a koji otvara i pitanje sudske dopune predugovora, u kojoj se može nalaziti osobina ovog pravnog posla, da se on može spustiti ispod za sve ostale pravne poslove zahtevanog minimuma obima volje, koji predstavlja uslov punovažnosti odnosnog pravnog posla.

#### 5.4.3. § 154 BGB-a i njegov uticaj na obim saglasnosti (pred)ugovora

§ 154, Ab. 1 BGB-a uređuje da, ukoliko ugovorne strane nisu postigle saglasnost oko svih tačaka jednog ugovora, odnosno oko kojih jedna strana tek treba da se složi, ugovor u slučaju sumnje nije zaključen. Sporazum oko pojedinih tačaka takođe ne obavezuje ni u slučaju kada je izrađen nacrt<sup>453</sup>.

Otuda, kako sudska praksa ističe, § 154, Ab. 1 nije primenljiv za slučaj kada se može utvrditi da ugovorne strane i pored otvorenih tačaka hoće da se ugovorno obavežu. Jedna takva volja obavezivanja može nastati i konkludentno na osnovu datih okolnosti. Takvu situaciju treba prihvatiti naročito kada su ugovorne strane i otpočele sprovođenje nepotpunog ugovora. Otpočeto ili uspešno sprovođenje jednog ugovora je u nemačkom

---

<sup>450</sup> R. Bork (2003), 651

<sup>451</sup> NJW 2006, 2843.

<sup>452</sup> Vid. § 154 BGB-a koji govori o nepostojanju ugovora samo u slučaju sumnje po pitanju integralne saglasnosti strana.

<sup>453</sup> *Ibid*, <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/%20%20154.html>, [pristupljeno 31.08.2019]

obligacionom pravu uobičajeni znak da su ugovorne strane htele da se obavežu odmah i bez odlaganja, i pored nepotpuno postignute saglasnosti<sup>454</sup>.

Pa tako pravilo iz § 154, Ab. 1 BGB-a nalazi primenu samo u slučaju kada iz izraženih volja ugovornih strana prilikom zaključenja predugovora ne proizilazi nešto drugo<sup>455</sup>. Takva pretpostavka važi i kada je reč o jednom predugovoru<sup>456</sup>.

Isti je stav potvrđen i kroz niz drugih odluka nemačkog BGH-a. U jednoj od njih se navodi da propis iz § 154, Ab. 1, da nema ugovora, treba primeniti samo u slučaju sumnje, što znači da je ugovornim stranama ostavljen slobodan prostor da najpre postignu saglasnost samo o određenim tačkama ugovora, a da ostale tačke ostave za kasnije. Volja ugovornih strana se proteže do tog stepena da ugovor može biti zaključen i pored ostavljanja određenih otvorenih tačaka. Ništa drugačije ne važi kada je reč npr. o jednom ugovoru o prodaji, ukoliko pod takvim uslovima ugovorne strane usaglase svoje volje<sup>457</sup>.

Kod § 154, Ab. 1 BGB-a reč je, prema R. Bork-u, o jednom pravilu tumačenja, a ne o jednoj pretpostavci. Ovo pravilo i princip privatne autonomije dozvoljavaju da ugovorne strane postignu ugovornu saglasnost, a da pritom pojedine tačke ostave otvorene. Otuda je prema ovom autoru potrebno da se putem tumačenja razjasni koje su pravne posledice ugovorne strane htele po pitanju njihovog neslaganja<sup>458</sup>.

Tvrđnja je delimično tačna. Zaista je volja ugovornih strana po pitanju pravnih posledica, u smislu da li će zaključenje ugovora propasti ili će ugovor i pored delimične nesaglasnosti stupiti na snagu, odlučujuća. Smatramo da je to glavna teza autora. Kako se i u sudskoj praksi potencira, ugovorne strane mogu regulaciju određenih pitanja svesno da ostave za kasnije. Otuda svakako ne treba takvu situaciju poistovetiti sa jednim neuspešnim pokušajem da se postigne saglasnost o određenoj tački<sup>459</sup>, što bi u krajnjoj instanci značilo i neuspeh po pitanju zaključenja ukupnog ugovora<sup>460</sup>.

Međutim, pretpostavka ipak postoji. Ona je oboriva i njena suština se sastoji u tome da ukoliko i pored tumačenja iznad ugovora ostane da lebdi jedan respektabilan nivo sumnje, treba prihvatiti da ugovor ne postoji. Stav zakonodavca je jasan i podržavamo ga. Ideja se sastoji u tome da je, ukoliko jedna strana tvrdi da ugovor postoji, a druga da ne postoji, ispravnije pokloniti veru onoj strani koja bi u suprotnom trebala da u sudskom postupku dokaže jednu negativnu činjenicu.

Tako bi se izbeglo da jedan učesnik u pravnom prometu bude uvučen u jedan ugovor o kome postoji ozbiljna dilema da li je uopšte zaključen. U tom pravcu je i sudska praska pri stavu da je pravilo iz § 154, Ab. 1 BGB-a izraz misli o negativnoj slobodi ugovaranja, odnosno da je reč o jednom pravilu tumačenja koje treba da spreči da neko suprotno od svoje volje zapadne u jedan položaj obavezanosti<sup>461</sup>.

---

<sup>454</sup> NJW 1983,1728, identično o tome vid. M. Wolf, „§154“, *Söergel BGB AT 1-240*, (hrsg. Kohlhammer), Stuttgart-Berlin 1988, 1159

<sup>455</sup> NJW 1960,430, identično i BGHZ 119, 288

<sup>456</sup> R. Bork, 567

<sup>457</sup> BB 1966, 1412

<sup>458</sup> R. Bork (2003), 650

<sup>459</sup> WM 1961, 1052

<sup>460</sup> Naime, o jednom otvorenom neslaganju je reč ukoliko su ugovorne strane svesne da nisu uspele da se slože u vezi sa određenom tačkom ugovora, i polaze od toga da još treba da rade na upotpunjavanju svoje saglasnosti, jer ona i dalje sadrži praznine. Suprotno od toga, ukoliko su ugovorne strane u zabludi da su postigle saglasnost, postoji jedno prikriveno neslaganje, odnosno Dissens. R. Bork (2015), 246

<sup>461</sup> JZ 1977, 604

Najzad, rešenje u sebi sadrži i *princip in dubio pro reo*, što cenimo da pokazuje njegovu pravičnost. Iako rešenje nije *favor contractus*, smatramo da u ovakvim graničnim slučajevima pre treba pružiti zaštitu jednoj strani da ne bude uvučena u jedan ugovor koji zapravo nije htela, nego udovoljiti drugoj strani koja je bila inertna u pogledu obezbeđivanja njegovog nedvosmislenog postojanja. Otuda, pošto je ostala ozbiljna sumnja, najpravičnije rešenje bi bilo da ostane *status quo*.

Nadalje treba razmotriti i pitanje da li ostavljena tačka može da bude jedna od bitnih tačaka. Tu se misli na objektivno bitne tačke ugovora, jer situacija u kojoj jedna objektivno nebitna tačka postaje subjektivno bitna, a potom bude izostavljena iz sporazuma, delovala bi kontradiktorno, pa je istu teško zamisliti.

K. von Kase izjavljuje skepsu po ovom pitanju i ceni kasniju dopunu sadržine jednog ugovora po jednoj bitnoj tački njegove sadržine za nedopuštenu<sup>462</sup>. U najmanju ruku autor takvo pitanje u okviru § 154, Ab. 1 BGB-a vidi kao nerazjašnjeno<sup>463</sup>.

Odluke u ovom kontekstu su prisutne i u nemačkoj sudskoj praksi. U jednoj od njih, a koja se odnosi konkretno na predugovor, navodi se da kada nedostaje saglasnost po pitanju jedne bitne tačke glavnog ugovora, nije u pitanju praznina, nego nedostaje ugovorna saglasnost po pitanju dela sadržine koji ugovorne strane smatraju bitnim. U svim ostalim slučajevima može kroz bliže formulisanje odredbe ugovora regulisanje takvih tačaka biti ostavljeno za kasnije, a da pritom ne bude dovedena u pitanje punovažnost predugovora<sup>464</sup>.

Štaviše, u istoj se odluci nadalje navodi da je prihvatanje jednog punovažnog predugovora u smislu § 154, Ab. 1 BGB-a opravdano samo ukoliko izuzetni uslovi to dozvoljavaju, odnosno da ugovorne strane hoće samo izuzetno da se obavežu, pre nego da bude postignuta saglasnost po pitanju svih tačaka koje zahtevaju uređenje<sup>465</sup>.

Po ovom je pitanju prisutna i suprotna linija razmišljanja. Kako M. Wolff ističe, uslov za punovažnost jednog ugovora jeste da se praznina u vezi s njegovom sadržinom može popuniti<sup>466</sup>. Zaključenje jednog ugovora ne propada jednostavno zato što nisu ugovorene određene bitne tačke, nego je volja ugovornih strana odlučujuća oko toga da li će ugovor i bez uređivanja tih bitnih tačaka biti zaključen i kako će one naknadno biti uređene<sup>467</sup>. Prema §. 154, Ab. 1 BGB-a, kako nadalje autor ističe, volja jedne ugovorne strane po pitanju nerazjašnjene tačke mora nekad biti izražena. Da li je takva tačka bitna ili ne, zakonu je svejedno<sup>468</sup>.

I U. Jung je pri stavu da §§ 154 BGB-a i nadalje ne sadrže izričiti propis o tome da je za njihovu primenu potrebno postojanje određenog minimuma sadržine ugovora<sup>469</sup>. Sudeći po ovom stavu, može se reći da i prema ovom autoru nije neophodno da tačke, čije je uređenje ostavljeno za kasnije, budu objektivno nebitne tačke predmetnog ugovora. Otuda nadalje proizilazi i činjenica da određena grupa autora za nemačko pravo zastupa stav da je volja dvaju lica dovoljna da bi se one pravno obavezale, odnosno da bi zaključile ugovor<sup>470</sup>.

---

<sup>462</sup> K. von Hase, 79

<sup>463</sup> *Ibid.*, 110

<sup>464</sup> NJW 2006, 2843

<sup>465</sup> *Ibid.*

<sup>466</sup> M. Wolf (1988), 1159

<sup>467</sup> *Ibid.*

<sup>468</sup> *Ibid.*, 1158

<sup>469</sup> U. Jung, 28

<sup>470</sup> *Ibid.*

Smatramo da je potonja teza tačna. Zakon, odnosno § 154, Ab. 1 BGB-a ne pravi razliku po pitanju objektivno bitnih i nebitnih tačaka ugovora. Otuda, ovakva je podela u nedostatku normativnog pravila plod pravne teorije, i treba reći da ima značaj jedino u tim okvirima.

U realnom životu je volja ugovornih strana presudna. Saugovornici mogu da zaključe predugovor a da on pritom u okviru svoje sadržine ne obuhvata sve svoje bitne tačke ili bitne tačke glavnog ugovora. Smatramo da se za nemačko pravo može, u skladu sa § 154, Ab. 1 BGB-a, zamisliti situacija u kojoj predugovor postoji, odnosno punovažan je, a da pritom ne obuhvata sve bitne tačke glavnog ugovora, čemu se u krajnoj instanci teži. Neophodno je kod ovih pravnih poslova jedino da saglasnost volja predstavlja logičku celinu koja se može izvršiti, odnosno kojoj se može pružiti sudska zaštita.

#### 5.4.4. Sudska dopuna predugovora u nemačkom pravu

Predugovor, koji u sebi ne sadrži ili samo u određenom obimu precizira određene bitne tačke glavnog ugovora, neophodno je nadalje upotpuniti. U tom kontekstu R. Freitag ističe da iz usmerenosti predugovora na zaključenje glavnog ugovora, kao i iz § 154, Ab. 1 BGB-a, prema sudskoj praksi i pravnoj teoriji, sledeći pritom i navode istorijskog zakonodavca, proizilazi pretežni zaključak da predugovor mora bar u dovoljnoj meri da opiše predmet glavnog ugovora, na način da bi se on, putem potonjeg upotpunjavanja tumačenja od strane suda, mogao otkriti<sup>471</sup>.

Slično i R. Bork smatra za nužnu potrebu da glavni ugovor bude bar odrediv, što znači da se njegova sadržina prilikom tumačenja predugovora u cilju dopune glavnog ugovora može od strane suda uspešno otkriti<sup>472</sup>. I kod D. Henrich-a beležimo prisutnost stava da je sudska dopuna dopuštena, odnosno da sud može da popuni pravne praznine jednog ugovora u slučaju kada već postignuta saglasnost njemu ponudi dovoljne indicije za upotpunjavanje ugovora kroz postupak tumačenja. U prilog tome i ovaj autor od samog predugovora zahteva takav stepen odredivosti da bi sud mogao, u slučaju spora, u sudskom postupku da utvrdi sadržinu obećanog (glavnog) ugovora<sup>473</sup>.

Pritom, treba slediti i osnovni princip koji je sudska praksa na osnovu §§ 133, 157 BGB-a razvila, a to je da je za sadržinu jednog ugovora presudna postignuta saglasnost volja, čak i u slučaju kada bi izjava jedne od ugovornih strana, objektivno posmatrano, u pravnom prometu imala drugo značenje<sup>474</sup>. Takođe je važno istaći i to da jedno uspešno upotpunjavanje sadržine glavnog ugovora, na koje su se ugovorne strane putem predugovora obavezale, ne sme biti prepušteno izvršnom postupku, nego isto treba nastati u samom procesu po tužbi<sup>475</sup>, tj. u samom kognicijskom postupku.

U kontekstu sudske dopune jednog ugovora, sudska praksa iznosi niz stavova. Jedan od njih je da, ukoliko saugovornici za jednu određenu tačku nisu predvideli ugovornu odredbu, u najvećem broju slučajeva treba poći od toga da su oni oblikovanje ugovornih obaveza u ovom delu prepustili zakonskim propisima<sup>476</sup>. Takođe se u sudskoj praksi ističe da jedna ugovorna praznina, koja se putem tumačenja treba popuniti, postoji samo kada postoji ugovor u okviru postignute saglasnosti koji zahteva takvo upotpunjavanje. Sudsko tumačenje ne sme voditi ka proširenju predmeta ugovora i ono mora naći svoj osnov u samom

---

<sup>471</sup> R. Freitag, 290, slično o tome vid. K. von Hase, 116

<sup>472</sup> R. Bork (2003), 568

<sup>473</sup> D. Henrich, 119, fn. 1

<sup>474</sup> NJW RR 1993, 140

<sup>475</sup> WM 1961, 1053

<sup>476</sup> BGHZ 77, 304, upor. BGHZ 40, 103, NJW 1975, 1116, WM 1975, 412



ugovoru<sup>477</sup>. Dopuna se mora ukazati kao prinudna posledica koja se podrazumeva sama po sebi, i proizilazi iz konteksta ugovorenog, a da pritom preduzeto upotpunjavanje ne dovede do očigledne kontradiktornosti sa onim što se kroz sadržinu ugovora faktički teži ugovoriti<sup>478</sup>.

Pored toga, jedan predugovor obavezuje obe stranke na saradnju u daljim pregovorima po pitanju odredaba glavnog ugovora. Obe ugovorne strane su prilikom zaključenja predugovora preuzele obavezu da se ubuduće bave predlozima druge strane po pitanju sadržine glavnog ugovora čijem se zaključenju teži<sup>479</sup>.

Ipak, glavna pitanja ove mini-analize su šta je zapravo sudsko tumačenje i upotpunjavanje pravnih praznina glavnog ugovora, kojim metodama se sud treba služiti prilikom takvog tumačenja i da li je zapravo reč o sudskom tumačenju ili upotpunjavanju ugovora, odnosno kako treba shvatiti floskulu upotpunjavanja kroz tumačenje, odnosno *ergänzende Vertragsauslegung*.

Pa tako, krenimo redom. Sudsko utvrđivanje ugovora proizilazi iz razmatranja volje ugovornih strana prilikom tumačenja ugovora od strane suda, u cilju njegovog upotpunjavanja<sup>480</sup>. Upotpunjavajuće tumačenje ugovora zahteva jednu prazninu, odnosno jednu planski ostavljenu nepotpunost pravnog posla<sup>481</sup>. Nameravano stvaranje ugovora mora u sebi sadržati i jednu saglasnost, da ugovorne strane hoće da se, u slučaju spora, obrate državnim sudovima, koji bi uz pomoć odredaba ugovornog prava bili u situaciji da pomoću dispozitivnog prava ili upotpunjavajućeg tumačenja popune praznine koje sadrži između ugovornih strana postignuta saglasnost<sup>482</sup>.

Potreba proizilazi iz toga da ponekad sama volja obavezivanja ugovornih strana nije dovoljna (ili nije dovoljno precizna) jer se ne može utvrditi oko čega su se ugovorne strane htele obavezati. Sudovi pritom treba da se po pitanju upotpunjavanja ugovora kroz njihovo tumačenje drže prilično rezervisano<sup>483</sup>.

U tom kontekstu treba ukazati na Flume-ovu tezu o postojanju samo sekundarne nadležnosti sudije prilikom kreiranja ugovornih obaveza, u smislu da je neophodno da oni koji teže sudskoj odluci, najpre sa svoje strane utvrde sadržinu ugovora i da je putem tužbenog zahteva podvrgnu sudskoj oceni<sup>484</sup>. U tom kontekstu se i u nemačkoj sudskoj praksi navodi da tužbeni zahtev za zaključenje jednog predugovorom dugovanog glavnog ugovora mora da obuhvata ukupnu sadržinu glavnog ugovora<sup>485</sup>.

Upotpunjavanje ugovora kroz njegovo tumačenje ipak ne treba biti proizvoljno i da polazi samo od sopstvenog ovlašćenja, nego se treba kretati po onim putevima i okvirima koje su utvrdile ugovorne strane. Otuda, sudsko utvrđivanje nije bezgranično, nego ga ugovorne strane mogu ograničiti<sup>486</sup>. Na kraju, ukoliko ono dovede do jednog prikladnog i zadovoljavajućeg rešenja, onda se može reći da je zapravo bila reč o jednom predugovoru koji je samo naizgled sadržavao određene praznine<sup>487</sup>.

---

<sup>477</sup> *Ibid.*, upor. BGHZ 9, 273, BGHZ 30, 103, WM 1960, 698

<sup>478</sup> *Ibid.*, upor. BGHZ 12, 343, BGHZ29, 119, BGHZ 40, 104

<sup>479</sup> NJW 2006, 2845

<sup>480</sup> K. von Hase, 116

<sup>481</sup> BB 1997, 439

<sup>482</sup> U. Jung, 29

<sup>483</sup> K. von Hase, 119

<sup>484</sup> Kako navodi *ibid.*, 81

<sup>485</sup> NJW RR 1994, 317

<sup>486</sup> NJW 1990, 1204, H. Ritzinger

<sup>487</sup> *Ibid.*

U kontekstu kako sud stiže do određenih indicija po pitanju eventualnih, tj. pretpostavljenih volja ugovornih strana u odnosu na određenu pravnu prazninu koju je potrebno upotpuniti, treba ukazati i na sledeće. Na osnovu jednog predugovora obe strane su se obavezale da daju predlog za zaključenje glavnog ugovora ili da prihvate ponudu druge strane ili da sudeluju u daljim pregovorima po pitanju utvrđenja ugovornih odredaba<sup>488</sup>. Naravno, mogućnost prihvatanja predloga ili vođenja daljih pregovora odnosi se samo na predugovorom neuređene pravne praznine. One tačke koje su predugovorom uređene dužnik je dužan prihvatiti u trenutku dospelosti obaveze za zaključenje glavnog ugovora, bez vođenja daljih pregovora.

Dalji pregovori, s druge strane, po pravilu treba da izrode nove indicije koje će, ukoliko pregovori propadnu, poslužiti sudu prilikom upotpunjavanja otvorenih tačaka o kojima saugovornici, i pored daljih pregovora, nisu uspeli da postignu neophodnu saglasnost.

Otuda, sudsko upotpunjavanje ugovora se, kako smo već naveli, sa sigurnošću kreće najpre u okvirima dispozitivnih zakonskih normi, putem kojih se postojeće praznine u sadržini predugovora sa uspehom daju popuniti. Nadalje, kako D. Henrich navodi, jedno sudsko upotpunjavanje ugovora je moguće samo ukoliko se kod od strane ugovornih strana ostavljenih otvorenih tačaka mogu utvrditi objektivni cilj, smisao konteksta u kome ugovor nastaje i osnovne misli ugovora ili običaji koji bi u konkretnoj situaciji važili u pravnom prometu<sup>489</sup>.

U tom kontekstu M. Wolff za najprikladniji način popunjavanja pravnih praznina kroz sudsko tumačenje vidi primenu zakonskih dispozitivnih normi i između ostalog pledira za prikladnu primenu § 315 BGB-a<sup>490</sup>. Autor nadalje ističe da ne postoji otvoreni nesporazum (*offener Dissens*) u slučaju kada ugovorne strane nisu postigle saglasnost po svim tačkama ugovora, a pritom su svesne i saglasne (ili se osnovano može smatrati da su saglasne) da se praznine mogu kasnije uspešno popuniti na osnovu pretpostavljene volje ugovornih strana, putem dispozitivnih pravila (kao što su npr. §§ 315, 316 BGB-a)<sup>491</sup>.

Prilikom sudskog upotpunjavanja predugovora sudija treba da istraži šta zapravo ugovorne strane nisu izjavile, a što bi, imajući u vidu ukupan cilj ugovora, izjavile, za slučaj ukoliko bi ipak postigle saglasnost o otvorenim tačkama, pritom zapažajući zahtev za savesno i pošteno postupanje i običaje u pravnom prometu<sup>492</sup>. Međutim, dispozitivna zakonska pravila nisu bez izuzetaka presudna, nego samo u slučaju kada se kroz tumačenje predugovora ispostavi da nije bilo nameravano uređenje ovih praznina u drugom pravcu<sup>493</sup>.

Nemački sudovi su kroz svoju bogatu sudsku praksu stvorili niz daljih pravila o postupanju prilikom upotpunjavanja tumačenja ugovora kada je reč o ugovoru koji u svojoj sadržini ispoljava određene praznine koje treba popuniti. Otuda, kako nemački BGH u jednoj odluci ističe, potrebno je usredotočiti se na pronalaženje hipotetičke volje ugovornih strana i

---

<sup>488</sup> WM 1994, 753

<sup>489</sup> D. Henrich, 142-3

<sup>490</sup> M. Wolf (1988), 1159; § 315, Ab. 1 BGB – Ukoliko jedan saugovarač treba da utvrdi obavezu druge strane, u slučaju sumnje, određivanje treba da izvrši na prikladan način. § 315, Ab. 3 BGB – Ukoliko je određivanje obaveze izvršeno na prikladan način, onda je ono za drugu stranu obavezujuće. Ukoliko ono ne ispunjava uslove prikladnosti, ona se treba urediti putem presude. Isto važi i ukoliko saugovarač po pitanju određivanja obaveze druge ugovorne strane zapadne u docnju.

<sup>491</sup> M. Wolf (1988), 1158

<sup>492</sup> NJW 1963, 2074

<sup>493</sup> NJW 2006, 2845

jednog prikladnog obima savesnosti i poštenja, koje jedno pravilo o popunjavanju pravnih praznina zahteva<sup>494</sup>.

U daljoj praksi ukazuje se na to da praznine saglasnosti volja između ugovornih strana koje zahtevaju upotpunjavanje treba zatvoriti kroz jedno upotpunjavajuće tumačenje ugovora na način kako bi ugovorne strane to uradile imajući u vidu cilj ugovora. Pritom prilikom postupanja treba dati prikladnu i poštenu ocenu interesa obeju strana i njihovog eventualnog postupanja kada bi bile svesne postojanja jedne takve praznine ili nepunovažnosti prethodne između njih ugovorene klauzule<sup>495</sup>.

I u drugoj odluci potvrđuje se tako zauzeti kurs sudske prakse. Naime, BGH upućuje na to da se za jednu uspešnu dopunu sadržine ugovora treba usredsrediti na traženje onoga što bi ugovorne strane ugovorile, vagajući svoje interese kroz prizmu načela savesnosti i poštenja kao pošteni saugovarači, u slučaju kada bi neuređenoj tački posvetile pažnju<sup>496</sup>. I u drugom konkretnom slučaju BGH je na istom stavu da, imajući u vidu da ugovorne strane nisu postigle saglasnost o vremenu trajanja ugovora, žalbeni sud treba istražiti koje bi to odredbe ugovorne strane za svoj ugovor predvidele, sledeći cilj ugovora kroz prizmu načela savesnosti i poštenja, pritom vodeći računa o običajima u pravnom prometu<sup>497</sup>.

Nadalje, u jednoj odluci po pitanju ugovora o kupoprodaji u kome je utvrđenje kupoprodajne cene utvrđeno za kasnije, zahteva se da cena bude određiva tako što bi se mogla odrediti na osnovu objektivnih karakteristika, a od strane jednog saugovornika, trećeg lica, na osnovu običaja u pravnom prometu ili u trgovini. Takav je slučaj kada se npr. ugovorne strane povinuju utvrđivanju cene od strane slobodnog tržišta u periodu davanja ponude ili u slučaju kada se ugovorne strane ne mogu složiti u svojim procenama tržišne cene, pa ih obavezuje srednja vrednost, dobijena putem upoređivanja takvih njihovih procena<sup>498</sup>. Argument da je sudija u nedostatku tržišne cene u nemogućnosti da utvrdi visinu naknada takođe nije naročito ubedljiv, jer niko ne spori da postojeće pravo poznaje slučajeve u kojima se, bez obzira na nepostojanje tržišne ili uporedne cene, može objektivno obračunati visina protivnake<sup>499</sup>.

Otuda, pored zamenskih dispozitivnih pravila koja mogu da popune pomenute praznine, pominje se i tumačenje hipotetičke volje ugovornih strana u kontekstu načela savesnosti i poštenja. Pritom, imajući u vidu duže postojanje ovakvog metoda u pravnom životu Nemačke, možemo tvrditi da samo neintervenisanje zakonodavca po ovom pitanju treba shvatiti kao potvrdu toga da je ovakav proizvod sudske prakse prihvatio i sam zakonodavac, u prilog čemu govori činjenica da zakonodavac nije našao za potrebno da ga dopunjuje, odnosno dodatno precizira.

Na osnovu navedenog se može rezimirati da ne postoji konkretan minimalni prag za obim saglasnosti volja koji nemačko pravo zahteva kao uslov punovažnosti predugovora, već je neophodno samo da glavni ugovor bude dovoljno odrediv, kako bi kasnije, ukoliko bude trebalo, mogao da sudskim putem bude upotpunjen. Pritom, takođe je neophodno da ugovorne strane svoju volju u smislu vlastitog obavezivanja, i pored postojanja određenih praznina u njihovoj saglasnosti, nedvosmisleno izraze, kako bi zadovoljile uslov iz § 154, Ab. 1 BGB-a.

---

<sup>494</sup> BGHZ 90, 81

<sup>495</sup> *Ibid.*, 75, identično i BB 1997, 439

<sup>496</sup> NJW RR 1989, 1490

<sup>497</sup> NJW 1975, 1117

<sup>498</sup> NJW 1967, 153

<sup>499</sup> N. Herzog, 145

Imajući u vidu teme naše analize, naš je fokus usmeren na pravne praznine koje se tiču sadržine glavnog ugovora. Otuda, moguća je situacija u kojoj predugovor sadrži samo određene tačke glavnog ugovora koje se kasnije prilikom zaključenja glavnog ugovora upotpunjavaju, a što dovodi do zaključka da je u pravnom prometu moguće postojanje jednog punovažnog predugovora koji sadrži značajno manji obim saglasnosti volja nego glavni ugovor, na čije je zaključenje on sam usmeren. U trenutku pojave potrebe za sudskim upotpunjavanjem sadržine glavnog ugovora, razlika između oba pravna posla, koji proizilaze jedan iz drugog, postaje evidentna.

Takvo svojstvo pravne prirode predugovora aktualizuje pitanje autentičnosti i svrsishodnosti ovog pravnog posla. Međutim, da bi se stiglo do odgovora na to, najpre treba izneti zaključak po pitanju sudskog upotpunjavanja jednog ugovora. Da li je zapravo reč samo o tumačenju ili sud zaista samostalno stvara novu volju, van onoga što su ugovorne strane u pravnom prometu, kao pravnoobavezujuće izjavile?

Pitanje je više teoretsko i nema naročiti normativni značaj. Međutim, ipak ćemo ponuditi svoje viđenje stvari. U potrazi za pravom voljom ugovornih strana, sud se najpre osvrće ka dispozitivnim normama zakona. Zakonske norme predviđaju da konkretnu obavezu može da odredi jedan saugovornik (§§ 315, 316 BGB<sup>500</sup>) ili treće lice (§ 317 BGB<sup>501</sup>). Najzad, ukoliko budu iscrpljene sve dispozitivne norme, a pritom praznina ne bude popunjena, sud se prilikom upotpunjavanja vodi načelom savesnosti i poštenja s posebnim obzirom prema običajima u pravnom prometu (Treu und Glauben § 242 BGB<sup>502</sup>).

Naše je viđenje da se u nemačkom pravu zapravo radi o sudskom tumačenju, bez obzira na njegovu posebnu širinu. Naime, da bi ugovor bio punovažan, ugovorne strane su morale, shodno § 154, Ab. 1 BGB-a, da iskažu nedvosmislenu volju da žele da se obavežu, i pored postojećih praznina u njihovoj saglasnosti. Otuda i zaključak da njihova volja nesporno postoji. Ona je samo u nekim delovima manje jasna, ali to ne znači da je nema. Praznine treba shvatiti kao delove saglasnosti volja koje zahtevaju da budu malo dublje istražene, što se čini putem tumačenja ugovora, kako bi se do volje stiglo, odnosno kako bi ona bila otkrivena. To ne znači da volja ne postoji.

Smatramo, polazeći od neoborive pretpostavke da su svim učesnicima u pravnom prometu sve zakonske odredbe poznate, da ostavljanje određenih „praznina”, koje treba da budu popunjene dispozitivnim normama, zapravo predstavlja implicitnu volju ugovornih strana da one svojim ćutanjem uredi taj deo ugovora tako što će za isti da važe dispozitivna pravila. Saugovornici su svesni pravne posledice, da će se na određenu tačku ugovora primeniti dispozitivna norma, ukoliko oni u vezi sa tom tačkom ne postignu drugačiju saglasnost. Iz toga se može reći da su ugovorne strane zapravo u vezi sa konkretnom tačkom ugovora postigle saglasnost koja je identična sadržini odnosne dispozitivne odredbe. One jedino nisu dale neposrednu izjavu volje u tom pravcu, nego su svesno pustile nastupanje

---

<sup>500</sup> § 316 BGB – Utvrđivanje protivobaveze – Ukoliko nije određen obim protivčinidbe, u slučaju sumnje, njega određuje strana koja zahteva protivčinidbu [https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_316.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_316.html), [pristupljeno 02.09.2019]

<sup>501</sup> § 317 BGB – Utvrđivanje obaveze od strane trećeg lica – 1) Ukoliko je određivanje obaveze prepušteno trećem licu, u slučaju sumnje, ono treba da utvrđenje izvrši na prikladan način. 2) Ukoliko utvrđivanje treba da izvrše više trećih lica, u slučaju sumnje potrebno je njihovo usaglašavanje; Ukoliko bude utvrđena jedna suma, onda je ona važeća, dok ukoliko budu utvrđene različite sume, u slučaju sumnje, važi srednja vrednost [https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_317.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_317.html), [pristupljeno 02.09.2019]

<sup>502</sup> § 242 BGB – Izvršenje obaveze prema savesnosti i poštenju – Dužnik se obavezuje da svoju obavezu izvrši onako kako nalaže savesnost i poštenje s obzirom na običaje u pravnom prometu [https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/\\_242.html](https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/_242.html), [pristupljeno 02.09.2019]

zakonske posledice, odnosno da se dispozitivna norma sa svojom sadržinom pojavi u ovom delu ugovora.

Tamo gde ne postoji konkretna i preciznija dispozitivna odredba putem koje bi se otkrila volja ugovornih strana, valja primeniti pravilo o načelu savesnosti i poštenja uz pritom poštovanje običaja u pravnom prometu. Na sudu je dalje da otkrije šta u datoj situaciji zapravo znači izvršiti obavezu savesno i pošteno sa uvažavanjem običaja u pravnom prometu, odnosno na sudu je da otkrije konkretnu volju ugovornih strana. Volja je u svakom slučaju prisutna i nesporno data, na šta ukazuje § 154 BGB-a. Ona samo stoji u tami i čeka da putem tumačenje ugovora od strane suda bude otkrivena.

§ 154, Ab. 1 BGB-a isključuje alternativu da ugovorna volja ne postoji. Ona postoji, samo je pitanje da li će sud, primenom postojećih metoda, uspeti da do nje stigne. Nije na sudu da, na osnovu navedene metodologije, odlučuje da li volja postoji ili ne, nego da pokuša da je otkrije. To znači da ako sud nije u stanju da otkrije volju ugovornih strana, ne može se odlukom tvrditi da je to posledica zapravo nepostojanja volje, nego toga da sud nije uspeo da obavi svoj zadatak. Uspešnost otkrivanja volje ugovornih strana u delovima sadržine ugovora, koje se u teoriji nazivaju „prazninama”, smatramo da treba da se ceni isključivo na osnovu snage argumentacije iznete u obrazloženju konkretne sudske odluke.

#### 5.4.5. Zaključak za nemačko pravo

Kao krajnji rezime nameće se činjenica da analiza sudskog upotpunjavajućeg tumačenja, koje u nemačkom pravu omogućava značajno manji obim predugovora u odnosu na glavni ugovor, nije isključivo imanentan pravnoj prirodi predugovora. Ostavljanje određenih „pravnih praznina”, koje mogu kasnije kroz sudsko tumačenje biti dopunjene, odlika je svakog ugovora u nemačkom pravu, shodno § 154, Ab. 1 BGB-a. Naučni krugovi su ukazali samo na to da je takva odredba primenjiva na ostale pravne poslove i na predugovor, a ne isključivo na predugovor. Otuda nemačko pravo dozvoljava i neposredno zaključenje nepotpunog glavnog ugovora.

Imajući u vidu da predugovor ni po pitanju minimalnog obima sadržine ne ispoljava konkretnu razliku u odnosu na glavni ugovor, zaključak ukazuje na činjenicu da predugovor ni u nemačkom pravu nema autohtonu prirodu. Otuda je njegovu samostalnost i svrsishodnost i u nemačkom pravu teško odbraniti. Pritom ostaje kao relevantna i činjenica da nemački zakonodavac nije našao za shodno da ovakav pravni posao uvrsti u tekst zakona.

Otuda, iako je dozvoljenost predugovora i u ovoj pravnoj tradiciji na osnovu slobode ugovaranja nesporno dopuštena, čini se da predugovoru i u nemačkoj pravnoj tradiciji nedostaje autentičnost u smislu da je ovaj pravni posao neophodan instrument putem kojeg se u pravnom prometu mogu postići ciljevi, a koji se drugim pravnim institutima ne bi mogli ostvariti.

#### 5.5. Predugovor u italijanskom pravu

##### 5.5.1. Pojam predugovora u italijanskom pravu

Analiza instituta predugovora u italijanskom pravu, zbog jezičke barijere u čijem je postojanju istraživanje na terenu italijanskog ugovornog prava sprovedeno, zadržaće se u okvirima jednog prikaza iz koga ćemo, uz neophodni oprez, pokušati da izvedemo preliminarne zaključke.

Italijansko pravo ne poznaje definiciju o predugovoru, nego samo pravilo o paralelizmu formi između predugovora i glavnog ugovora, kao uslov punovažnosti prvog. Pa

tako, Art. 1351 italijanskog Codice Civile propisuje da je jedan predugovor (*contratto preliminare*) ništavan ukoliko nije zaključen u istoj onoj formi koju zakon propisuje za konačni ugovor<sup>503</sup>.

Odatle, predugovor i u italijanskom pravu nastaje na terenu slobode ugovaranja. Codice Civile uređuje da ugovorne strane mogu u okvirima zakona i pozitivnih propisa slobodno da uređuju sadržinu ugovora, kao i da zaključuju ugovore koji ne pripadaju onim zakonom posebno uređenim ugovorima, ukoliko su isti usmereni ka ostvarenju njihovih interesa, a čiji su interesi prema pravnom poretku vredni pravne zaštite<sup>504</sup>.

Definisanje predugovora u italijanskim naučnim krugovima se ne dovodi u pitanje. Predugovor je ugovor kojim se ugovorne strane obavezuju da ubuduće zakluče jedan drugi ugovor, koji suprotno od predugovora dobija naziv konačan ugovor<sup>505</sup>. Obećana radnja ispoljava se samo u jednom obliku, a to je saglasnost za zaključenje glavnog ugovora. U slučaju neispunjenja, moguće je u skladu sa Art. 2932 Codice Civile<sup>506</sup> zahtevati sudsko izvršenje takve saglasnosti u odgovarajućoj formi<sup>507</sup>.

Pravna dopuštenost stvaranja obaveze na kasnije zaključenje ugovora je prema pravnoj teoriji eksplicitno priznata putem Art. 1351 i 2932 Codice Civile<sup>508</sup>. Ovako definisani predugovor neophodno je razlikovati od onih pravnih poslova putem kojih ugovorne strane hoće neposredno da postignu posledice iz konačnog ugovora, ali obavezuju se da saglasnost još jednom izraze, najčešće u drugačijoj, odnosno svečanijoj formi<sup>509</sup>. Konačni ugovor u italijanskom pravu nije prosto ponavljanje predugovora, nego predstavlja jednu novu saglasnost koju ugovorne stranke iskazuju svojim pristankom i odnosi se na sve nove obavezujuće pravne posledice koje ona prouzrokuje<sup>510</sup>.

U tom kontekstu i D. Polleti, bez straha od kritika, iznosi svoj stav da ovakva vrsta ugovora predstavlja najfiniju manifestaciju privatne autonomije, čiju su vrednost pokazali i legitimitet opravdali realnost privrednog života i pravna praksa. Privredna realnost, prema ovom autoru, uvek naginje ka tome da se bavi ovakvim finim konstrukcijama, koje u krajnjoj instanci zahtevaju dalju razradu kroz sudsku praksu<sup>511</sup>. S druge strane, greška izostavljanja definicije ovog pravnog instituta iz zakonskog teksta Codice Civile-a, kako D. Polleti to ocenjuje, dovela je na sreću, pomalo paradoksalno, do toga da ovaj pravni institut postane opšta kategorija ugovornog prava, imajući u vidu da je izuzetno rastegljiv i da je u mogućnosti da se na najbolji način prilagodi mnoštvu interesa u obligacionom odnosu involviranih strana<sup>512</sup>.

---

<sup>503</sup> Art. 1351 Codice Civile, Italianisches Zivilgesetzbuch (Königliches Dekret vom 16. März 1942, Nr. 262) Deutsche Ausgabe Stand: 31. Mai 2015 Übersetzer: M. W. Bauer, B. Eccher, B. König, J. Kreuzer, H. Zanon

<sup>504</sup> Art. 1322 Codice Civile

<sup>505</sup> R. Sacco, G. De Nova, *Il Contratto, Tomo secondo*, UTET, Torino 1993, 262, identično između mnogih i M. Bianca, *Diritto Civile, 3 Il contratto*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano 1984, 185

<sup>506</sup> Art. 2932, paragraf 1 Codice Civile – Kada onaj koji je obavezan na zaključenje jednog ugovora svoju obavezu ne ispuni, druga strana može, ukoliko je to moguće i ugovorom nije isključeno, da zahteva donošenje presude koja treba da proizvede dejstva nezaključenog ugovora.

<sup>507</sup> P. Cendon (dir.), „Art. 1351“, *Commentario al Codice Civile*, Unione Tipografico-Editrice Torinese Corso Raffaello, Torino 1991, 556, Predugovor može biti prisilno izvršen kroz Art. 2932 Codice Civile, a što od 1996. godine u Italiji predstavlja i osnov za jednu vrstu upisa, odnosno za predbeležbu. S. Grundmann *et al.*, 201-2

<sup>508</sup> M. Bianca, 185

<sup>509</sup> R. Sacco *et al.*, 262

<sup>510</sup> M. Bianca, 191

<sup>511</sup> D. Poletti, „Art.1351“, *Commentario del Codice Civile, Die Contratti in Generale Art. 1350-1386*, (dir.E. Gabrielli), UTET Guiridica & Wolters Kluwer Italia, Torino 2011, 131

<sup>512</sup> D. Poletti, 131-2

Po pitanju pravnog dejstva jednog ugovora u italijanskom pravu, pa otuda i samog predugovora, italijanski zakonodavac je nedvosmisleno stao na stanovište da ugovor za ugovorne strane ima snagu zakona. Njegovo dejstvo može biti prekinuto samo na osnovu uzajamne saglasnosti ugovornih strana ili drugog zakonski utemeljenog osnova<sup>513</sup>.

Što se tiče predmeta predugovora, on treba biti moguć, dozvoljen i određen ili odrediv<sup>514</sup>. Italijanski zakonodavac je odredivost predmeta jednog ugovora uredio u zakonskom tekstu, propisujući da određivanje predmeta ugovorne obaveze može biti prepušteno trećem licu koje treba, a za slučaj ukoliko se ugovorne strane nisu složile da treće lice to uradi po slobodnom nahođenju, da predmet odredi na prikladan način. Ukoliko treće lice ne odredi predmet obaveze ili uradi to na očigledno neprikladan način ili pod zabludom, određivanje predmeta preuzeće sud<sup>515</sup>.

Sadržina predugovora treba da bude u skladu s pravnim propisima, u smislu da ukoliko postoji privremena protivpravnost po pitanju glavnog ugovora, treba proveriti da li to pogađa i sam predugovor. Jer, npr. propast stvari iz glavnog ugovora ne čini predugovor nemogućim, jer on povlači obavezu davanja saglasnosti, koja je i dalje moguća<sup>516</sup>. Takođe predugovor treba biti i moguć, što se odnosi kako na njegovo uređenje toka daljih pregovora, tako i na obaveze iz glavnog ugovora<sup>517</sup>.

Nadalje, sudska praksa čvrsto stoji na stavu da predugovor treba da sadrži sve bitne elemente budućeg konačnog ugovora ili sadržinu putem koje se oni mogu identifikovati<sup>518</sup>. I M. Bianca ističe da je izvesno da sama sadržina predugovora ukazuje na odredivost predmeta glavnog ugovora, npr. u trenutku kada stvari treba da budu isporučene<sup>519</sup>.

Pa tako i R. Sacco *et al.* izvlači zaključak o postojanju paralelizma između zahteva za odredivost sadržine predugovora i glavnog ugovora. Kako autori nadalje ističu, pod pretpostavkom da određena konstrukcija konačnog ugovora bude ništavna zbog neodredivosti predmeta, oni ne vide kako može postojati odnosni punovažni predugovor koji takvom glavnom ugovoru prethodi<sup>520</sup>.

### 5.5.2. Predugovor i translativno dejstvo ugovora u italijanskom pravu

Glavni razlog za postojanje predugovora u italijanskom pravu locira se u translatornom dejstvu zaključenja ugovora, koji je karakterističan za romansku grupu pravnih tradicija na evropskom kontinentu. Naime, reč je o ugovorima putem kojih se u italijanskom pravu raspolaže stvarnim pravima. Po pravilu reč je o ugovorima koji imaju za predmet i jednu izvedenu pravnu posledicu, a to je prenos ili osnivanje jednog stvarnog prava. Navedeni ugovori zahtevaju pravni kapacitet otuđioca u smislu pravne i poslovne sposobnosti, da odnosnim pravima raspolaže. Kao takvi, u italijanskom pravu pojavljuju se ugovor o kupoprodaji, zasnivanju službenosti i sl.<sup>521</sup>.

---

<sup>513</sup> Art. 1371 Codice Civile

<sup>514</sup> Art. 1346 Codice Civile

<sup>515</sup> Art. 1349 Codice Civile

<sup>516</sup> R. Sacco *et al.*, 273

<sup>517</sup> *Ibid.*, 269

<sup>518</sup> Navodi se sledeći niz presuda: Cass 23 aprile 1955, n. 1145, Cass 9 Luglio 1969, n. 2518, Cass. 5 marzo 1973, n. 618, Cass 18 denaio 1974, n. 152, Cass 29 ottobre 1975, n. 3677, GI 1976, I, 1, 1489). R. Sacco *et al.* ističu takođe i potrebu o utvrđivanju roka za zaključenje glavnog ugovora, vid. R. Sacco *et al.*, 275

<sup>519</sup> M. Bianca, 203; O neophodnosti da se imovinska vrednost dužnikove obaveze u trenutku zaključenja glavnog ugovora može obračunati vid. *ibid.*, 189

<sup>520</sup> R. Sacco *et al.*, 270

<sup>521</sup> M. Bianca, 499

Otuda, italijanski Codice Civile, govoreći o stvarnopravnim posledicama ugovora, propisuje translatorni princip kroz pravilo da u ugovorima koji imaju za predmet prenos svojine na određenu stvar ili osnivanje ili prenošenje nekog drugog stvarnog prava, takva se svojina ili drugo stvarno pravo prenosi, odnosno stiže na osnovu izjavljene saglasnosti volja ugovornih strana<sup>522</sup>, što će reći u trenutku zaključenja ugovora<sup>523</sup>. Neposrednost stvarnopravnog dejstva u italijanskom pravu je izraz sveobuhvatnog konsenzualnog principa koji važi u okvirima kupoprodajnih ugovora, nezavisno od toga da li oni imaju stvarna prava ili druga prava za predmet<sup>524</sup>.

U italijanskom pravu su konsenzualni princip i njegov efekat u odnosu na prenos stvarnog prava preuzeti iz napoleonovog Kodeksa<sup>525</sup>, a pravilo je prihvaćeno još u Codice Civile iz 1865. godine<sup>526</sup>. Tako, Art. 1448 Codice Civile iz 1856. godine je svojevremeno kupoprodaju između ugovornih strana video kao perfektu, a pravo svojine na predmetu kupoprodaje kao stečeno u trenutku kada su saugovornici postigli saglasnost po pitanju predmeta kupoprodaje i cene<sup>527</sup>. Interesantno je takođe istaći i to da, za razliku od francuskog prava, italijansko nije predvidelo pandan Art. 1589 CC-a koji kaže da je predugovor o kupoprodaji zapravo ugovor o kupoprodaji, niti je predugovor izričito uredio u tekstu zakona<sup>528</sup>. U italijanskom pravu je ipak francusko pravilo, da je predugovor o kupoprodajnom ugovoru zapravo glavni ugovor, oslabljeno, kroz neophodnost da glavni ugovor odigra ulogu *modus aquerendi*<sup>529</sup>.

Otuda predugovor u italijanskom pravu nastaje na osnovu slobode ugovaranja na terenu između obligacionih i stvarnopravnih posledica, odnosno služi da ih razdvoji<sup>530</sup>. Pa tako S. Grundman naglašava da se rasprostranjenost predugovora u italijanskom pravnom životu između ostalog objašnjava time da za njega ne važi translatorni princip, odnosno stvarnopravne posledice koje prouzrokuje zaključenje ugovora<sup>531</sup>.

On kao pravni posao različit od glavnog ugovora omogućava obligacionopravno povezivanje bez stvarnopravnih posledica, odnosno bez prenosa prava svojine, ili osnivanje ili prenos drugog stvarnog prava u trenutku njegovog zaključenja. Zbog toga, po pitanju ugovora sa translativnim dejstvom prema normativnom kriterijumu, odlučujuća razlika između predugovora i konačnog ugovora ispoljava se u tome da li postoji efekat prelaska stvarnog prava ili ne<sup>532</sup>.

U italijanskoj pravnoj tradiciji se na pravilo o prelasku svojine putem ugovora gleda kao na dosledan nastavak principa o slobodi ugovaranja, pa se otuda čini prirodno da se

---

<sup>522</sup> Art. 1376 Codice Civile

<sup>523</sup> U tom kontekstu i pravilo o deponovanju prodane stvari uređuje da ukoliko kupac ne želi da preuzme već stečenu stvar, prodavac može stvar da za račun kupca ostavi kod javnog ili drugog prikladnog depozitara, a na mestu koje će da odredi sud. Vid. Art. 1514 parag. 1 Codice Civile

<sup>524</sup> M. Bianca, 498

<sup>525</sup> *Ibid.*, 500

<sup>526</sup> Detaljnije o razlikama u sistemima za sticanje svojine u Italiji i Nemačkoj vid. *ibid.*, 501

<sup>527</sup> Vid. Art. 1448 Codice Civile iz 1856. u M. Bianca, 500, fn. 3; treba međutim takođe ukazati i na određena odstupanja od neposrednosti translatornog dejstva koje je, kako npr. autor navodi, isključeno kada je reč o ugovorima koji za predmet imaju generičke stvari, jer se one jedinstveno prilikom primopredaje daju odrediti. M. Bianca, 501

<sup>528</sup> F. Gazzoni, „Contrato preliminare”, *Il Contratto in Generale, Tomo II*, (dir. G. Alpa, G. Chine, F. Gazzoni, F. Realmonte, L. Rovellet), G. Giappichelli Editore, Torino 2000, 568

<sup>529</sup> *Ibid.*, 584-5

<sup>530</sup> O tome da ovakvo razdvajanje *titulus*-a i *modus*-a pogoduje realnosti poslovnog prometa vid. F. Gazzoni, 565

<sup>531</sup> S. Grundmann, A. Zaccaria (hrsg.), *Einführung in das italienische Recht, Verlag Recht und Wirtschaft*, Frankfurt am Main 2007, 201

<sup>532</sup> Identično o tome vid. D. Poletti, 138



ugovornim stranama dá mogućnost da svakoj pravnoj posledici koja nije zakonom propisana udahnu život. Zbog toga je moguće razlikovati ugovor o kupoprodaji sa translativnim dejstvom od predugovora o kupoprodaji koji obavezuje ugovorne strane na zaključenje prethodnog<sup>533</sup>.

Kod predugovora se jasno ukazuje na to da prenos stvarnog prava zavisi od kasnijeg sporazuma<sup>534</sup>, tj. od postizanja saglasnosti po pitanju glavnog ugovora. Željene stvarnopravne posledice se tako u italijanskom pravu odlažu za trenutak zaključenja glavnog ugovora, a koji dužnik na osnovu predugovora, pod pretnjom prisilnog izvršenja predviđenog u Art. 2932 Codice Civile-a, kasnije neće moći da izbegne.

Upotreba predugovora je u italijanskom pravu viđena kao preventivna i najuobičajenija je za ugovore o kupoprodaji nekretnina. Putem predugovora ugovorne strane konstituišu jedno ograničenje raspolaganja sa imovinom koja ima slične pravne posledice kao i prinudna prodaja, pri čemu je kreiranje jednog titulusa i njegove pravne posledice ostavljeno da bude učinjeno kasnije, kroz jednu dodatnu radnju<sup>535</sup>.

Kako D. Poletti ističe, jedna od funkcija predugovora o kupoprodaji ispoljava se u tome što se putem predugovora daje mogućnost da bude izvršena kontrola eventualnih rizika u smislu kupovine odnosno predmeta, a u vremenskom periodu koji prethodi prelasku svojine<sup>536</sup>. Na taj način bi svaka eventualna opasnost od pravnih nedostataka po pitanju predmeta kupoprodaje bila uklonjena, odnosno na vreme prevenirana. Treba naročito imati u vidu to da ovakva kontrola prethodi isplati kupoprodajne cene. Tako, kako autor navodi, u slučaju otkrivanja konkretnog osnova, ugovorna strana od koje se zahteva zaključenje ugovora biće u prilici da se, navodeći ovakav osnov, suprotstavi zaključenju glavnog ugovora, umesto da bude prinuđena da ga prvo zaključi, pa onda raskida<sup>537</sup>.

U tom kontekstu i F. Gazzoni kritikuje saglasnost sa translatornim dejstvom koja je, kako autor navodi, utemeljena na osnovu Grocius-ove zadivljenosti naturalizmom, prema kome je moral kao kategorički imperativ predstavljao dovoljnu garanciju da će se ugovorne strane držati ugovora, pri čemu se zaboravlja da pravo ima za zadatak da spreči nastajanje sporova i da preduzetništvu obezbedi sigurni poredak, imajući uz to u vidu da su ljudi skloni da ne poštuju ugovore, čak i one koje su oni sami stvorili<sup>538</sup>.

Pa tako, prema D. Poletti-ju, predugovor nalazi primenu obično kada se reaguje na neophodnost da se obaveze iz glavnog ugovora vremenski kategorizuju, odnosno da se njihovo izvršenje, tj. pravne posledice konačnog ugovora pomere za kasnije<sup>539</sup>.

Takođe legitimno je da se napomene da ovakav prethodni stadijum (misli se na predugovor) ugovornim stranama nudi još jednu povoljnost, a to je da izbegnu poreski teret u vezi s jednom transakcijom koja još uvek nije zrela za izvršenje<sup>540</sup>, jer poreski dug nastaje prilikom zaključenja glavnog ugovora.

### 5.5.3. Uslovni i opcioni ugovor u italijanskom pravu

---

<sup>533</sup> R. Sacco, 261

<sup>534</sup> M. Bianca, 189-190

<sup>535</sup> *Ibid.*, 186

<sup>536</sup> D. Poletti, 139

<sup>537</sup> *Ibid.*

<sup>538</sup> F. Gazzoni, 567. Suprotno od toga pravilo o translativnom dejstvu same saglasnosti može se videti i kao instrument za prevazilaženje različitih pravila u kontekstu formalne primene prava koje je u rimskom pravu vodilo ka neophodnoj isporuci stvari u cilju prenosa prava svojine. Vid. M. Bianca, 500

<sup>539</sup> D. Poletti, 156

<sup>540</sup> M. Bianca, 186

U daljoj analizi naš je cilj da ispitamo da li italijansko pozitivno pravo nudi i druge pravne instrumente pomoću kojih se mogu ostvariti gore navedeni ciljevi, ili je predugovor u vezi s tim jedinstven, pa shodno tome i autohton, samostalan i svrsishodan instrument za regulaciju društvenih odnosa u italijanskom pravu u odnosnoj sferi.

Prvi institut koji se može uporediti sa predugovorom je ugovor pod uslovom. Codice Civile uređuje da ugovorne strane mogu nastupanje ili prestanak pravnog dejstva ugovora ili jedne njegove odredbe da naprave zavisnim od jednog budućeg i neizvesnog događaja<sup>541</sup>. Takođe italijanski Građanski zakonik uređuje da posledice koje nastupaju ispunjenjem uslova deluju retroaktivno sve do trenutka zaključenja ugovora, osim ako za njihovo dejstvo voljom ugovornih strana ili zbog prirode obaveze ne bude određena druga vremenska tačka<sup>542</sup>.

Imajući u vidu navedene pozitivnopravne odredbe, smatramo da je italijanski zakonodavac predvideo mogućnost da se i kroz ugovor pod uslovom translativno dejstvo prenosa svojine pomeri za kasnije. Pa tako npr. saugovornici koji razmatraju kupoprodaju određene nekretnine, za slučaj ukoliko budući kupac obezbedi finansije kod banke, mogu da zaključe ugovor pod uslovom, pa kada i ako kupac dobije kredit, onda da obave kupoprodaju. To bi značilo pomeranje prelaska prava svojine na nekretninu na stranu kupca u onom trenutku kada uslov bude ispunjen, odnosno kada kupac obezbedi potrebne finansije za isplatu kupoprodajne cene.

Pa tako, problem finansiranja kupoprodaje nije nepremostiva prepreka koja ugovornim stranama stoji na putu ka neposrednom zaključenju glavnog ugovora i prinuđuje buduće saugovornike iz kupoprodajnog ugovora da najpre zaključe predugovor, pa u slučaju odobravanja kredita kupcu potom zaključe i glavni ugovor. Saugovarači takvu prepreku mogu da izbegnu putem neposrednog zaključenja glavnog ugovora pod uslovom.

Na taj način pojednostavilo bi se ostvarenje krajnjeg cilja, odnosno obavljanje kupoprodaje iz glavnog ugovora, jer u slučaju ispunjenja uslova nije potrebno ponovno postizanje saglasnosti volje po pitanju kupoprodaje. Štaviše, izbegava se mogućnost da jedna ugovorna strana okleva po pitanju zaključenja glavnog ugovora, i pritom odloži isti i nametne potrebu prisilnog sudskog naturalnog izvršenja u smislu prisilnog zaključenja glavnog ugovora na osnovu Art. 2932 italijanskog Građanskog zakonika.

Otuda se ugovor pod uslovom u italijanskom pozitivnom pravu nameće kao ozbiljan supstitut predugovoru, jer se njime takođe postiže pomeranje prenosa stvarnog prava za ubuduće. Zbog toga cenimo da ugovor pod uslovom ugrožava autonomiju predugovora kao jedinstvenog instrumenta u pravnom prometu koji u određenim okolnostima može da zadovolji interese saugovornika. Jedina je njegova mana što ne pogoduje interesima kada se samo jedna ugovorna strana obavezala na izvršenje obaveze iz glavnog ugovora, za slučaj da uslov bude ispunjen.

Da bismo ispitali mogućnost za „pokrivanje” ovakvog modaliteta uređenja odnosa između učesnika u pravnom prometu, treba za italijansko pravo razmotriti institut opcionog ugovora. Prema italijanskom Građanskom zakoniku ugovorne strane mogu postići saglasnost da jedna od njih ostane obvezana, a druga ovlašćena da obavezu prihvati ili ne, pri čemu bi izjava dužnika imala dejstvo jednako izjavi iz Art. 1329 Codice Civile-a<sup>543</sup>, koji uređuje pravna dejstva neopozive ponude. U slučaju da rok za prihvatanje ne bude određen, određuje ga sud<sup>544</sup>.

---

<sup>541</sup> Art. 1353 Codice Civile

<sup>542</sup> Art. 1360 Codice Civile

<sup>543</sup> Art. 1329 Codice Civile

<sup>544</sup> Art. 1331 Codice Civile

Strana koja je ovlašćena da u određenom periodu razmatra svoje mogućnosti je titular prava opcije. On može da sačeka da vidi rasplet po pitanju prepreka koje stoje na putu ka neposrednom zaključenju konačnog sporazuma, i da kasnije, ukoliko to pogoduje njegovim interesima, iskoristi pravo opcije i na taj način stvori glavni ugovor. Pri ovakvoj konstelaciji, ugovor o opciji je jednostrano obavezujući, a translativni efekat prelaska svojine iz ugovora o kupoprodaji ili drugog stvarnog prava iz drugog ugovora, putem kojeg se raspolaže nekim drugim stvarnim pravom, odložen je za trenutak iskorišćavanja opcije.

Za razliku od predugovora u kome kada u slučaju odbijanja dužnika da zaključi glavni ugovor translatorno dejstvo nastaje u trenutku pravosnažnosti presude<sup>545</sup>, kod opcionog ugovora ulazak u glavni ugovor, odnosno prouzrokovanje translativnog dejstva prenosa svojine na kupca nastaje prostom izjavom volje titulara opcije. Takva izjava ne zahteva saradnju od dužnika i time se prevenira eventualno razvlačenje pristupanja glavnom ugovoru kroz sudski postupak, makar potonje bilo sa retroaktivnim dejstvom do trenutka dospevanja obaveze iz predugovora, tj. obaveze na zaključenje glavnog ugovora.

Treba takođe istaći da u sudskom procesu prisilnog zaključenja glavnog ugovora, ugovorne strane jednostavno ne čekaju ostvarenje jednog budućeg i neizvesnog uslova, nego moraju najpre da utvrde obaveze iz glavnog ugovora, kroz tužbeni zahtev, a potom da teže ka njihovom ispunjenju<sup>546</sup>. S druge strane, kod ugovora pod uslovom i opcionog ugovora obaveze iz glavnog ugovora su već utvrđene i ne mogu biti osporavane putem odgovora na tužbu za prisilno zaključenje glavnog ugovora, nego samo *post festum*, kada se ugovorne strane već nalaze u glavnom ugovoru. Jer, kod ugovora pod uslovom, ugovorne strane se već nalaze u glavnom ugovoru i samo čekaju ispunjenje uslova ili pristupanje glavnom ugovoru zavisi jedino od volje druge ugovorne strane prilikom njegovog iskorišćavanja opcije.

Ispunjenje uslova ili pravilno iskorišćavanje opcije (npr. da li je opcija iskorišćena u roku u kome ona važi) dužnik zaista može da ospori i kasnije, ali u posebnom sudskom postupkom ili prilikom eventualnog od strane poverioca pokrenutog spora za sudsko izvršenje obaveza iz glavnog ugovora. Tako je dužniku uskraćena mogućnost da ispunjenje obaveze iz glavnog ugovora odugovlači kroz vođenje dva sudska postupka.

Takođe, treba istaći da zabrana o raspolaganju uređena Art. 1379<sup>547</sup>, kod svakog od ova tri pravna posla ima dejstvo *inter partes*, i to samo u određenim vremenskim okvirima. Pa tako, ni po ovom pitanju predugovor ne pruža ugovornim stranama neku mogućnost koja bi zaključenjem ugovora pod uslovom ili opcionog ugovora saugovornicima bila uskraćena.

Vredno je pomenuti i sledeću pravnu karakteristiku predugovora, koja ukazuje na njegovu ranjivost. Naime, kako R. Sacco *et al.* za italijansko pravo navode, gubljenje poslovne sposobnosti dužnika između trenutka zaključenja predugovora i glavnog ugovora oslobađa dužnika ispunjenja obaveze iz predugovora, jer je nemoguće da dužnik u odsustvu poslovne sposobnosti izrazi svoju saglasnost u smislu zaključenja glavnog ugovora<sup>548</sup>. Na takvu situaciji se gleda kao na nastupanje subjektivne nemogućnosti za ispunjenje dužnikove obaveze bez njegove krivice, pa je dužnik oslobođen zaključenja glavnog ugovora.

---

<sup>545</sup> Vid. R. Sacco *et al.*, 274, koji navodi da je dejstvo pravnih posledica u takvom slučaju *ex tunc* do trenutka dospevanja obaveze iz predugovora, tj. obaveze na zaključenje glavnog ugovora.

<sup>546</sup> M. Bianca, 189

<sup>547</sup> Art. 1379 Codice Civile (zabrana raspolaganja) – Ugovorno utvrđena zabrana raspolaganja proizvodi pravno dejstvo samo između ugovornih strana i ista je punovažna samo ukoliko je predviđena za određeni vremenski period i ukoliko pogoduje interesima jedne od ugovornih strana.

<sup>548</sup> R. Sacco *et al.*, 273

S druge strane, gubljenje poslovne sposobnosti dužnika nakon zaključenja ugovora pod uslovom ili opcionog ugovora ne utiče na zasnivanje i ispunjenje obaveza iz glavnog ugovora, kojima se u krajnjoj instanci teži, i koje za poverioca predstavljaju interes zbog kojeg bi on prethodno zaključio bilo koji od sva tri pomenuta pravna posla. Takva osobina ugovora pod uslovom proizilazi iz jednostavne činjenice da nije potrebna naknadna volja dužnika, nego samo da uslov nastupi.

Po pitanju opcionog ugovora, odnosno dejstva njegovih pravnih posledica, identično kao kada je reč o fiksnoj ponudi, italijanski zakonodavac je izrično propisao da u slučaju smrti ili naknadne poslovne nesposobnosti dužnika, pravno dejstvo ne prestaje, osim ukoliko priroda pravnog posla ili određene druge okolnosti isključuju njegovu punovažnost<sup>549</sup>. Skoro identičnu odredbu italijanski Građanski zakonik predviđa i za zaključenje ugovora od strane jednog preduzeća preko njegovog upravitelja<sup>550</sup>.

Ovakva odlika ugovora pod uslovom i opcionog ugovora je samo još jedan argument u pravcu da je racionalnije za učesnike u pravnom prometu da se prilikom uređenja njihovih odnosa opredele za jedan od ova dva pravna posla, umesto da odluče da zaključe predugovor. Na taj način se dodatno podriva autonomija i svrsishodnost zaključenja predugovora u italijanskom pravu.

#### 5.5.4. Paralelizam formi između predugovora i glavnog ugovora

Predugovor je i u italijanskom pravu, kako dosadašnja analiza ukazuje, jedan posredan put kojim se stiže do glavnog ugovora, tj. do obaveza koje on zasnuje. Otuda, u slučaju kada je za glavni ugovor predviđena posebna forma kao uslov punovažnosti, a sa ciljem zaštite određenih u pravnom prometu zaštite vrednih interesa, potrebno je da i predugovor, zbog istih razloga, bude zaključen u istoj formi.

Italijanski zakonodavac nameće pravilo o paralelizmu formi kroz Art. 1351, propisujući da je predugovor ništavan ukoliko nije zaključen u istoj onoj formi koju zakon propisuje za glavni ugovor<sup>551</sup>. Pa tako, npr. pismena forma koja se zahteva i za javne i za privatne isprave kada je reč o ugovorima o prenosu svojine na nekretninama<sup>552</sup> važi i za njihove predugovore. Princip paralelizma formi je samo logičan nastavak pravila iz Art. 1344 italijanskog Građanskog zakonika koje propisuje da je nedopušteno da ugovor bude iskorišćen kao sredstvo kojim bi se zaobišla primena određenog imperativnog propisa<sup>553</sup>.

Takođe treba napomenuti da pravilo iz Art. 1351 italijanskog Građanskog zakonika nije izolovano, nego da ono predstavlja samo jedan deo šireg koncepta. Naime i Art. 1393 i Art.1399 italijanskog Građanskog zakonika propisuju identično pravilo u odnosu na formu u kojoj je dato punomoćje ili odobrenje za zaključenje ugovora. Osnova sva tri pravila je ista<sup>554</sup>. Pritom вреди pomenuti i u teoriji prisutan stav da, ukoliko se želi postići jedna koherentna celovitost, polje primene pravila iz Art. 1351 italijanskog Građanskog zakonika treba i nadalje proširiti, tako što svi ugovori koji se zaključe, a koji se odnose na obavezu, pravo ili ovlašćenje da se zahteva prenos stvarnog prava na nekretninama, treba da podležu jednakom tretmanu od strane zakona<sup>555</sup>.

---

<sup>549</sup> Art. 1329, parag. 2 Codice Civile

<sup>550</sup> Vid. Art. 1330, parag. 2 Codice Civile

<sup>551</sup> Art. 1351 Codice Civile

<sup>552</sup> Vid. Art. 1350 Codice Civile

<sup>553</sup> Vid. Art. 1344 Codice Civile

<sup>554</sup> P. Cendon (hrsg.), „Art. 1351”, *Commentario al Codice Civile Art.1342-1469*, Giuffrè Editore, Milano 2010, 146

<sup>555</sup> *Ibid.*

Otuda i pravilo o paralelizmu formi iz Art. 1351 i sam duh italijanskog Građanskog zakonika govore o težnji ka integralnom uspostavljanju i poštovanju pravila o paralelizmu formi između predugovora i glavnog ugovora, što znači da italijanski zakonodavac isključuje blažu formu za zaključenje predugovora u odnosu na glavni. Otuda, isti se zaključak nameće i u odnosu na opcioni ugovor. Štaviše, tamo gde se paralelizam na normativnom nivou ne poštuje dosledno, treba raditi na daljem poboljšanju zakonodavnih rešenja u smislu njihovog usklađivanja.

#### 5.5.5. Zaključak za italijansko pravo

Ni u italijanskoj građanskopravnoj tradiciji nismo naišli na određene karakteristike predugovora koje bi ga promovisale kao autentičan i u određenim konstelacijama nezamenljiv pravni institut. Štaviše, odlaganje translatornog dejstva, odnosno prenosa svojine za kasnije, može se učiniti i kroz ugovor pod uslovom ili kroz opcioni ugovor.

Predugovor u našem kratkom osvrtu na italijansko ugovorno pravo nije pokazao znakove lakšeg i jeftinijeg zaključenja ni po pitanju forme. Takođe treba imati u vidu i to da ga njegova ranljivost u smislu subjektivne nemogućnosti njegovog izvršenja zbog izgubljene poslovne sposobnosti dužnika nakon zaključenja, a pre izvršenja predugovora, čini manje podobnim sredstvom za regulaciju imovinskih odnosa nego što je to slučaj po pitanju ugovora pod uslovom ili kod opcionog ugovora.

Za kraj, ne isključujemo mogućnost postojanja eventualnih olakšica koje bi se predugovorom dobile u odnosu na ugovor pod uslovom i opcioni ugovor, a na osnovu dodatnih propisa iz domena poreskog prava ili eventualno sa terena specifičnog italijanskog sistema transkripcije. Međutim, takve eventualne propise i troškove treba usaglasiti sa pravnim posledicama koje proizvode svi pomenuti instituti, a čije su posledice u pogledu prelaska svojine ili nekog drugog stvarnog prava identične. Dok, pritom, u eventualnoj različitosti pomenutih propisa ne treba tražiti razlog za autonomno postojanje jednog pravnog instituta iz opšteg dela ugovornog prava.

#### 5.6. Predugovor u francuskom pravu

##### 5.6.1. Pojam i vrste predugovora u francuskom pravu

Kao poseban izazov u našoj analizi vidimo primenu komparativnog metoda na francusko građansko pravo i njegove modalitete predugovora. Oprezni i minuciozni pristup u istraživanju teme predugovora u francuskom pravu nalaže niz njegovih specifičnosti. Najpre treba istaći činjenicu da je francuski Code Civil u protekla dva veka po pitanju sporazuma koji prethode glavnom ugovoru uglavnom ćutao, pritom prepuštajući sudskoj praksi, kao vruć krompir, zadatak izgradnje ovih pravnih instituta, u smislu utvđivanja njihovog pojma, pravnih dejstava i prisilnog izvršenja, odnosno sankcije za njihovo nepoštovanje od strane trećih lica.

Fakultativni upis prava iz predugovora, široka rasprostranjenost principa konsenzualizma i izražena nejasnoća pravnih dejstava francuskih predugovora u odnosu na treća lica su samo dodatno otežavali posao francuskim sudovima. Ipak je možda najveći izazov predstavljalo modeliranje pomenutih pravnih instituta, o čijoj izraženoj potrebi svedoči njihova rasprostranjenost u pravnom prometu, u ambijentu sukoba dva osnovna pravna principa, odnosno *pacta sunt servanda* (ugovori se moraju poštovati i izvršavati onako kako glase) i za francusko pravo naročito izraženi princip *nemo potest praecise cogi ad factum*, odnosno da niko ne može biti prisiljen da izvrši konkretnu radnju. Potonji je u Art. 1142 CC-a do reforme iz 02/2016 imao svoju pozitivnopravnu konkretizaciju u smislu da se svaka

obligacija činjenja (*facere*) ili nečinjena (*non facere*) u slučaju neizvršenja od strane dužnika svodi na naknadu štete<sup>556</sup>.

Autohtona rešenja francuskog prava biće od velike pomoći u pokušaju da se pojmu predugovora priđe iz potpuno novih uglova, jer oni navode na načine razmišljanja različitih od onih koji su se u dosadašnjoj komparativnoj analizi dali nametnuti. Otuda, posmatranje instituta predugovora u francuskom pravu i njegovo poređenje sa čl. 45 ZOO-a predstavlja zaokruživanje komparativne analize kao jedan od osnovnih pristupa u ovom radu.

Za postizanje cilja u smislu uspešnog zaokruženja komparativne analize veliki značaj ima raznovrsnost modaliteta predugovora u francuskom pravu. Kada je reč o predugovorima, francuska teorija i sudska praksa govore o *avant-contrats*, termin koji označava sve sporazume koji prethode zaključenju glavnog ugovora. Oni se potom dele na dve grupe. Prva grupa se odnosi na uređenje procesa pregovora, pri čemu je njen tipični predstavnik *contrat principal*. Druga se grupa ističe po karakteristikici da ovi predugovori već teže ka zaključenju glavnog ugovora, odnosno imaju funkciju njegove pripreme. Za ovaj deo naše analize relevantni su predugovori koji pripadaju drugoj grupi.

Pa tako, na terenu slobodne autonomije volje u francuskom pravu, kao vrste predugovora nastale su preferencijalni pakt (*pacte de préférence*), jednostrano obećanje (*promesse unilatérale*) i dvostrano obećanje (*promesse synallagmatique*). Naš je cilj da, u analizi koja predstoji, pokušamo da otkrijemo pravnu prirodu svakog od ovih predugovora i da ih uporedimo sa predugovorom iz čl. 45 ZOO-a, kako bismo kroz prizmu jedne takve komparativne analize stigli do dodatnih saznanja i zaključaka u vezi sa institutom predugovora iz srpskog pozitivnog prava.

## 5.6.2. Preferencijalni pakt (*pacte de préférence*)

### 5.6.2.1. Pojam preferencijalnog pakta

Preferencijalni pakt je u francuskom pravu nastao na terenu slobode ugovaranja. Kako francuski Code Civil (CC) propisuje, svako je slobodan da ugovara ili da ne ugovara, da odabere svog saugovarača i da utvrdi sadržinu i formu ugovora u zakonski utvrđenim okvirima. Jedino ograničenje je da ugovorna sloboda ne dopušta da se putem nje derogiraju ona pravila koja su propisana u interesu javnog poretka<sup>557</sup>.

Preferencijalni pakt je jedno obećanje koje jedna osoba daje drugoj osobi, a druga prihvata (pa otuda reč je o jednom ugovoru, a ne o prostoj ponudi) da će prva osoba prvenstveno drugoj predložiti zaključenje ugovora u slučaju da se reši da ugovor zaključi. Najčešće je reč o ugovorima o kupoprodaji<sup>558</sup>, koji imaju za predmet nepokretnost ili akcije jedne kompanije<sup>559</sup>.

Ugovor je jednostran i dužnik preferencije se obavezuje za slučaj konačnog ugovora, čija sadržina još nije utvrđena<sup>560</sup>. Prilikom zaključenja konačnog ugovora sa titularom preferencije, umesto sa trećim licem, sve ostale odredbe konačnog ugovora, već dogovorene

<sup>556</sup> Stari Art. 1142 CC, <http://www.codes-et-lois.fr/code-civil/article-1142>, [pristupljeno 23.09.2019]

<sup>557</sup> Art. 1102 Code Civil (CC) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000032040782&cidTexte=LEGITEXT00006070721&dateTexte=20161001>, [pristupljeno 23.09.2019]

<sup>558</sup> M. Fabre-Magnan, *Droit des obligation 1 – Contrat et engagement unilatéral*, Presses Universitaires de France (PUF), Paris 2007, 237; slično vid. F. Leclerc, *Droit des contrats speciaux*, LGDJ, Paris 2007, 54-5; P. Malaurie, L. Aynes, P.Y. Gautier, *Droit des contrats speciaux*, LGDJ 2016, 107; J. de Visscher, *Le pacte de preference – ses applications en droit civil et en droit commercial*, Bruxelles & Paris, 1938, 6; J. Schmidt (1982), 208

<sup>559</sup> C. Larroumet, 263

<sup>560</sup> F. Leclerc, 55

sa trećim licem, ostaju nepromenjene<sup>561</sup>. Obećalac ostaje slobodan da ne zaključi konačan ugovor<sup>562</sup>. Otuda, u trenutku zaključenja preferencijalnog pakta još nije utvrđena sadržina konačnog ugovora<sup>563</sup>. Zbog toga, F. Labarthe ume da kaže da je preferencijalni pakt jedan pripremni ugovor u odnosu na prodaju koja ispoljava jedan niz oklevanja<sup>564</sup>.

U pravnom prometu preferencijalni pakt se ponekad kombinuje sa drugim ugovorom, a ponekad se pojavljuje samostalno. Obećalac preferencijalnog pakta se ne obavezuje na prodaju<sup>565</sup>. Zbog toga nije nužno utvrditi ni cenu ni vreme trajanja preferencijalnog prava<sup>566</sup>.

Zaključenje preferencijalnog pakta nije čin raspolaganja konkretnim pravom. Obećalac se obavezuje jedino na to da beneficijaru ukaže prvenstvo. Čin raspolaganja obećalac ispoljava u trenutku izvršenja svoje obaveze u pogledu preferencije<sup>567</sup>. Pa tako, preferencijalni pakt stvara samo jedno ugovorno ograničenje, odnosno ograničenje izbora saugovarača. To samo indirektno pogađa stvarna prava u smislu ograničavanja raspolaganja obećavalaca sa istim, a u korist beneficijara, u cilju poštovanja njegovog preferencijalnog prava<sup>568</sup>.

Takođe, ukoliko se obećalac preferencijalnom obavezom obaveže prema beneficijaru za slučaj zaključenja ugovora o prodaji, on ostaje slobodan da sa trećim licima zaključuje sve ostale translative ugovore koji se odnose na njegovu imovinu<sup>569</sup>. Otuda, obećalac ostaje slobodan da upražnjava svoje pravo svojine u delu raspolaganja tako što npr. može stvar da izda u zakup ili da je dâ u poslugu. U tom slučaju se ne radi o povredi preferencijalnog prava beneficijara. Povreda bi nastala samo u slučajevima koji onemogućavaju kasniji prenos prava svojine na beneficijara putem kupoprodajnog ugovora. Pa tako, davanje npr. na zajam potrošnih stvari koje su predmet preferencijalnog prava, predstavljalo bi povredu preferencije.

Zbog pravne prirode preferencijalnog prava, koja upućuje na prvenstvo beneficijara na zaključenje glavnog ugovora, može se konstatovati da preferencijalni pakt ne treba od odredi sadržinu glavnog ugovora kao uslov vlastite punovažnosti. Dovoljno je da glavni ugovor bude minimum određen jedinstveno kroz određivanje njegove pravne prirode. Tako, J. Schmidt zastupa stav da preferencijalni pakt treba da utvrdi jedino pravnu prirodu glavnog ugovora u smislu da li je reč o prodaji, zakupu, ugovoru o radu i sl.<sup>570</sup>

U tom smislu i F. Leclerc vidi samo dva uslova za punovažnost preferencijalnog pakta, odnosno utvrđivanje prirode pravnog posla kome se teži, i propisivanje mogućnosti za obećavalaca da može da zaključi konačni ugovor sa trećim licem u slučaju kada beneficijar odbije da on uđe u konačni ugovor, nakon što mu je to prethodno ponuđeno<sup>571</sup>. Potonji uslov proizilazi iz slobode ugovaranja nakon zapažanja preferencijalnog prava beneficijara, pa njegovo izričito pominjanje u preferencijalnom paktu ne smatramo nužnim. Preferencijalni pakt svojim postojanjem ne dovodi u pitanje pomenutu opciju obećavalaca, što govori i

---

<sup>561</sup> J. de Visscher, 6, takođe *ibid.*, 21

<sup>562</sup> C. Larroumet potencira takvu karakteristiku kao jednu od ključnih razlika između preferencijalnog pakta i jednostranog obećanja. C. Larroumet, 263

<sup>563</sup> J. Schmidt (1982), 208

<sup>564</sup> JCP 2002 I 134, note F. Labarthe

<sup>565</sup> P. Malaurie *et al.*, (2016a), 108

<sup>566</sup> *Ibid.*, 109

<sup>567</sup> *Ibid.*, 110

<sup>568</sup> J. Mestre, „Obligations et contrats speciaux”, *Revue Trimestrielle Droit* 1993, 347

<sup>569</sup> J. Schmidt (1982), 221

<sup>570</sup> *Ibid.*, 215, identično vid. i F. Labarthe vid. JCP 2002 I 134, note F. Labarthe; D. 2003, 1194, note H. Kenfack

<sup>571</sup> F. Leclerc, 55

njegovo ime – preferencijalni, odnosno pakt koji ima prvenstvo u odnosu na druge paktove. On njihovo postojanje niti zabranjuje niti isključuje.

Sudska praksa ukazuje na to da ni utvrđivanje roka trajanja preferencijalnog prava nije uslov za punovažnost preferencijalnog pakta<sup>572</sup>. Štaviše, u pravnoj teoriji je prisutan stav da je u slučaju neodređenosti trajanja preferencijalnog pakta, obećavalac ovlašćen da se obrati sudu, da sud odredi razumni rok trajanja preferencijalnog pakta, a da pritom od isteka roka nadalje obećavalac bude potpuno slobodan u pogledu zaključenja ugovora, ukoliko se za to odluči<sup>573</sup>.

Nadalje i elementi konačnog ugovora mogu, ali ne moraju, biti predviđeni preferencijalnim paktom. Oni moraju biti određivi u trenutku izvršenja obaveze iz pakta, odnosno u trenutku kada ponuda za zaključenje konačnog ugovora bude adresirana beneficijaru<sup>574</sup>.

Međutim, bez obzira na minimalističke zahteve po pitanju sadržine preferencijalnog pakta, ne treba ispustiti iz vida da on stvara preferencijalno pravo za beneficijara, odnosno obavezu za dužnika, da ukoliko se obećavalac reši da ugovara, treba najpre da beneficijaru ponudi stupanje u ugovor, a potom, za slučaj da beneficijar odbije, isti ugovor ponudi ostalim učesnicima u pravnom prometu.

Otuda, po svojoj pravnoj prirodi preferencijalni pakt ispunjava uslove iz Art. 1101 CC-a da se radi o ugovoru jer on zaista predstavlja „saglasnost volja između dveju ili više osoba sa ciljem da kreira, izmeni, prenese ili ugasi određenu obavezu”<sup>575</sup>. Zbog toga, bez obzira na naziv pakt (*pacte*) ili narativ u francuskoj pravnoj teoriji da je reč o jednom sporazumu (*convention*), treba uzeti za nesporno da je preferencijalni pakt jedan autonomni ugovor koji priprema eventualno zaključenje konačnog ugovora, za slučaj ako se obećavalac odluči da krene u tom pravcu.

#### 5.6.2.2. Preferencija i zakonsko pravo prvenstva (*preemption*)

U francuskoj teoriji se na preferenciju često gleda kao na ugovorno pravo prvenstva. Beneficijar raspolaže jednom vrstom ugovorne preempcije<sup>576</sup>. Međutim, i pored velike sličnosti između ova dva prava, treba ukazati i na principijelne razlike. One su korisne za dalje otkrivanje pravne prirode preferencije i samog pakta.

Pa tako, C. Saint-Alary-Houlin u svojoj monografiji o zakonskom pravu prvenstva ukazuje na ključne razlike između oba prava. Kako autor navodi, preferencijalno pravo je plod ugovora ili, preciznije rečeno, slobodne volje. Ono se najčešće stvara putem preferencijalnog pakta kao ugovora, ali moguće je da ponekad proizađe i iz neke jednostrane izjave volje. Tipičan primer za to je testament. Međutim, primarno je istaći da nikad ne nastaje na osnovu zakona<sup>577</sup>. Suprotno od toga, preempcija nastaje na osnovu zakona. Ograničenje slobode ugovaranja i prava svojine u cilju javnog interesa je ponekad neophodnost i proizilazi iz slova samog zakona<sup>578</sup>.

---

<sup>572</sup> Bull. Civ. I 2001, no. 166; JCP 2002 I 134, note F. Labarthe

<sup>573</sup> P. Y. Gautier, „Contrat speciaux”, *Revue Trimestrielle Droit civ* 2002, 117

<sup>574</sup> J. Schmidt (1982), 215-6

<sup>575</sup> Art. 1101 CC

<sup>576</sup> P. H. Antonmattei, J. Raynard, *Contrats speciaux*, LexisNexis Paris 2008, 25-6

<sup>577</sup> C. Saint-Alary-Houlin, *Le droit de preemption*, LGDJ, 1979, 232

<sup>578</sup> *Ibid.*, 232



Isto tako, preferencijalni pakt se uvek sklapa u interesu pojedinca. Može biti reč i o interesu grupe pojedinaca. Takav je slučaj kada se preferencijalni pakt predvidi u statutu jedne kompanije, sa ciljem zaštite ulaska trećeg lica u suvlasništvo, služeći pritom zajedničkim interesima postojećih suvlasnika. S druge strane, preempcija sledi kolektivni interes. Najčešće nalazi primenu u sferi urbanizma, u smislu sprovođenja socijalne politike po pitanju stanovanja<sup>579</sup>.

Najzanimljivije pitanje je ipak kako rešiti koliziju koja bi nastupila između ova dva prava. Kako C. Saint-Alary-Houlini ističe, u slučaju kolizije preempcija ima nadmoć u odnosu na preferenciju<sup>580</sup>. Mi delimo isto mišljenje. Ono se može potkrepiti sa više argumenata. Zakonsko pravo prvenstva ne zahteva upis nego je samo po sebi, zato što je propisano zakonom, suprotstavljivo trećim licima. Ono je uvek stečeno po snazi zakona, odnosno ranije u odnosu na preferencijalno pravo. Takođe, i sam CC jasno propisuje da „ugovorna sloboda ne dopušta da se putem nje derogiraju ona pravila koja su propisana u interesu javnog poretka“<sup>581</sup>. Javni interes je jasno demonstriran u konkretnom propisu. Preempcija je samo instrument u rukama zakonodavca da takav javni interes sprovede. Sprovođenju javnog interesa se ne može suprotstaviti preferencijalno pravo.

Međutim, cenimo da to ne treba da povlači ništavost preferencijalnog pakta, nego samo prednost titulara preempcije u odnosu na beneficijara iz preferencijalnog pakta. Ukoliko preempcija bude ispoštovana, a njen titular odbije zaključenje konačnog ugovora, ništa ne stoji na putu da taj isti ugovor bude ponuđen beneficijaru preferencije. Najzad, dužnik može da zaključi konačni ugovor i sa četvrtom osobom, ukoliko i beneficijar odbije prethodno ponuđeni konačni ugovor.

Smatramo da preferencija može da preovlada samo u slučaju ukoliko ona prethodi preempciji, odnosno ukoliko je preferencijalni pakt zaključen pre donošenja novog zakona koji propisuje novu zakonsku preempciju. U tom slučaju, u trenutku zaključenja pakta nije povređen Art. 1101, st. 2 CC-a. Suprotno rešenje značilo bi legalizaciju retroaktivnog važenja novog zakona nauštrb već stečenih građanskih prava privatnih lica u pravnom prometu. Otuda, pri ovakvoj konstelaciji, to rešenje smatramo neprihvatljivim.

### 5.6.2.3. Izvršenje preferencijalnog pakta

Kao i svaki drugi ugovor, i preferencijalni pakt treba da predviđa odnosne sankcije kao garanciju za njegovo izvršenje, tj. poštovanje. Kod ovog ugovora u francuskom pravu stvar je posebno delikatna zbog njegovog razvoja od strane sudske prakse u situaciji apsolutne pasivnosti zakonodavca.

Dodatna otežavajuća okolnost je i pojava trećeg lica. Ona prouzrokuje potrebu da sankcije budu usmerene ne samo prema obećavaocu kao dužniku iz preferencijalnog pakta nego i prema svim trećim licima koja bi sa obećavaocem zaključila konačni ugovor i tako sudelovala u povredi preferencije iz preferencijalnog pakta, prethodno zaključenog između beneficijara i obećavaoca.

---

<sup>579</sup> *Ibid.*, 231

<sup>580</sup> *Ibid.*, 232, identično o tome vid. F. Terre *et al.* (2013), 218. Autori takođe ističu da u takvom slučaju beneficijar preferencijalnog prava ima pravo da pozove obećavalaca na ugovornu odgovornost zbog neizvršenja obaveza iz pakta.

<sup>581</sup> Art. 1102 al. 2 Code Civil

Međutim, dugo je u francuskom pravu bio prisutan stav da zaključeni ugovor nauštrb preferencijalnog pakta nije ništavan. On je regularno stvoren, jer je obećavalac prilikom zaključenja preferencijalnog pakta ostao titular prava koje je predmet konačnog ugovora<sup>582</sup>.

Pa tako, jedinu moguću sankciju obaveze činjenja iz preferencijalnog prava, sudska praksa je videla u zahtevu za naknadu štete na ime ugovorne odgovornosti, koji je upućen dužniku. Ništavnost bi se mogla zahtevati samo u slučaju eventualnog fraudoloznog zaključenja konačnog ugovora. Međutim, ni u tom slučaju sudska praksa nije priznavala mogućnost titularu preferencijalnog prava da stupi na mesto trećeg lica u konačnom ugovoru<sup>583</sup>.

Međutim, još je početkom XX veka bilo jasno da, ukoliko se želi govoriti o zaključenju jednog ugovora kao posledici izvršenja preferencijalnog pakta, mora se u jednoj tački stići do toga da pravo titulara preferencije preovlada u odnosu na prava trećih lica, u smislu da titular preferencije zahteva od obećavaoca da potonji sa njim zaključi konačni ugovor<sup>584</sup>. Više od pola veka kasnije, nakon daljeg neuspelog traganja za prikladnim rešenjem, u francuskim naučnim krugovima ponavlja se teza da autoritet preferencijalnog pakta nužno počiva na njegovoj efikasnosti, a koja se meri u odnosu na osobinu njegovog suprotstavljanja prema trećim licima. Takođe, kao relevantno pitanje i dalje ostaje i to, koje sankcije utvrditi prema obećavaocu, u slučaju kada on ne poštuje preferencijalni pakt<sup>585</sup>.

Pa tako, tek 2006. godine, prvi put mešovito odeljenje francuskog Kasacionog suda, sastavljeno od prvog i trećeg odeljenja građanskog, odeljenja privrednog i odeljenja socijalnog suda, putem odluke Ch.mixte 26 mai 2006 no. 03-19.376 et 03-19.495 ponudilo je sledeće konkretno rešenje: beneficijar jednog pakta je ovlašćen da zahteva poništenje konačnog ugovora između obećavaoca i trećeg lica zbog nepoštovanja njegovog preferencijalnog prava i da traži da stupi na mesto trećeg lica u konačnom ugovoru, pod uslovom da je treće lice bilo svesno postojanja preferencijalnog pakta i namere beneficijara da stupi u konačan ugovor<sup>586</sup>.

U ovoj presudi, suprotno sudskoj praksi u prošlosti, Kasacioni sud po prvi put nesporno priznaje i to da se poništenje ugovora zaključenog povredom preferencijalnog pakta može kao sankcija zameniti i solucijom da beneficijar zameni treće lice u konačnom ugovoru<sup>587</sup>.

Jedini uslov koji treba da bude zadovoljen je da se postupanje trećeg lica može okarakterisati kao *mala fides*, tj. nesavesnim. Ovakav uslov nalaže da je treće lice moralo da zna ne samo za postojanje preferencijalnog pakta već i za nameru beneficijara da svoje preferencijalno pravo iskoristi. Ukoliko ovi uslovi ne budu bili kumulativno zadovoljeni, treće lice postupa *bona fides*, tj. u dobroj veri.

Ukoliko pak treće lice postupa u dobroj veri, ono ne treba da brine za punovažnost konačnog ugovora, jer se tada konačni ugovor između njega i obećavaoca ne može dovoditi u pitanje. U tom slučaju bi jedino obećavalac, kao dužnik preferencijalnog pakta, bio ugovorno odgovoran i izložen zahtevu za naknadu štete<sup>588</sup>.

---

<sup>582</sup> J. Schmidt (1982), 225

<sup>583</sup> JCP 2002 I 134, note F. Labarthe. Autor ukazuje na bogatu sudsku praksu u tom pravcu – Bull. civ. 1997 no. 96, D. 1997, 475, JCP G 1997 II 22963, RTD civ. 1997, 98 i 685, Defrenois 1997, 1007, Contr. conc. consom. 1997 no. 129

<sup>584</sup> J. de Visscher, 25

<sup>585</sup> J. M. Mousseron, M. Guibal, D. Mainguy, *L'avant-contrat*, Lefebvre, Paris 2001, 302

<sup>586</sup> J. Mestre, B. Fages, „Obligations et contrat speciaux”, *Revue Trimestrielle Droit civ* 2006, 550

<sup>587</sup> *Ibid.*

<sup>588</sup> F. Leclerc, 57

Treba istaći da je ovakva odluka francuskog Kasacionog suda iz maja 2006. godine bila prekretnica u daljem razvoju preferencijalnog pakta. Pre njenog donošenja u francuskom pravu nije bila poznata mogućnost, odnosno pravo titulara preferencijalnog prava da zahteva da konačni ugovor sa trećim licem bude anuliran zbog povrede njegovih prava u situaciji kada je treće lice postupalo u lošoj veri<sup>589</sup>.

Takođe, dalja mogućnost da ugovor nadalje opstane, ali sa beneficijarom kao jednom od ugovornih strana, dodatno je osnažila ovakvu sankciju, dajući pritom preferencijalnom paktu i njegovom pravnom dejstvu značajno veću, respektabilnu efikasnost, upravo onakvu prema kakvoj se u prošlosti težilo i na čiju se potrebu često ukazivalo.

Rešenje je prihvatila dalja sudska praksa. Zadržao se uslov da je neophodno, ukoliko beneficijar preferencijalnog pakta zahteva poništenje ugovora između obećavaoca i trećeg lica, da treće lice zna za postojanje preferencijalnog pakta i odluku beneficijara da svoje pravo na prvenstvo iskoristi<sup>590</sup>. Dvojni uslov je zadržan i kada je u pitanju zahtev za supstituciju beneficijara na mestu trećeg lica u konačnom ugovoru<sup>591</sup>.

Izneto rešenje sudske prakse je ozbiljno reformisalo i dopunilo institut preferencijalnog pakta kao autonomnog ugovora francuskog prava. Rešenja sudske prakse su konačnu afirmaciju dobila putem reforme Code Civil-a iz 2016. godine, kada su potvrđena u slovu zakona. Time je ovaj institut u francuskom pravu zaokružen.

Novi Art. 1123 Code Civil-a uređuje preferencijalni pakt kao imenovani ugovor i kaže da je on ugovor putem kojeg se jedna ugovorna strana obavezuje da prvo njegovom beneficijaru ponudi da zaključi ugovor, u slučaju ako se odluči da ugovara. Ukoliko je ugovor zaključen sa trećim licem uz povredu preferencijalnog pakta, beneficijar ima pravo da zahteva naknadu za pretrpljenu štetu. Ukoliko je treće lice znalo za postojanje preferencijalnog pakta i nameru beneficijara da svoje pravo iskoristi, beneficijar ima pravo da zahteva ili poništenje ugovora ili svoju supstituciju na mestu trećeg lica u tako zaključenom ugovoru. Treće lice može pismeno da zahteva od beneficijara da se u razumnom roku koje treće lice odredi izjasni o postojanju pakta i o nameri da koristi preferencijalno pravo. Nakon isteka roka u kome beneficijar nije odgovorio, on nadalje ne može da zahteva supstituciju na mestu trećeg lica u konačnom ugovoru ili njegovo poništenje<sup>592</sup>.

Otuda, na kraju se stiglo do takvog rešenja da ukoliko obećavalac ne poštuje preferencijalni pakt, on može da bude osuđen na prisilno naturalno izvršenje. Sa mogućnošću naturalnog prisilnog izvršenja uvažena je potreba modernog pravnog prometa da onome kome su povređena prava bude dato pravo da nametne aktivno ponašanje ili propuštanje onog lica koje je na to obavezano. Takva mogućnost je prisutna u domenu građanskopravne odgovornosti u mnoštvu pravnih sistema<sup>593</sup>. Francuska je takođe krenula u tom pravcu, koji u novije vreme na terenu evropskih pravnih tradicija ispoljava određenu konvergenciju.

Treba podsetiti da preferencijalni pakt nema primarnu ulogu da rešava već nastali konflikt ili neko pretkonfliktno rivalstvo, nego on postoji da isto prevenira. Zbog toga dužnik ima obavezu preferencije, odnosno da zaključenje ugovora ponudi prvo svom poveriocu iz preferencijalnog pakta<sup>594</sup>. Međutim, u slučaju njegove povrede, mora postojati dovoljno efikasna sankcija, kako bi se moglo govoriti o njegovom pravnom dejstvu kao autonomnom

---

<sup>589</sup> B. Fages, *Revue Trimestrielle Droit civ* 2009, 524

<sup>590</sup> D. 2007, 579

<sup>591</sup> D. 2007, 1301

<sup>592</sup> Art. 1123 CC

<sup>593</sup> G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, Paris 2010, 43

<sup>594</sup> F. Collart-Dutilleul, *Les contrats préparatoires a la vente d'immeuble*, Sirey, Paris 1988, 52

ugovoru. Cenimo da je kroz Art. 1123 CC-a potvrđeno i iskristalisano rešenje sudske prakse koje daje zadovoljavajuće garancije u tom pravcu.

#### 5.6.2.4. Forma preferencijalnog pakta

O formi preferencijalnog pakta se u naučnoj teoriji ne vodi neka ozbiljna rasprava. Takođe i Code Civil nije našao za potrebno da, prilikom zakonskog uređenja instituta preferencijalnog pakta kao imenovanog ugovora, nametne određenu formu kao uslov punovažnosti preferencijalnog pakta. Pitanje naravno treba razmatrati u kontekstu forme konačnog ugovora, naročito kada je njen karakter *ad solemnitatem* u odnosu na punovažnost konačnog ugovora.

Pri sprovođenju istraživanja naišli smo na stav J. Schmidt-a o tome da preferencijalni pakt ne podleže istim formalnostima koje se zahtevaju kada je reč o konačnom ugovoru. Ovakvo rešenje se, s druge strane, treba zadržati, kako autorka navodi, kada je reč o jednostranom obećanju. Razlika proizilazi iz različite pravne prirode ova dva pravna posla<sup>595</sup>.

Smatramo da takav stav treba podržati iz dva razloga. Kao prvo, radi se o preferencijalnom pravu koje je, kako smo ranije istakli, po svojoj prirodi obligacionog karaktera. Ono nije stvarno pravo da bi se kroz formalizam garantovao neki javni interes. Tu treba takođe imati u vidu i činjenicu da konsenzualizam u francuskom pravu uživa široku zastupljenost.

Drugo, forma čuva lične interese pojedinaca u smislu da ih odvrati od donošenja naglih i nepromišljenih odluka ili da se jasno zna sadržina ugovora. Dostupnost sadržine ugovora trećim licima može da nalaže određivanje forme u pravcu zaštite javnog interesa. Međutim, u konkretnom slučaju sadržina konačnog ugovora tek treba da se pregovara i određuje. Otuda, kod preferencijalnog pakta nisu prisutne gore navedene potrebe za zaštitu, koja bi bila pružena kroz formu. Neodređenost sadržine konačnog ugovora u trenutku zaključenja preferencijalnog pakta isključuje potrebu eventualnog postojanja pravila o paralelizmu formi.

#### 5.6.2.5. Preferencijalni pakt i srpsko ugovorno pravo prvenstva

Preferencijalni pakt se ne može uporediti s predugovorom iz čl. 45 ZOO-a iz razloga što nijedan saugovarač nije konačno pristao na zaključenje glavnog, tj. konačnog ugovora. Obećavalac se obavezao da ponudu za zaključenje glavnog ugovora uruči prvo beneficijaru, a potom drugim učesnicima u pravnom prometu, ukoliko se eventualno reši da ugovara. Beneficijar isto tako zadržava pravo da odbije eventualnu ponudu ako proceni da stupanje u ugovor ne pogoduje njegovim interesima u tom trenutku.

S druge strane, kroz ugovor iz čl. 45 ZOO-a saugovornici su odredili sadržinu glavnog ugovora i obavezali se na njegovo zaključenje. Nije isključeno ni to da se samo jedna strana obavezala u tom smislu. Međutim, suština je u tome što se ona obavezala da svoju volju još jednom ponovi. Takvim obavezivanjem ona je de facto dala svoju konačnu saglasnost. Njeno ponavljanje je samo tehničkog karaktera, zato što je kroz predugovor izražena volja dovoljna za zaključenje glavnog ugovora. U njoj su sadržani bitni elementi glavnog ugovora (čl. 45, st. 3 ZOO) i ona je snabdevena istom formom kao ona za formiranje glavnog ugovora (čl. 45, st. 2 ZOO). Ako tehnička repeticija forme izostane, ona će biti zamenjena prisilnim izvršenjem (čl. 390, st. 1 ZIOP).

---

<sup>595</sup> J. Schmidt (1982), 218

Otuda, preferencijalni pakt više sličnosti pokazuje sa srpskim ugovorom koji stvara pravo prvenstva za poverioca. Zakon o obligacionim odnosima kao imenovani ugovor uređuje prodaju sa pravom preče kupovine. Ugovornom odredbom o pravu preče kupovine obavezuje se kupac da izvesti prodavca o nameravanoj prodaji stvari određenom licu, kao i o uslovima te prodaje, i da mu ponudi da on stvar kupi za istu cenu<sup>596</sup>. Za razliku od francuskog preferencijalnog pakta, rok za odgovor beneficijara je u ZOO-u jasno utvrđen i on iznosi 30 dana<sup>597</sup>. Štaviše, od beneficijara se zahteva da, odmah nakon izjave da će da iskoristi pravo preče kupovine, isplati i cenu<sup>598</sup> ili da dâ obezbeđenje za period od zaključenja ugovora do dospeća obaveze o isplati cene<sup>599</sup>.

Na terenu autonomije volje se u srpskom pravu, pored pomenute preče kupovine, mogu slobodno razvijati i druga prava prvenstva. Ipak i pored sličnosti rešenja između srpskog ugovornog prava preče kupovine i francuskog preferencijalnog pakta treba istaći da srpsko pravo nema potrebe za preferencijalnim paktom nalik francuskom. Argumenti za takav zaključak su vidljivi još na normativnom nivou. Najbolje se ispoljavaju po pitanju prava svojine.

Naime, u srpskom se pravu svojina stiče derivatno, kroz odnosni titulus. Kako ZOSPO propisuje, na osnovu pravnog posla pravo svojine na nepokretnost stiče se upisom u javnu knjigu ili na drugi odgovarajući način određen zakonom<sup>600</sup>. Na osnovu pravnog posla pravo svojine na pokretnu stvar stiče se predajom te stvari u državinu sticaoca<sup>601</sup>.

Pravo svojine nad nepokretnostima se stiče upisom u registar nepokretnosti<sup>602</sup>. Upisom se stiču, prenose, ograničavaju ili prestaju pravo svojine i druga stvarna prava na nepokretnostima ako zakonom za pojedine slučajeve sticanja prava nije drukčije propisano<sup>603</sup>.

S druge strane, u francuskom pravu je prenos prava svojine translatoran. Kako CC propisuje, ugovor je perfektan i svojina prelazi od prodavca na kupca u trenutku kada su određeni predmet prodaje i cena i onda kada stvar nije isporučena niti je isplaćena cena<sup>604</sup>. Princip je zasnovan donošenjem Code Civil-a, odlukom Loi 1804-03-06 od 16. marta 1804. godine, i ostao je nepromenjen do danas<sup>605</sup>.

Zbog translatornog prenosa svojine, francusko pravo je usmereno da teži ka poništenju konačnog ugovora ili njegovom pristupanju od strane beneficijara iz preferencijalnog pakta, kako bi se povreda preferencije efikasno odstranila.

---

<sup>596</sup> Čl. 527 ZOO

<sup>597</sup> Vid. čl. 528, st. 1 ZOO

<sup>598</sup> Čl. 528, st. 2 ZOO

<sup>599</sup> Čl. 528, st. 3 ZOO

<sup>600</sup> Čl. 33 Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa („Sl. list SFRJ”, br. 6/80, 36/90, „Sl. list SRJ”, br. 29/96, „Sl. glasnik RS”, br. 115/2005 – dr. zakon)

<sup>601</sup> Čl. 34, st. 1 ZOSPO

<sup>602</sup> Vid. načelo upisa u čl. 3, st. 1, t. 1 Zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova („Sl. glasnik RS”, br. 41/2018, 95/2018, 31/2019)

<sup>603</sup> Čl. 6, st. 3 Zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova

<sup>604</sup> Art. 1583 CC

<sup>605</sup> Vid. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006441308&cidTexte=LEGI TEXT000006070721&dateTexte=20190924&oldAction=rechCodeArticle&fastReqId=1456827878&nbResultRech=1>, [pristupljeno 24.09.2019]

To nije slučaj u srpskom pravu. Srpsko pravo, zbog sticanja svojine na osnovu titulusa i modusa, ne isključuje postojanje dva titulusa, odnosno dva glavna ugovora o kupoprodaji. Dovoljno je da titular ugovornog prava preče kupovine, koju stiće, zabeleži u registru nepokretnosti. Zabeležba je upis kojim se u katastar nepokretnosti upisuju činjenice koje su od značaja za zasnivanje, izmenu, prestanak ili prenos stvarnih prava na nepokretnosti, koje se odnose na ličnost imaoca prava, na samu nepokretnost ili na pravne odnose povodom nepokretnosti<sup>606</sup>.

Zabeležba ne može biti osujećena glavnim ugovorom između dužnika i trećeg lica o prenosu prava svojine u korist trećeg lica, jer već su od upisa zabeležbe sva raspolaganja imaoca prava i upisi u katastru nepokretnosti koji su protivni svrsi upisane zabeležbe uslovni, i zavise od ishoda rešavanja stvarnih prava na nepokretnosti zbog kojih je zabeležba upisana<sup>607</sup>.

Zaključenje ugovora o kupoprodaji pri postojanju zabeležbe čini treće lice u svakom slučaju nesavesnim, jer srpsko pravo poznaje načelo javnosti koje podrazumeva da su podaci katastra javni i da svako može tražiti da izvrši uvid u te podatke, pod uslovima određenim ovim zakonom, kao i da se niko ne može pozivati na to da mu podaci upisani u katastru nisu bili ili nisu mogli biti poznati, te da se to ne može dokazivati<sup>608</sup>. Zbog toga je pretpostavka o nesavesnosti trećeg lica neoboriva.

Nadalje, kada titular ugovornog prava preče kupovine sazna za zaključenje kupoprodajnog ugovora između dužnika i trećeg lica, može da zahteva od dužnika da mu ponudi da on istu stvar kupi za istu cenu, saglasno obavezi iz prodaje sa pravom preče kupovine. Titular prava preče kupovine takvu ponudu može da izdejstvuje sudskim putem. On istu može da prihvati, međutim i ne mora. Njegovo je pravo da bude obavешten, a na njemu je potom da vaga svoje imovinske interese i da odluči da li će prihvatiti ponudu. Ukoliko titular ugovornog prava preče kupovine bude prihvatio navedenu ponudu, sklapa se još jedan ugovor o kupoprodaji, ovog puta između dužnika i titulara prava preče kupovine.

U konkurenciji dva ugovora o kupoprodaji, titular prava preče kupovine će na osnovu prethodne zabeležbe postati konačni vlasnik svojine predmeta na koji je imao pravo preče kupovine, a ugovor kojim je ovo pravo stvoreno biće ispoštovan. Dužnik će biti izložen ugovornoj odgovornosti prema trećem licu, jer nije ispunio svoju obavezu iz kupoprodajnog ugovora sa trećim licem, zbog toga što treće lice neće postati vlasnik predmeta kupoprodaje. Dalje pitanje njegove vlastite odgovornosti zbog zaključenja ugovora u prisustvu zabeležbe prevazilazi interes naše analize.

#### 5.6.2.6. Zaključak o preferencijalnom paktu u francuskom pravu

Na kraju, treba rezimirati sa tim da srpskom pravu nije potrebna ovakva vrsta predugovora koju poznaje francusko pravo i koja se u njemu pojavljuje pod imenom preferencijalni pakt. Zbog načina sticanja stvarnih prava kroz specifični modus, stvar se na terenu nepokretnosti rešava pravilima iz Zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova.

Pomenuti *modus auqerendi* povlači i posledicu da konkurentni glavni ugovor između dužnika i trećeg lica može opstati, jer on ne škodi implementaciji ugovora iz koga proizilazi

<sup>606</sup> Čl. 14, st. 1 Zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova

<sup>607</sup> Čl. 14, st. 2 Zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova

<sup>608</sup> Čl. 3, st. 1, t. 3 Zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova

pravo preče kupovine, pa otuda izostaje i potreba za zahtevom u pravcu njegovog poništenja. Takođe, u srpskom pravu ne postoji ni potreba da titular prava preče kupovine stupi na mesto trećeg lica, jer postoje sudski mehanizmi da se dužnik natera na zaključenje identičnog ugovora sa titularom prava preče kupovine.

Načelo javnosti odbacuje potrebu trećeg lica da se obrati titularu prava preče kupovine sa pitanjem o postojanju ugovora koji generiše takvo pravo. Namera titulara da iskoristi pravo preče kupovine takođe ne utiče na (ne)savesnost trećeg lica.

S druge strane, treba istaći da je preferencijalni pakt prva vrsta jednog predugovora u dosadašnjoj komparativnoj analizi koji pokazuje određenu autonomiju i regulaciju odnosa između saugovornika na jedinstveni način. Jedini navodni supstitut koji se nameće je preempcija. Međutim, kako smo već naveli, ni ovo poređenje nije prikladno, jer preempcija nastaje na osnovu zakona i promoviše javni interes, a preferencijalno pravo nastaje na osnovu saglasnosti volja ugovornih strana i promoviše privatni interes učesnika u pravnom prometu.

Cenimo da se srž posebne pravne prirode, odnosno autonomije i racionalne svrsishodnosti ovog pravnog instituta sadrži u činjenici da ugovorne strane nisu definitivno izrazile svoju volju u pravcu zaključenja glavnog ugovora, odnosno nisu preuzele obavezu u tom pravcu, nego je titular preuzeo obavezu da prvenstveno ponudi zaključenje glavnog ugovora titularu preferencijalnog prava, samo ukoliko se jednog dana eventualno odluči na zaključenje glavnog ugovora. S druge strane, i beneficijar ostaje apsolutno slobodan da takvu ponudu odbije.

### 5.6.3. Jednostrano (*la promesse unilaterale*) i dvostrano obećanje (*la promesse synallagmatique*)

#### 5.6.3.1. Pojam jednostranog obećanja (*la promesse unilaterale*)

Francusko pravo poznaje jednostrano obećanje (*la promesse unilaterale*) kao vrstu predugovora. Kao i preferencijalni pakt, i ovaj pravni institut je izrastao na polju autonomije volje ugovornih strana, koja je bila vođena potrebom pravnog prometa za ovakvim rešenjem. Kroz pravni život je ovaj institut dodatno oblikovan kroz sudsku praksu francuskih sudova. Naučni krugovi ga definišu sa lakoćom, a po pitanju pravnih dejstava takođe nije ostalo bitnih nejasnoća.

Jednostrano obećanje je sporazum putem kojeg se jedno lice, obećavalac, obavezuje prema drugom licu, beneficijaru, koji prihvata obavezivanje, da zaključi ugovor čije su odredbe u trenutku davanja obećanja određene, a u određenom roku, ukoliko beneficijar to zahteva<sup>609</sup>. Stvoreno pravo beneficijara putem ovakve saglasnosti volje naziva se pravo opcije<sup>610</sup>.

Otuda, jasno se može uvideti da je jednostrano obećanje zapravo opcioni ugovor. Ono je podobnije za upoređivanje sa opcionim ugovorom iz čl. 192 Nacrta SGZ-a iz 2015. godine nego sa predugovorom iz čl. 45 ZOO-a. Pošto ćemo opcionom ugovoru kao zasebnom institutu posvetiti poseban deo u ovom istraživanju, na ovom mestu ćemo izneti samo njegove osnovne konture, odnosno iskoristićemo *promesse unilaterale* kao uvod u dvostrano obećanje,

<sup>609</sup> F. Terre *et al.* (2013), 208, identično i P. Malaurie *et al.* (2016), 239; J. Schmidt (1982), 263; F. Benac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilaterale de vente*, LGDJ, Paris 1983, 24; F. Collart-Dutilleul, 13; R. Demogue, *Traite des obligations, Sources des Obligations t. II*, Librairie A. Rousseau, Paris 1923, 17

<sup>610</sup> Vid. Malaurie *et al.* (2016), 239

odnosno *promesse synallagmatique*, koje čini treću vrstu predugovora u francuskom građanskom pravu.

Dakle, predugovor ili *promesse unilateral* nastaje putem razmene saglasnosti volja između davaoca i primaoca obećanja, a koja tek nakon iskorišćavanja opcije prerasta u npr. ugovor o kupoprodaji, za slučaj kada se takva saglasnost dovodi u vezu sa kasnijim ugovorom o kupoprodaji. Otuda, zaključenjem jednostranog obećanja, obećavalac se ne obavezuje da održi svoju ponudu za zaključenje konačnog ugovora za određeni vremenski period, nego se on konačno obavezuje na formiranje konačnog ugovora, čije su ugovorne odredbe već utvrđene, a čije formiranje nadalje zavisi jedino od iskorišćavanja opcije<sup>611</sup>.

Ipak, dok opcija ne bude iskorišćena, između obećavaoca i primaoca obećanja nastaje jedan *avant-contrat*<sup>612</sup>. Autora jednostranog obećanja njegovo obećanje obavezuje, jer je bilo prihvaćeno. Između davalaca i primalaca obećanja nastaje ugovor koji nadalje vodi ka npr. ugovoru o kupoprodaji, ukoliko primalac obećanja opciju iskoristi i time prihvati ugovor o kupoprodaji<sup>613</sup>.

Kvalifikacija ovog sporazuma kao jednostrano obećanje ukazuje na to da se samo jedna ugovorna strana, obećavalac, obavezao definitivno, u smislu konačnog ugovora<sup>614</sup>. Takvo obavezivanje obećavalaca je centralni element ugovora o jednostranom obećanju<sup>615</sup>.

S druge strane beneficijar, kao titular opcije, ima prostora da razmisli da li će u okviru predviđenog roka da iskoristi opciju i da sa time pristupi, tj. da formira konačni ugovor<sup>616</sup>. Pošto je obećavalac svoju definitivnu saglasnost dao putem jednostranog obećanja, konačni ugovor se automatski formira u trenutku iskorišćavanja opcije<sup>617</sup>.

Otuda, opcionim ugovorom se u francuskom pravu ne prenosi svojina niti stvara neka eventualna obligacija davanja<sup>618</sup>. U osnovi moguće je jednostrano obećanje u odnosu na sve vrste ugovora, odnosno jednostrano obećanje zakupa, zajma, formiranja privrednih subjekata i sl.<sup>619</sup>

Pored toga, u francuskim naučnim krugovima je isto tako nesporno da sve obaveze konačnog ugovora treba da budu sadržane u ugovoru o jednostranom obećanju, a iz razloga što je iskorišćavanje opcije ograničeno na pristupanje konačnom ugovoru bez mogućnosti daljih modifikacija<sup>620</sup>.

Opcija u francuskom pravu ima tretman potestativnog prava. Ona nije ni obligacija ni stvarno pravo, nego potestativno pravo, a zbog moći zaključenja ugovora putem diskrecionog izražavanja volje od strane titulara. Opcija postoji u interesu beneficijara, jer je uvek u

---

<sup>611</sup> B. Fages, „Le processus de formation des contrats dans”, *La réforme du droit des obligations en France 5èmes Journées Franco-Allemandes* (sous la direction de Reiner Schulze, Guillaume Wicker, Gerald Mäsch, Denis Mazeaud), Société de législation comparée, Paris 2015, 52

<sup>612</sup> H. L et J. Mazeaud, F. Chabas, *Obligations theorie generale*, Montchrestien, Paris 1998, 130

<sup>613</sup> F. Chabas *et al.*, 130

<sup>614</sup> M. Fabre-Magnan (2007 241, identično o tome vid. C. Larroumet, 221

<sup>615</sup> F. Collart-Dutilleul, 13

<sup>616</sup> Umesto mnogih vid. F. Benac-Schmidt, 51

<sup>617</sup> J. Schmidt (1982), 210

<sup>618</sup> F. Benac-Schmidt, 24

<sup>619</sup> F. Terre *et al.*, 209, o tome i S. Neuville, „Promesse de contrat et contrat d’option”, *Melanges Philippe le Tourneau*, Dalloz 2007, 784

<sup>620</sup> J. Ghestin *et al.* (1993), 304, identično o tome vid. D.1994, 507, note F. Benac-Schmidt



prednosti onaj ko ima vreme da odluči da li pristaje na ugovor čije su odredbe, naročito cena, već utvrđene<sup>621</sup>.

Opcija postaje efektivna za obećavaoca u trenutku njenog iskorišćavanja, a samim tim i konačni ugovor obavezujući, bez mogućnosti da obećavalac u međuvremenu povuče svoju saglasnost u odnosu na konačni ugovor<sup>622</sup>. Iskorišćavanje opcije od strane beneficijara ne zahteva od obećavaoca ništa da učini, ne učini ili da dâ<sup>623</sup>. Takve karakteristike ukazuju na prikladnost klasifikacije opcije kao potestativno pravo.

Ovakva vrsta obećanja je najčešće korišćena kao instrument za zaključenje ugovora o nepokretnostima ili privrednih pravnih poslova<sup>624</sup>. Reformom iz 2016. godine institut *promesse unilaterale* je dobio svoje zakonsko zaokružjenje. Kako propisuje novi Art. 1124 CC-a, jednostrano obećanje je ugovor putem kojeg jedna strana, obećavalac, ugovara s drugom stranom, beneficijarom, pravo opcije za zaključenje ugovora kojem su sve bitne tačke već određene, i za čije formiranje nedostaje samo saglasnost beneficijara. Zaključeni ugovor nauštrb jednostranog obećanja sa trećim licem, koje je znalo za postojanje obećanja, je ništavan<sup>625</sup>.

Otuda, pravo opcije beneficijara je suprotstavljivo trećem licu samo ukoliko je ono postupalo u lošoj veri, odnosno ako je znalo za postojanje jednostranog obećanja u trenutku zaključenja vlastitog ugovora sa obećavaocem, pa tako sudelovalo u povredi njegove obaveze prema beneficijaru<sup>626</sup>.

Iz narativa zakonske odredbe je nedvosmisleno ukazano na to da je beneficijar titular opcije, jer njegova saglasnost nedostaje da bi se zaključio glavni ugovor. Postojanje opcije i njenog titulara u vidu samo jedne ugovorne strane podstiče raspravu o dvostranom obećanju, odnosno o *promesse synallagmatique*. Poznavajući prirodu jednostranog obećanja, otvara se niz pitanja u vezi sa dvostranim obećanjem.

Da li je kod dvostranog obećanja svako i titular opcije i obećavalac ili je glavni ugovor već nastao? U prilog potonjeg zaključka govori odredba iz Art. 1589 CC-a, koja propisuje da je obećanje prodaje zapravo ugovor o prodaji, ukoliko su ugovorne strane postigle saglasnost o predmetu prodaje i o ceni<sup>627</sup>. Postavlja se pitanje da li je ona imperativna i da li se po analogiji može odnositi na sva dvostrana obećanja. Potvrđan odgovor bi nas doveo do toga da dvostrano obećanje ne postoji, nego da je to samo pogrešan naziv za konačan ugovor.

S druge strane vredi razmotriti i alternativu da je svaki obećavalac istovremeno i titular opcije i da glavni ugovor eventualno nastaje onog trenutka kada jedan od njih aktivira opciju. Da li aktiviranjem opcije druga strana gubi svoje pravo opcije ili ona može da formira još jedan identičan ugovor? Pitanje koje se takođe nameće je – da li dvostrano obećanje odlaže pravna dejstva konačnog ugovora i koje su mogućnosti za njegovo prisilno naturalno izvršenje? Iz navedenih razloga proizilazi potreba da se dvostrano obećanje podvrgne temeljnoj analizi.

### 5.6.3.2. Dvostrano obećanje (*la promesse synallagmatique*)

---

<sup>621</sup> P. Mauraie *et al.* (2016), 240

<sup>622</sup> *Ibid.*

<sup>623</sup> M. Fabre-Magnan, (2016) 242

<sup>624</sup> J. Huet, G. Decocq, C. Grimaldi, H. Lecuyer, *Les principaux contrats speciaux*, LGDJ, Paris 2012, 125

<sup>625</sup> Vid. Art. 1124, st. 1 i 3 CC

<sup>626</sup> P. Mauraie *et al.* (2016a), 87

<sup>627</sup> Art. 1589, al. 1 CC

#### 5.6.3.2.1. Pojam dvostranog obećanja (*la promesse synallagmatique*)

Dvostrano obećanje (*promesse synallagmatique*) je predugovor u kome se svaka ugovorna strana obavezuje prema drugoj na zaključenje konačnog ugovora<sup>628</sup>. Ono u Francuskoj nastaje na terenu slobodne autonomije volja. Kako sudska praksa navodi, dvostrano obećanje, npr. kupoprodaje, nastaje razmenom jednostranih obećanja prodaje i kupovine koja su recipročna, imaju isti predmet i određuju iste uslove<sup>629</sup>.

Za razliku od jednostranog obećanja, kod dvostranog obećanja prodaje, titular opcije se u trenutku prihvatanja obećanja prodaje i sam obavezuje na kupovinu<sup>630</sup>. Zbog toga treba konstatovati da se kod dvostranog obećanja obe strane neposredno obavezuju na zaključenje budućeg ugovora<sup>631</sup>.

Rešenje podseća na predugovor iz čl. 45 ZOO-a. U njemu zapravo vidimo pandan predugovoru iz srpskog prava. Otuda komparativna analiza ovog instituta u odnosu na normativno rešenje iz srpske civilistike treba dovesti do daljih rezultata u pravcu dodatne spoznaje srpske verzije predugovora.

Tako, obećanje je jednostrano ili dvostrano u zavisnosti od toga da li je jedna ili su obe strane dale svoju saglasnost za zaključenje konačnog ugovora<sup>632</sup>. Isto tako, pošto ugovorne strane kroz dvostrano obećanje daju svoju saglasnost za ulazak u konačan ugovor o npr. kupoprodaji, neophodno je da one u tom trenutku poseduju poslovnu sposobnost za prodaju, odnosno za sticanje<sup>633</sup>.

Nadalje, efekat od prerastanja recipročnih jednostranih obećanja u dvostrano obećanje se u francuskim naučnim krugovima objašnjava pravnim dejstvom da ono nakon formiranja nadalje sprečava istek pojedinačnih jednostranih obećanja u smislu isteka roka za iskorišćavanja opcije<sup>634</sup>. Štaviše, govori se o tome da, pošto su obe ugovorne strane preuzele obavezu na konačno zaključenje potonjeg ugovora, nijedna od njih ne poseduje opciju<sup>635</sup>.

Otuda se nameće pitanje zašto uopšte zaključiti dvostrano obećanje, a ne neposredno konačni ugovor. Pitanje podseća na identičnu raspravu o autonomiji i svrsishodnosti (logičnosti) predugovora i u uporednom pravu. Legitimnost pitanja je očigledna i u odnosu na srpsku pravnu tradiciju.

#### 5.6.3.2.2. Formalnošću do glavnog ugovora

Građanskopravna naučna misao u Francuskoj objašnjava postojanje dvostranog obećanja kao posledicu niza formalnosti koje treba da se ispune nakon trenutka zrelog za postizanje saglasnosti između ugovornih strana na konsenzualnom nivou. Ono je češće i opredeljenje ugovornih strana, koje same, vođene svojim vlastitim interesima, kreiraju pomenute dodatne formalnosti.

Kroz tako postignute sporazume često se modifikuju pravna dejstva ovog pravnog posla. Za translatorski sistem sticanja stvarnih prava kao što je francuski, karakteristična modifikacija je odlaganje prenosa stvarnog prava npr. svojine nakon zaključenja ugovora i

---

<sup>628</sup> C. Larroumet, 267

<sup>629</sup> Bull. com. IV 2005, no. 234

<sup>630</sup> F. Leclerc, 66, identično o tome i J. Huet *et al.*, 430

<sup>631</sup> P. H. Antonmattei, J. Raynard, *Contrats speciaux*, LexisNexis, Paris 2008, 50

<sup>632</sup> J. Schmidt (1982), 265

<sup>633</sup> F. Collart-Dutilleul, 70

<sup>634</sup> F. Leclerc, 59

<sup>635</sup> P. Malaurie *et al.* (2016), 242

njegovo vezivanje za potonji momenat ili radnju kao što je npr. isplata cene, kada je reč o kupovini.

Ipak, neophodno je da se modifikacija pravnih dejstava ovog pravnog posla zadrži u okvirima njegovih osnovnih karakteristika, jer ako one budu previše izmenjene, biće reč o nekom drugom neimenovanom ugovoru, a ne o, za francusku pravnu praksu dobro poznatom, dvostranom obećanju.

Oblikovanje ovog pravnog instituta i njegova gipkost koju on demonstrira kroz razne modalitete biće predmet dalje analize. Naš je cilj da utvrdimo konkretna pravna dejstva, koja bi vodila do same pravne prirode ovog instituta. Rezultati utvrđivanja pravne prirode instituta trebalo bi da ponude odgovore na pitanje o autonomiji, odnosno svrsishodnosti dvostranog obećanja u francuskom pravu. Krajnji zaključci trebalo bi da budu relevantni i za srpski institut predugovora iz čl. 45 ZOO-a.

Pa tako, u francuskim naučnim krugovima često se navodi da ugovorne strane hoće da zaključe konačni ugovor, međutim takav ugovor u trenutku postizanja saglasnosti ne može da bude zaključen jer mu nedostaje jedan bitan element za punovažnost, a to je odobrenje organa javne vlasti<sup>636</sup>. Dvostrano obećanje se ističe kao korisno i u situaciji kada jedna strana treba prethodno da pribavi određenu neophodnu dokumentaciju<sup>637</sup>.

Takođe u određenim situacijama kupac hoće da kupi predmet prodaje samo pod uslovom dobijanja zajma, što takođe ne zavisi od njega<sup>638</sup>. Treba očekivati i slučaj u kome se teži cilju zaštite od eventualne nesolventnosti kupca, zbog čega prodavac može u dogovoru sa kupcem postići saglasnost da svojina ne prelazi na kupca do trenutka potpune isplate kupoprodajne cene<sup>639</sup>.

Nadalje, dvostrano, tj. recipročno obećanje, kao ugovor putem kojeg se ugovorne strane obavezuju na davanje saglasnosti za zaključenje jednog budućeg ugovora, može da podleže budućoj formalnosti, a koju se ugovorne strane obavezuju da naknadno ispune<sup>640</sup>. Otuda, autonomija dvostranog obećanja u vezi s konačnim ugovorom potiče upravo iz činjenice da ugovorne strane treba da naknadno dopune svoju saglasnost putem određenih formalnosti<sup>641</sup>.

Isto tako, ni ovaj predugovor ne zaobilazi pitanje njegovog prisilnog naturalnog izvršenja. Imajući u vidu principijelni stav prisutan u francuskoj građanskopravnoj tradiciji u poslednja dva veka, da se obaveze činjenja i nečinjenja ne mogu prisilno izvršavati, vredi razmotriti i hipotezu da se smisao dvostranog obećanja možda ispoljava u njegovoj jedinstvenoj sankciji na naknadu štete u visini ugovornog interesa, a koju pomenuti princip, u odsustvu prisilnog naturalnog izvršenja, nudi kao jedino moguće.

Ovakav epilog neodoljivo podseća na rešenje iz čl. 29, st. 4. Skice o zakoniku o obligacijama i ugovorima. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima je ovakav oblik predugovora nudila čak i u odsustvu postojanja svih bitnih elemenata glavnog ugovora u okviru sadržine takvog predugovora. Nadamo se da će nas dalja analiza u tom pravcu dovesti do vrednosnog suda i o ovom predlogu iz Skice.

---

<sup>636</sup> *Ibid.*

<sup>637</sup> D. 1992,457-8, note I. Najjar

<sup>638</sup> P. Malaurie *et al.* (2016), 242

<sup>639</sup> C. Larroumet, 274

<sup>640</sup> J. Schmidt (1982), 297

<sup>641</sup> *Ibid.*, 298

Na kraju treba istaći da se može očekivati da se na terenu slobodnog ugovaranja pojave i drugi razlozi koji bi indicirali potrebu postojanja, odnosno ukazali na autohtonost i svrsishodnost dvostranog obećanja. Nadalje ćemo razmotriti i pitanje da li su oni održivi ili su samo indicije koje su pravni promet povele možda u pogrešnom pravcu, ili bar u pravcu koji nije ponudio neku nadgradnju postojećeg skeleta koji pripada opštem delu obligacionog prava.

#### 5.6.3.2.3. Administrativna dozvola kao uslov punovažnosti glavnog ugovora

Formula dvostranog obećanja se u francuskom pravu, kako F. Terre i ostali ističu, kod prodaje često koristi za slučaj kada sama prodaja između ostalog zavisi i od dobijanja jedne administrativne dozvole<sup>642</sup>. Ugovor koji ugovorne strane zaključuju pre dobijanja administrativne dozvole je dvostrano obećanje i ono ne može biti tretirano kao konačni ugovor<sup>643</sup>. Konačni ugovor nastaje u trenutku dobijanja dozvole od organa javne vlasti. Pritom je uvek reč o aktivnostima organa javne vlasti sa pozicije upražnjavanja *ius imperium*-a, a ne o državi kao fiskusu.

I sudska praksa vidi administrativnu dozvolu kao izuzetak od pravila da je dvostrano obećanje prodaje konačna prodaja, ukoliko su ugovoreni predmet prodaje i cena, a iz razloga što ono može biti konačna prodaja samo u slučaju postojanja administrativne dozvole, što prilikom zaključenja ovog dvostranog obećanja nije slučaj<sup>644</sup>, jer se sticanje dozvole događa kasnije.

Tako, dvostrano obećanje važi kao prodaja od trenutka sticanja administrativne dozvole bez potrebe za naknadnom ponovljenom izjavom volje ugovornih strana u tom pravcu, jer se dvostrano obećanje prilikom ispunjenja uslova, odnosno dobijanja administrativne dozvole ili odobrenja zajma, automatski transformiše u konačan ugovor<sup>645</sup>. Ovakva se opcija u francuskim naučnim krugovima objašnjava kao razumljiva i fer, jer štiti sticaoca prava od kasnijeg povlačenja prodavca iz prodaje, pri čemu bi takvo eventualno povlačenje predstavljalo postupanje u lošoj veri<sup>646</sup>.

Iznetu argumentaciju je teško potvrditi za srpsko pravo. Srpsko pravo poznaje dva vida administrativnih odluka koji utiču na građanskopravni ugovor, odnosno dozvolu i odobrenje. Često se sreće i naziv odobrenje, a koji se odnosi na obe administrativne odluke, dok kada se hoće istaći da je reč o potonjoj odluci, govori se o odobrenju u užem smislu.

Prvi utisak koji se vezuje za administrativno odobrenje je da se ono u srpskom pravu razmatra kao element van okvira saglasnosti volje i proučava na terenu forme<sup>647</sup>. Iako treba istaći da je razlika i u odnosu na samu formu nesporna. Odobrenje se može odnositi kako na formalne, tako i na konsenzualne ugovore, pa je samim tim jasno da se ono ne može izjednačiti sa formom<sup>648</sup>. U srpskom pravu se govori jedino o postojanju izvesnih sličnosti između forme i odobrenja<sup>649</sup>.

Dozvola prethodi ugovoru i ona je uslov njegove punovažnosti. To znači da bez dozvole nema ni ugovora. Međutim, analizirana situacija više podseća na zaključenje ugovora za koji

---

<sup>642</sup> F. Terre *et al.*, 215-6, identično i P. Mauraie *et al.* (2016a), 83; F. Leclerc, 59; JCP 44 II 2576

<sup>643</sup> J. Schmidt-Szalewski, *Droit des contrats*, Litec, Paris 1989, 105

<sup>644</sup> JCP 44 II 2576

<sup>645</sup> P. Mauraie *et al.* (2016), 243

<sup>646</sup> F. Benac-Schmidt, 95

<sup>647</sup> Vid. O. Antić, 341-343, S. Perović, 339-342

<sup>648</sup> O. Antić, 342, isti argument iznosi i S. Perović, 340

<sup>649</sup> Vid. S. Perović, 340

je potrebno odobrenje u užem smislu. Otuda naš fokus biće usmeren ka odobrenju u užem smislu tog pojma.

Odobrenje je naknadna saglasnost kada je ugovor već zaključen, ali da bi ostao na snazi potrebno je i rešenje organa kojim se taj ugovor odobrava, npr. odobrenje za izvoz određenih stvari, ili odobrenje otuđenja određenih stvari u državnoj svojini<sup>650</sup>. Otuda, ono predstavlja suspenzivni uslov, koji je neophodan da bi ugovor proizvodio pravna dejstva<sup>651</sup>.

Pa tako, odobrenje nije element saglasnosti volja koji bi bio neophodan da bi ugovor bio formiran. Ugovor postoji u trenutku postizanja saglasnosti po pitanju njegove sadržine, samo ne proizvodi pravno dejstvo do trenutka dobijanja odobrenja. Davanje odobrenja znači da je ugovor *ab initio* punovažan, ali i obrnuto: odsustvo odobrenja znači da ugovor nema pravno dejstvo<sup>652</sup>.

Iz toga proizilazi da se saglasnost, kao uticaj volje trećeg na nastanak ili opstanak ugovora, dakle, nalazi izvan volje ugovarača, pa ne može biti ni deo te izjave. Drugim rečima, saglasnost ne spada u privatnu autonomiju (autonomiju volje), već u njena spoljna ograničenja<sup>653</sup>, jer iako je njegova pravna sudbina u suštini podređena dobijanju odobrenja, ugovor je punovažan odranije.

U slučaju ispunjenja uslova, ugovor proizvodi pravno dejstvo onako kako je određeno njegovom sadržinom<sup>654</sup>. Ali, pritom radi se o istom pravnom poslu, o istom ugovoru, koji po pitanju svog postojanja zadržava svoj kontinuitet. Zbog toga francuska konstrukcija nije logična za srpsko pravo. Štaviše, čini nam se da se ista primedba, bez obzira na postojanje ovog pravnog posla u pravnom životu Francuske pod nazivom dvostrano obećanje, može izneti i za samo francusko pravo.

Jedina razlika između srpske i francuske pravne tradicije po ovom pitanju sastoji se u tome što ispunjenje odložnog uslova u srpskom pravu deluje *ex tunc*, odnosno retroaktivno do trenutka postizanja saglasnosti, dok glavni ugovor u francuskom pravu nastaje u trenutku ispunjenja uslova i prema tome i njegovo pravno dejstvo može jedino biti *ex nunc*. To je naročito važno u translatornim pravnim sistemima kao što je francuski, jer svojina prelazi na kupca u trenutku ispunjenja uslova, odnosno automatskog nastanka glavnog ugovora.

Cenimo da je srpsko pravo, u kome glavni ugovor (zapravo sve vreme je reč o jednom jedinstvenom ugovoru) važi *ex tunc*, prikladnije, jer su ugovorne strane htele da se obavežu i ranije, ali bile su sprečene zbog potrebe pribavljanja administrativnog odobrenja. Kad bi ga imali ili kad ono ne bi bilo potrebno, one bi se odmah obavezale u smislu glavnog ugovora. Jer odložni uslov je saugovornicima u ovom slučaju nametnut i opterećuje samu saglasnost volja.

S druge strane, lako se može za odložni uslov ugovoriti i *ex nunc* dejstvo, ukoliko ugovorne strane smatraju da uslov sa takvim dejstvom nakon njegovog ispunjenja više pogoduje njihovim imovinskim interesima.

Isti se zaključak može izneti i kada je reč o fiskalnim formalnostima. Fiskalne formalnosti imaju za cilj obezbeđenje državnih interesa na planu prikupljanja poreza. Tako, u srpskom pravu se ne može izvršiti formalnost publiciteta (upis u zemljišnje knjige) bez

---

<sup>650</sup> O. Antić, 341

<sup>651</sup> Tako i S. Perović, 339

<sup>652</sup> O. Antić, 342

<sup>653</sup> *Ibid.*, 341

<sup>654</sup> To znači, ako se odobrenje dobije, ugovor proizvodi pravna dejstva od momenta njegovog zaključenja, a ukoliko odobrenje ne bude dato, ugovor neće proizvoditi pravna dejstva. S. Perović, 339

fiskalne formalnosti, tj. ukoliko se prethodno na samom ugovoru ne udari pečat kojim se potvrđuje naplata poreza na promet<sup>655</sup>. Najčešće fiskalne formalnosti ne utiču na zasnivanje prava i obaveza ugovornih strana<sup>656</sup>.

Međutim, poznata je i pravna praksa da notari ne žele ni da solemnizuju ugovor ukoliko porez prethodno ne bude plaćen, odnosno ukoliko nacrt ugovora ne bude snabdeven poreskim pečatom. Tada se može reći da odobrenje državnog organa deluje kao dozvola čije dodeljivanje neophodno prethodi zaključenju ugovora.

Eventualno razmišljanje u pravcu zaključenja predugovora sa ciljem obavezivanja pre dobijanja dozvole od strane poreskog organa je takođe isključeno, a zbog postojanja pravila o paralelizmu forme, predviđenog u čl. 45, st. 2 ZOO-a. Predviđeni paralelizam formi kao uslov punovažnosti i samog predugovora, sprečava upravo ovakve pokušaje zaobilaznja imperativnih propisa, u konkretnom slučaju odobrenja poreskog organa.

Na kraju, treba rezimirati sa time da zaključenje predugovora u smislu dvostranog obećanja do dobijanja administrativne dozvole, odnosno odobrenja ne bi pronašlo svoje mesto u srpskom pravu. Ostaje pitanje koliko je potreba administrativnog odobrenja argument za postojanje dvostranog obećanja i u samom francuskom pravu, zbog niza zamerki koji se u odnosu na njega mogu izneti.

#### 5.6.3.2.4. Dvostrano obećanje i zaključenje formalnog akta (*acte authentique*)

Često je u francuskom pravu, da bi se mogla napraviti konkretna razlika između dvostranog obećanja i konačnog ugovora, potrebno da prilikom zaključenja konačnog ugovora, pored saglasnosti volja, bude ispunjena i određena formalnost. Kroz takvu formalnost i dvostrano obećanje dobija konkretan značaj. Koncept o postizanju sporazuma putem dvostranog obećanja ne treba shvatiti kao stvaranje konačnog ugovora, nego samo kao obavezu za njegovo kasnije zaključenje, kroz ispunjenje određene dodatne formalnosti, pri čemu bi jedino i nastao konačni ugovor<sup>657</sup>.

Takva pozicija ugovornih strana je za francuske sudove prihvatljiva. Punovažnost dvostranog obećanja, koje predstavlja autonoman ugovor, pretpostavlja da njegova saglasnost obuhvata sve bitne elemente konačnog ugovora, pošto izražava postignutu saglasnost po pitanju istog. Međutim, autonomija volja omogućava ugovornim stranama da odaberu konkretnu formu, u kojoj će oni tu vlastitu saglasnost još jednom da izraze<sup>658</sup>. U konkretno analiziranom slučaju radi se o izradi formalnog akta.

Izražena volja ugovornih strana putem dvostranog obećanja može se shvatiti na dva načina. Time se javlja potreba za tumačenjem izražene volje. Ispitivanje volje se treba odvijati u pravcu pronalaska obima pravnih dejstava koje su ugovorne strane htele dati pri izradi formalnog akta (*acte authentique*)<sup>659</sup>.

Treba istražiti da li su ugovorne strane htele samo da odlože pravna dejstva npr. prodaje, naročito prenos svojine<sup>660</sup> ili da uopšte odlože zaključenje samog ugovora<sup>661</sup>.

---

<sup>655</sup> O. Antić, 343

<sup>656</sup> S. Perović, 340

<sup>657</sup> F. Terre *et al.*, 214

<sup>658</sup> D.1988, 82, note J. Schmidt

<sup>659</sup> J. Ghestin *et al.* (1993), 314

<sup>660</sup> O uobičajenim razlozima i načinima odlaganja prelaska prava svojine na kupca vid. P. Malaurie *et al.* (2016a), 85; C. Larroumet, 819. Takođe, pored klasičnih građanskopravnih uzroka, vredi pomenuti i dejstvo u pravcu kasnijeg dospevanja poreske obaveze na promet prava nekretnina. Vid. J. Huet *et al.*, 432. Pritom treba imati u vidu da prenos svojine zapravo nikad nije neposredna obaveza na strani jednog saugovornika. Ona predstavlja

Ispitivanje prave volje ugovornih strana je jako važno, jer ne treba pomešati nameru za buduće zaključenje ugovora o prodaji<sup>662</sup> sa već zaključenim ugovorom o prodaji<sup>663</sup> koji ima modifikovana pravna dejstva<sup>664</sup>.

Otuda, kako J. Schmidt navodi, dvostrano obećanje se kao predugovor može razlikovati od konačnog ugovora u nameri ugovornih strana da određenu formalnost postave kao uslov za formiranje konačnog ugovora, npr. ugovora o prodaji<sup>665</sup>. S druge strane, sudska praksa nalazi da izjava volje iz privatne isprave u smislu da pravna dejstva konačnog ugovora zavise od ispunjenja formalnosti u smislu izrade formalnog akta (obično notarskog zapisa) važi, ukoliko je nedvosmisleno data ili se to može konstatovati iz ostalih odredaba ili iz okolnosti u prisustvu kojih je dvostrano obećanje zaključeno<sup>666</sup>. Takav stav francuskih sudova ukazuje na njihovu spremnost da jedno takvo opredeljenje ugovornih strana uvažava uvek kada je ono dato.

Štaviše, prisutna je i teza da, čak i ukoliko su ugovorne strane želele da izradom formalnog ugovora odlože zaključenje konačnog ugovora, a ne samo nastupanje pravnih dejstava istog, a potom kasnije krenu u izvršenje konačnog ugovora, prethodno izjavljenu volju treba preispitati<sup>667</sup>. Sugerije se izmena u shvatanju volje ugovornih strana u smislu da su ugovorne strane odustale od odlaganja formiranja konačnog ugovora i da je njihova volja usmerena samo ka odlaganju određenih pravnih dejstava, pri čemu se odlaganje prenosa svojine ponovo nameće kao razumljiv razlog. Za to vreme, konačni ugovor postoji. Štaviše, kako se navodi, već se i krenulo u njegovo delimično izvršenje.

Otuda, u oba slučaja kada *promesse de vente* predstavlja prodaju sa odloženim prenosom prava ili dvostrano obećanje, obećavalac prodaje ne može biti osuđen na izvršenje obaveze prenosa svojine kupcu, zato što on još nije dužnik takve obaveze<sup>668</sup>, ili zato što pravno dejstvo odnosne obaveze još nije nastupilo.

Koncepcija je u francuskim naučnim krugovima podvrgnuta ozbiljnoj kritici, kojoj se i mi putem ove analize pridružujemo. Naime, kako P. Malinvaud navodi, u gore navedenoj konstelaciji se dvostrano obećanje razlikuje od same prodaje jedino po tome što je prenos svojine odgođen za trenutak izrade formalnog akta. Otuda, prema ovom autoru nije reč o ugovoru koji priprema prodaju, nego o samom ugovoru o prodaji<sup>669</sup>. Odlaganje određenih pravnih dejstava je samo modalitet izvršenja konačnog ugovora koji postoji od samog početka<sup>670</sup>, a čiji se prenos svojine veže za potonju radnju, iz perioda nakon njegovog zaključenja.

---

samo željeni pravni efekat čije nastupanje je podređeno volji ugovornih strana. M. Fabre-Magnan, „Le mythe de l'obligation de donner”, *Revue Trimestrielle Droit civ.* 1996, 92

<sup>661</sup> J. Ghestin *et al.* (1993), 314

<sup>662</sup> Vid. F. Leclerc, 67

<sup>663</sup> J. Ghestin *et al.* (1993), 314, autor navodi Bull. civ. III 1988, no. 173

<sup>664</sup> Vid. P. Malaurie *et al.* (2016a), 97

<sup>665</sup> D. 1988, 82, note J. Schmidt

<sup>666</sup> D.H.1936.313, na šta upućuje D.1988, 82, note J. Schmidt; autorka nadalje navodi da na izradu formalnog akta ugovorne strane gledaju kao na odlučujući razlog, odnosno cene ga kao bitan element konačnog ugovora. Vid. D.1988, 83 note J. Schmidt

<sup>667</sup> D.1988, 82, note J. Schmidt

<sup>668</sup> *Ibid.*, 83, note J. Schmidt

<sup>669</sup> P. Malinvaud, *Droit des Obligations*, LexisNexis Litec, Paris 2007, 85

<sup>670</sup> Slično o tome vid. D.1988, 82, note J. Schmidt; J. Schmidt (1982), 299; jedino se u sudskoj praksi ističe da modifikacija ne može biti viđena kao suspenzivni uslov JCP 65 II 14312. Takav je stav francuskih sudova razumljiv jer zaključenje formalnog ugovora zavisi od volje ugovornih strana i nije eventualni događaj koji u budućnosti nastupa mimo volje ugovornih strana.

I F. Benac-Schmidt ističe da je logički nemoguće postojanje dvostranog obećanja prodaje, jer se mogu razviti samo dve alternative. U prvoj bi bilo reč o nacrtu ugovora, a u drugoj o odlaganju same prodaje u smislu prenosa prava svojine kroz određeni modalitet<sup>671</sup>.

Iznete zamerke uklapaju se u kontekst naše dosadašnje analize. Ukoliko je izrada formalnog akta uslov za zaključenje konačnog ugovora, odnosno predstavlja njegov bitan element, onda konačni ugovor prethodno ne postoji. Ugovorne strane su postigle saglasnost o svim bitnim elementima ugovora, osim o jednom. To je formalnost koja se dostiže izradom formalnog akta.

U takvoj situaciji treba reći da između ugovornih strana postoji delimični sporazum, jer postignuti obim saglasnosti volja nije dovoljan da stvori jedan ugovor. Strane imaju jedinstvenu obavezu dodatnog pregovaranja, dok nezaključenje formalnog ugovora povlači samo odgovornost za *culpa in contrahendo*.

Zamisliva je, međutim, i situacija u kojoj su ugovorne strane zaključile predugovor kojim se obavezuju da kasnije zakluče isti taj ugovor, samo u strožoj formi. Za punovažnost predugovora bi u tom slučaju bilo potrebno da je takva forma subjektivni element sa dejstvom *ad solemnitatem*, a ne da ona bude zahtevana od strane zakona, jer bi u potonjem slučaju, sledeći pravilo o paralelizmu formi, ista forma važila i za sam predugovor.

Tako, zaključenjem sadržinski istog potonjeg ugovora, samo u strožoj formi, nastupila bi pravna dejstva u skladu sa već predugovorom utvrđenom sadržinom. Ovakav pravni posao je na terenu autonomije volje moguć. Međutim, njega ne odlikuje svrshodnost.

Naime, slabost pomenute konstrukcije sastoji se u tome što dužnik može da odbije izradu formalnog akta. Otuda se postavlja pitanje zašto kasnije zaključiti ugovor u strožoj formi ukoliko se takva forma po zakonu ne zahteva. Jer, bilo bi lakše za poverioca da uđe u neposredni konsenzualni ugovor, ili čak i formalni, ukoliko kod saugovarača postoji volja za to.

Takođe, lakše je da se odlaganje pravnih dejstava veže za određenu vremensku tačku, odnosno da se odredi suspenzivni rok, umesto za radnju koja zavisi od dužnika. Ovakvo poređenje konkurentnih opcija naročito je važno u onim pravnim sistemima u kojima se obaveze *facere* i ne mogu prisilno naturalno izvršiti, nego se samo može zahtevati naknada štete u visini pozitivnog ugovornog interesa.

U tom kontekstu za francusko pravo F. Collart-Dutilleul ukazuje na to da je u pravnom prometu kod pretežnog dela pravnih poslova reč o, kako vodeća doktrina navodi, lošoj kvalifikaciji konačnog ugovora. Kao primer najčešće se navodi ugovor o prodaji. Prema pomenutoj doktrini, radi se zapravo o običnoj konsenzualnoj prodaji ili prodaji koja je sastavljena putem privatne isprave u pismenoj formi. Često je pritom reč o uslovljenoj ili oročenoj prodaji<sup>672</sup>.

Prema tome, teško se može očekivati da se u realnom, pre svega pragmatičnom pravnom životu pojavi ovakva konstrukcija konsenzualnog predugovora i formalnog glavnog ugovora. Pomeranje pravnih dejstava za kasnije i njihovo vezivanje za ostale konkretne radnje, kao što je npr. isplata kupoprodajne cene, takođe su samo dalji modaliteti izvršenja glavnog ugovora, koji postoji od samoga početka, tj. od trenutka kada je postignuta saglasnost o njegovim bitnim elementima.

---

<sup>671</sup> F. Benac-Schmidt, 91

<sup>672</sup> F. Collart-Dutilleul, 62, a u tome umesto mnogih vid. D.1992,457, note I. Najjar, P. Malaurie *et al.* (2016), 243



Jedini legitiman razlog za postojanje dvostranog obećanja koji je preostao tiče se sankcije za slučaj njegovog neizvršenja, odnosno u slučaju kada saugovarač odbije da pristupi formiranju formalnog akta i time spreči nastajanje konačnog ugovora<sup>673</sup>. Nameće se pitanje da li se njegovo davanje saglasnosti kroz formu formalnog akta treba okarakterisati kao obaveza činjenja, odnosno *facere*, što se u tradiciji francuskog prava kroz vekove svodilo na naknadu štete, ili se i za ispunjenje obaveze stvaranja formalnog akta ipak može tražiti prisilno naturalno izvršenje.

Ukoliko se prihvati prvo rešenje, autentičnost dvostranog obećanja sastojala bi se u tome što bi jedinu sankcija za povredu dvostranog obećanja predstavljao zahtev za naknadu štete u visini ugovornog interesa. Imajući u vidu činjenicu da bi u tom slučaju sam glavni ugovor već bio određen, moguće je razmišljati i u pravcu naknade štete u visini ugovornog interesa ovog ugovora. Pitanje treba podvrgnuti detaljnijoj analizi.

#### 5.6.3.2.5. Prisilno izvršenje dvostranog obećanja

Kako smo već naveli, dvostrano obećanje može da obavezuje na postizanje saglasnosti volja sa identičnom sadržinom, ali propraćeno određenim formalnostima, tj. izražavanjem volje u konkretnoj formi. Takva forma može biti stroža u smislu izrade specifičnog formalnog akta, ali i ne mora. Njeno utvrđivanje je prepušteno slobodnoj autonomiji ugovornih strana koje su zaključile dvostrano obećanje.

Osnovno pitanje ovog dela analize je kako tretirati obavezu da saugovornici izrade formalni akt nakon čije bi izrade nastupile pravne posledice konačnog ugovora, tj. putem kojeg akta bi se dvostrano obećanje transformisalo u konačan ugovor. Pitanje ne gubi na relevantnosti ni u slučaju kada je konačni ugovor već zaključen, a izrada formalnog akta, viđena kao modalitet izvršenja ugovora, za sebe vezuje prenos prava svojine. Time je izmenjeno translatorno dejstvo samog konačnog ugovora, koje u redovnim okolnostima stupa na snagu u trenutku zaključenja pomenutog ugovora.

Kada se ovo pitanje razmatra, u prvi plan dolazi Art. 1142 CC-a, koji je bio na snazi od proglašenja Francuskog građanskog zakonika 1804. godine do reforme iz februara 2016. godine, a koji propisuje da se sve obaveze činjenja ili nečinjenja, u slučaju neizvršenja od strane dužnika, svode na naknadu štete<sup>674</sup>. Otuda, relevantna je ocena obaveze davanja saglasnosti za zaključenje ugovora u predviđenoj formi i njeno tumačenje kao obaveze davanja (*dare*) ili obaveze činjenja (*facere*).

Izgleda da je u francuskoj sudskoj praksi činidba zaključenja glavnog ugovora kroz specifičnu formu nesporno tretirana kao obaveza *facere*<sup>675</sup>. Ona se povezuje sa autonomijom volje, odnosno sa slobodom svakog učesnika u pravnom prometu da odluči da li da ugovara ili ne. Štaviše, čini se da stari Art. 1142 CC-a predstavlja logičnu dopunu slobode ugovaranja.

Polemika se u francuskim naučnim krugovima i na terenu sudske prakse više vodi oko pitanja u kom se obimu treba pridržavati pravila iz sada već starog Art. 1142 CC-a. Na prvi pogled je nemogućnost prisilnog izvršenja veoma čudna, jer se kosi sa principom o obavezujućem dejstvu ugovora, koji zahteva da se ugovor izvrši onako kako on glasi. Zbog ovako nametnutog pravila, obaveza činjenja ili nečinjenja biva transformisana u alternativnu

<sup>673</sup> O takvom razmišljanju vid. RTD civ. 2000, 45

<sup>674</sup> Vid. stari Art. 1142 CC <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?sessionId=45F02823AC101FB A36CD05B524593E6C.tplgr29s3?idArticle=LEGIARTI000006436337&cidTexte=LEGITEXT000006070721&categorieLien=id&dateTexte=20160930>, [pristupljeno 14.09.2019]

<sup>675</sup> Vid. JCP 81 II 19697, D.1983, 617, RTD civ. 2000, 46, note J. Schmidt-Szalewski; takođe vid. F. Benac-Schmidt, 101; J. M. Mousseron *et al.*, 364

novčanu obavezu, koja ima za cilj da kompenzuje prouzrokovanu štetu zbog neizvršenja primarne obaveze<sup>676</sup>.

Pa tako, za francusku pravnu tradiciju izdvajaju se dve škole mišljenja. Prva se zalaže za dosledno poštovanje pravila iz starog Art. 1142 CC-a, dok druga pokazuje fleksibilnost u njegovoj primeni, odnosno navodi niz odstupanja od rigidnog tumačenja ovakvog propisa u konkretnoj vremenskoj dimenziji, a čija odstupanja ne bi trebalo da znače njegovu povredu kao pozitivnopravnog propisa.

Prva grupa autora u staroj odredbi iz Art. 1142 CC-a nalazi potvrdu da se, u slučaju nastalog konflikta neizvršenjem, sloboda ugovaranja dužnika izražena u smislu da ne ugovara smatra kao interes od većeg značaja u odnosu na interese poverioca<sup>677</sup>. Kako J. M. Mousseron i ostali navode, ukoliko konačni ugovor o prodaji nije zaključen, postoji samo obaveza činjenja koja se ne može prisilno izvršiti i čije neizvršenje rezultira jedino zahtevom za naknadu štete<sup>678</sup>.

Otuda se u francuskoj sudskoj praksi i ističe da u slučaju kada dužnik ne želi da potpiše notarski formalni akt, koji je uslov za sticanje svojine, ne treba zaboraviti da je on jedino dužnik po obavezi koja nadalje poveriocu daje jedino pravo na zahtev za naknadu štete<sup>679</sup>. Zbog toga, ova škola mišljenja govori o punovažnoj obavezi sa oslabljenim obaveznim dejstvom<sup>680</sup>.

Vođeni prethodnim konstatacijama i P. H. Antonmattei i ostali iznose zaključak da saugovarač koji odbije da zaključi formalnosti može da izigra svoju već datu saglasnost, a da pritom ne rizikuje dalje prisilno izvršenje. Autori idu i korak dalje i zbog nemogućnosti prisilnog naturalnog izvršenja dvostranog obećanja, klasifikuju ga kao jedan od ugovora o pregovorima<sup>681</sup>. Ipak, krajnji zaključak čini se malo preteranim, jer ne treba ispustiti iz vida da vrednosna restitucija predstavlja imovinski ekvivalent one koristi koju bi poverilac stekao u slučaju hipotetičkog prisilnog naturalnog izvršenja.

I J. Huet i ostali, zbog navedene karakteristike dvostranog obećanja, navode da se može podvući da dvostrano obećanje kao mehanizam tehnički nije dobro prilagođen vlastitom cilju i da dopušta da se nastupanje efekata iz glavnog ugovora drži u neizvesnosti sve dok njegovo zaključenje ne postane u potpunosti sigurno<sup>682</sup>. Dvostrano obećanje samo po sebi nije u stanju da pruži takvu garanciju, nego se dužnik i dalje pita.

Najzad, iznosi se i argument da upravo zbog toga što je dvostrano obećanje jedan predugovor koji se razlikuje od konačnog ugovora, bez obzira da li zbog takve saglasnosti volja njegovih saugovarača ili zbog volje zakonodavca, bilo bi neočekivano da se njegove obaveze mogu naturalno prisilno izvršavati<sup>683</sup>. Pritom, bila bi još jednom potvrđena i fundamentalna uloga volje u stvaranju novih obaveza<sup>684</sup>.

Druga grupa autora zalaže se za delimično odstupanje od starog Art. 1142 CC-a. Tradicionalno je u francuskoj pravnoj tradiciji stari Art. 1142 CC-a viđen kao prepreka za prisilno izvršenje po naređenju suda, a kojem sudskom naređenju, prema jednom delu

---

<sup>676</sup> G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilite*, LGDJ, Paris 2010, 49

<sup>677</sup> RTD civ. 2000, 46, note J. Schmidt-Szalewski

<sup>678</sup> J. M. Mousseron *et al.*, 363

<sup>679</sup> JCP 81 II 19697

<sup>680</sup> RTD civ. 2000, 40-1, note J. Schmidt-Szalewski

<sup>681</sup> P. H. Antonmattei *et al.*, 66

<sup>682</sup> J. Huet *et al.*, 436

<sup>683</sup> J. Schmidt-Szalewski (2000), 45

<sup>684</sup> *Ibid.*, 46

naučnih krugova, treba stvoriti neophodan prostor u sudskoj praksi. Takođe, predlaže se i restriktivno tumačenje Art. 1142 u cilju ograničenja njegovih dejstava<sup>685</sup>. Pritom se ističe mogućnost da sudska presuda zameni potrebnu volju dužnika pri izradi formalnog akta<sup>686</sup>

Otuda, prema ovoj grupi autora, moguće je i prisilno izvršenje, čak i obaveze činjenja, sve dok takve obaveze ne znače nasrtaj na individualne kvalitete dužnikove ličnosti<sup>687</sup>. Kako G. Durry tvrdi, period u kome je odnosni Art. 1142 CC-a propisan prevaziđen je i obaveza suda je da u svakoj prilici traži mogućnost da obezbedi izvršenje obaveza kako one glase<sup>688</sup>. Otuda je i u francuskoj sudskoj praksi prisutan stav da je svaki poverilac ovlašćen da zahteva prisilno izvršenje obaveze uvek kada je to moguće, jer je to pravo koje mu kao poveriocu pripada<sup>689</sup>.

Imajući u vidu navedeno, nova linija koju postavlja restriktivno tumačenje Art. 1142 CC-a u odnosu na prisilno izvršenje povukla bi se ispred ličnih obaveza, u smislu da se jedino lične obaveze činjenja ne bi mogle prisilno naturalno izvršiti. One predstavljaju granicu nakon čijeg se prelaska upada u sferu individualnih kvaliteta ličnosti dužnika. Kao takvu obavezu G. Durry ističe, između ostalih, i obavezu dužnika da učestvuje u izradi formalnog akta, pri čemu se prema ovom autoru takva obaveza ne može prisilno izvršiti, jer je reč o prestaciji lične prirode<sup>690</sup>.

Suprotno od toga L. Boyer ističe da, nakon određenog oklevanja sa ciljem da se spreči maliciozno tumačenje Art. 1142 CC-a, danas se u francuskom pravu priznaje mogućnost da sudska odluka zameni akt koji nedostaje<sup>691</sup>. I J. Mousseron i ostali, pored mogućnosti za zahtev na ime naknade štete, vide i mogućnost za prisilno izvršenje obaveze ponovljenog izjavljivanja volje u cilju stvaranja formalnog akta tako što bi sudska presuda zamenila dužnikov pristanak, u slučaju kada bi on odbio da potpiše formalni akt<sup>692</sup>.

Međutim, pritom ne treba ispustiti iz vida činjenicu da ova grupa autora zagovara prisilno izvršenje već postojećeg pravnog posla, a ne prisilno stvaranje novog ugovora. Jer u slučaju kada formiranje formalnog akta deluje suspendivno u odnosu na prenos svojine sa prodavca na kupca, kupoprodajni ugovor već postoji. Samo je njegovo translatorno dejstvo suspendovano do trenutka potpisivanja formalnog akta. Štaviše, i u slučaju kada se formalnim aktom formira konačni ugovor, on zapravo predstavlja izvršenje dvostranog obećanja, koje putem formalnog akta samo prerasta u konačni ugovor. Prema tome, može se o konačnom ugovoru govoriti kao o konačnoj metamorfozi dvostranog obećanja, za čije prisilno izvršenje plediraju pomenuti autori.

Navedenu šarolikost po pitanju prisilnog izvršenja dvostranog obećanja prekinuo je francuski zakonodavac putem reforme CC-a iz februara 2016. godine. Novi Art. 1221 CC-a propisuje da poverilac može, nakon opomene sa razumnim dodatnim rokom za ispunjenje, da zahteva prisilno naturalno izvršenje obaveze, osim ukoliko je takvo izvršenje nemoguće ili ukoliko postoji očigledna nesrazmera između interesa poverioca i troškova koje takvo

---

<sup>685</sup> G. Viney *et al.*, 49

<sup>686</sup> Vid. P. Malaurie *et al.* (2016), 243, interesantno ranije takođe J. Schmidt, vid. D.1988,82, note J. Schmidt

<sup>687</sup> Gazette du Palais 1970, 1, 283, note M. de Montera. Autor za analizirani period navodi sledeće autore: J. Carbonnier, *Droit civil, t. IV*, Paris 1969, 524, Marty et Reynaud, *Droit civil, t. II [1]*, 683, Planiol et Ripert, *Traite de droit civil t. VII*, 78

<sup>688</sup> G. Durry, RTD civ, 1970, 785-6

<sup>689</sup> Gazette du Palais 1970, 1, 282

<sup>690</sup> G. Durry, RTD civ, 1970, 786

<sup>691</sup> L. Boyer, *Encyclopedie Dalloz, Civil VII Pri-Seq*, Dalloz, Paris 1992, 27, slično vid. i J. M. Mousseron *et al.*, 364

<sup>692</sup> J. M. Mousseron *et al.*, 364

izvršenje prouzrokuje za dužnika<sup>693</sup>. Odredba je ubrzo nakon njenog donošenja dopunjena time da je za pozivanje dužnika na očiglednu disproporciju između njegovih troškova i interesa poverioca za namirenje neophodno da je dužnik prethodno postupao u dobroj veri<sup>694</sup>.

Time je i u francuskom pravu učinjeno približavanje prema ostalim evropskim pravnim tradicijama, koje se zalažu za izvršenje obaveze kako one glase, odnosno prisutna je konvergencija u pravcu doslednijeg poštovanja principa *pacta sunt servanda*. Naturalno izvršenje se ne sprovodi jedino u slučaju kada nije objektivno moguće, odnosno kada postoje materijalne ili pravne prepreke. Ličnost dužnika, kao polje na koje se ne može uticati pravnom silom, viđeno je kao pravna prepreka. Nova odredba CC-a je dodatno uvela i očiglednu disproporciju koristi između interesa poverioca i troškove koje prinudnim naturalnim izvršenjem padaju na teret dužnika.

Na pomenutom stanovištu srpsko pravo je bilo odranije. Odredba iz čl. 262, st. 1 ZOO-a glasi da „poverilac u obaveznom odnosu je ovlašćen da od dužnika zahteva ispunjenje obaveze, a dužnik je dužan ispuniti je savesno u svemu kako ona glasi“<sup>695</sup> i smatramo da ista nikad nije bila dovođena u pitanje. Čl. 390 Zakona o izvršenju i obezbeđenju, koji uređuje izdejstvovanje izjave volje, odnosno naturalno izvršenje obaveze na izjavu volje, samo je logična procesna norma koja predstavlja integralnu dopunu rešenja iz čl. 262, st. 1 ZOO-a.

Očekujemo da slična ideja bude ubuduće praćena i u francuskom pravu. Ipak ne isključujemo mogućnost da davanje izjave volje u francuskom pravu ubuduće bude tretirana kao lična obaveza, a koja bi i dalje upućivala jedino na naknadu štete kao sankciju za njeno neizvršenje, bez obzira što je rešenje prisilnog naturalnog izvršenja obaveze na izjavu volje u komparativnom pravu nesporno moguće i kao takvo funkcioniše u pravnom životu.

Cenimo, međutim, da je kod formiranja formalnog akta reč o ponavljanju jedne već izjavljene volje sa identičnom sadržinom, pa sudsko konstatovanje da je volja data, kao fikcija u postupku njenog izvršenja, ne bi trebalo da bude shvaćena kao povreda ličnosti dužnika. Njegova sloboda ugovaranja je uvažena u trenutku kada je dužnik preuzimao obavezu na zaključenje dvostranog obećanja ili konačnog ugovora sa odloženim translativnim dejstvom.

Ovakav rezime za francusko pravo možda je moguće kritikovati, međutim smatramo ga nespornim kada je reč o srpskom pravu. Otuda i ideju iz Skice o podvrsti predugovora koji upućuje jedino na naknadu štete smatramo prevaziđenom i cenimo da ne bi opravdala njeno svrstavanje u zakonski tekst. Ukoliko takav pravni posao bude ugovoren na polju autonomije volje ugovornih strana, treba reći da bi bio dopušten, ali da bi se zapravo radilo o alternativnoj obavezi zaključenja glavnog ugovora ili isplate određene svote novca, ekvivalentne predugovoru koji se povređuje. Pravo da optira između obe obaveze bi u tom slučaju imao dužnik.

Time, čini se, otpada i, bar za srpsko pravo, argument da se autentična priroda i svrsishodnost za zaključenje dvostranog obećanja, nalik na predugovor iz čl. 45 ZOO-a, ispoljava kao njegoa jedinstvena sankcija za naknadu štete u visini pozitivnog ugovornog interesa. Otuda se nameće i poslednje pitanje u kome posvećujemo pažnju francuskom pravu,

---

<sup>693</sup> Vid. Art. 1221 CC - Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 2

<sup>694</sup> Vid. Art. 1221 CC - Modifié par LOIn°2018-287 du 20 avril 2018 - art. 10, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=C4545550376FF840C08E36CB20F6B08E.tplgfr33s2?idArticle=LEGIARTI000036829851&cidTexte=LEGITEXT000006070721&categorieLien=id&dateTexte=>, [pristupljeno 01.10.2019]

<sup>695</sup> Vid. čl. 262, st. 1 ZOO

a to je – da li se u odsustvu potvrđenja svrsishodnosti, odnosno potrebe za autonomnim postojanjem dvostranog obećanja, svako dvostrano obećanje svodi na konačan ugovor, kao što je navedeno u Art. 1589 CC-a?

#### 5.6.3.2.6. Dvostrano obećanje prodaje i prodaja

Dvostrano obećanje ne vodi automatski ka zaključenju glavnog ugovora, nego ono objedinjuje saglasnosti volja obeju ugovornih strana, koje se obavezuju da potom ispune ugovorenu formalnost<sup>696</sup>. Nakon ispunjenja te formalnosti nastaje konačni ugovor. Otuda i činjenica koja se u francuskim naučnim krugovima ističe da je jako teško razlikovati konačan ugovor u odnosu na dvostrano obećanja, u slučaju kada konačni ugovor ne zahteva neku posebnu formu<sup>697</sup>.

U naučnim krugovima se dvostrano obećanje često objašnjava i kao od strane saugovornika pogrešno kvalifikovan konačni ugovor ili jednostrano obećanje, odnosno opcioni ugovor<sup>698</sup>. U tom kontekstu francuski zakonodavac propisuje odredbu da je reč o ugovoru o prodaji, u slučaju kada ugovorne strane u zaključenom dvostranom obećanju utvrde predmet prodaje i cenu<sup>699</sup>. Kod prodaje zemljišta traži se i predaja stvari u državinu primaocu obećanja, odnosno kupcu<sup>700</sup>.

Zadati smer od strane zakonodavca prate i francuski sudovi. Kako se u jednoj presudi francuskog Kasacionog suda navodi, prodaja je između ugovornih strana perfektna u trenutku kada su one postigle saglasnost o predmetu prodaje i ceni, dok nedostatak saglasnosti po pitanju nebitnih tačaka ne sprečava nastanak ugovora, osim ukoliko su ugovorne strane imale nameru da odlože zaključenje ugovora do trenutka dok i ta pitanja ne budu uređena<sup>701</sup>.

Odredba iz Art. 1589 je integralni nastavak pravila iz Art. 1583 CC-a koji uređuje da je ugovor između ugovornih strana perfektan i da kupac stiče pravo svojine na prodavčevu stvar ukoliko su ugovoreni predmet prodaje i cena, bez obzira na to što predmet još nije isporučen, niti je plaćena cena<sup>702</sup>.

Otuda postoje i stavovi u francuskim naučnim krugovima koji upućuju na nepostojanje dvostranog obećanja prodaje. Kako I. Najjar navodi, Art. 1589 CC-a govori o jednom pogrešnom obećanju. Pravo obećanje je, prema ovom autoru, jedino jednostrano obećanje, jer ono samo po sebi nije dovoljno da bude prodaja<sup>703</sup>. I P. Malaurie i ostali govore da se dvostrano obećanje na kraju svodi ili na konačan ugovor pod odložnim uslovom ili je reč o jednom nacrtu ugovora. Iz tog razloga, kako autori dalje navode, reforma iz februara 2016. godine ne pominje ovakav pravni posao, jer on kao takav jednostavno nema autonomnu prirodu<sup>704</sup>.

Ono se nadalje predstavlja kao korak koji nije neophodno preduzeti na putu ka konačnoj prodaji. Jednostavno, dovoljno je zaključiti konačnu prodaju pod suspenzivnim uslovom (Art. 1584 CC)<sup>705</sup>. I francuski sudovi su stanovišta da jedna odredba kroz koju se

---

<sup>696</sup> J. Schmidt (1982), 298

<sup>697</sup> C. Larroumet, 276

<sup>698</sup> Vid. F. Benac-Schmidt, 101

<sup>699</sup> Art. 1589, st. 1 CC

<sup>700</sup> Art. 1589, st. 2 CC

<sup>701</sup> D. 1988, 80

<sup>702</sup> Art. 1583 CC. O tome umesto mnogih vid. J. Huet *et al.*, 431. O tome da ovakva odredba nije imperativna, odnosno da nije reč o promociji javnog interesa vid. Bull.civ.I, no.31 1984, kako navodi J. Ghestin *et al.* (1993), 314

<sup>703</sup> D. 1992, 457, note I. Najjar

<sup>704</sup> P. Malaurie *et al.* (2016), 243

<sup>705</sup> P. Malaurie *et al.* (2016a), 97

predviđa uslov za konsekutivan prenos svojine ne utiče na samo postojanje ugovora o prodaji<sup>706</sup>.

Najdalje je u svojoj kritici otišao L. Boyer. Ovaj autor navodi da je dvostrano obećanje iracionalna konstrukcija koja ne može biti olako upotrebljena u pravnom prometu. Zapravo, kako autor nadalje ističe, svako dvostrano obećanje ne predstavlja ništa više nego pogrešnu kvalifikaciju ugovora o prodaji<sup>707</sup>.

Iako navedeni pravac razmišljanja iznosi utemeljene argumente o nesvršishodnosti dvostranog obećanja, odnosno o nepostojanju autonomije kod ovog pravnog posla, ipak je u francuskom pravu postojanje dvostranog obećanja kao pravni posao uobičajeno. Ono se, u nedostatku čvršćih razloga, oslanja na slobodu ugovaranja kao bazični princip ugovornog prava.

Kako C. Larroumet za francusku sudsku praksu zaključuje, u većini slučajeva deluje da namera ugovornih strana ipak više korespondira sa time da se obećanje kupovine i prodaje ne treba smatrati konačnom prodajom<sup>708</sup>. I u samoj sudskoj praksi često se ističu primeri iz kojih se da uočiti jasna namera ugovornih strana da se recipročno obećanje prodaje ne želi poistovetiti sa konačnom prodajom<sup>709</sup>. Zbog toga je neophodno priznati obećanje prodaje kao pravni posao koji nastaje na osnovu slobode ugovaranja. Reč je o slobodi koja takvom ugovoru daje originalni sadržaj i prema ugovornim stranama prikladnu kvalifikaciju. Pritom, potrebno je jedino da su ugovorne strane izrazile jasnu volju u navedenom pravcu<sup>710</sup>.

I sam L. Boyer je u kasnijim radovima delimično reterirao od prethodno pomenutog stava, ističući da pojava dvostranog obećanja sa ciljem odlaganja izvršenja konačnog ugovora ne treba da predstavlja problem u pravnom prometu<sup>711</sup>.

#### 5.6.3.2.7. Obećanje ugovaranja i forma

Princip konsenzualizma je u francuskom pravu široko rasprostranjen. Pismena ili svečana forma, propisana zbog zaštite javnog interesa, zahteva se samo u slučaju kada je potrebno da se treća lica uvere u postojanje odnosnog pravnog posla ili u slučaju kada forma ima za cilj da spreči prevaru. U tim slučajevima pridržavanje propisane forme predstavlja uslov za punovažnost. U ostalim slučajevima, forma ima za cilj da stvori samo ograničena dejstva, koja se odnose na to da zaštite volju, odnosno same ugovorne strane i njihovu slobodu ugovaranja<sup>712</sup>, često i od njihovog vlastitog ishitrenog odlučivanja.

U pogledu formalnosti, kao izuzetak od principa konsenzualizma, francuska sudska praksa za dvostrano obećanje nalaže da ono treba da prati formu konačnog ugovora, u slučaju kada je takva forma uslov za njegovu punovažnost<sup>713</sup>. Princip paralelizma formi, čvrsto afirmisan i u komparativnom pravu, svoje postojanje duguje pravnim dejstvima obećanja. Iako se često u naučnim krugovima govori da je obećanje manje važno od konačnog ugovora, treba razmotriti njegova pravna dejstva. Ako ono prerasta u konačni ugovor u onom trenutku

---

<sup>706</sup> Bull. civ. III 1988, no. 173a

<sup>707</sup> L. Boyer, „Les promesses synallagmatiques de vente”, *Revue Trimestrielle Droit civ*, 1949, 11

<sup>708</sup> C Larroumet, 269

<sup>709</sup> Vid. J. Mestre, *RTD civ.* 1990, 463-4

<sup>710</sup> F. Collart-Dutilleul, 63

<sup>711</sup> L. Boyer (1992), 25

<sup>712</sup> R. Demogue, 42

<sup>713</sup> J. M. Mousseron *et al.*, 361

kada postoji volja jednog od saugovornika u tom pravcu, ispostavlja se da je i ovaj pravni posao dovoljno važan da bi i sam bio podvrgnut strožoj formi<sup>714</sup>.

Francusko poresko pravo, vođeno poreskim ciljevima, nameće određenim jednostranim obećanjima prodaje dalje zahteve po pitanju forme. Naime, Art. 1840-a francuskog Poreskog zakonika nalaže da svako jednostrano obećanje koje se odnosi na prodaju ili iznajmljivanje jedne nekretnine ili na udela u preduzeću, u roku od 10 dana od prihvata obećanja od strane beneficijara mora biti predmet zaključenja formalnog pakta ili potvrđene privatne isprave, a pod sankcijom ništavosti. Ista se forma odnosi i na sve obaveze u vezi sa pomenutim obećanjima<sup>715</sup>.

Upečatljivo je da forma ne deluje *ad solemnitatem*, nego u periodu od 10 dana, u kome forma treba da bude zadovoljena da bi jednostrano obećanje ostalo na snazi. Ovakva i ostale neuobičajenosti proizilaze iz toga što je predmetna forma poreski, odnosno javnopravni transplantat u privatnom pravu.

Potreba za donošenjem ovakve pravne norme rukovođena je poreskim razlozima. Norma ima za cilj da se suprotstavi prevari koju čine profesionalci kao titulari opcionog prava, koji svoja prava opcije nadalje preprodaju svojim klijentima za naknadu, pri čemu takva transakcija ostaje sakrivena<sup>716</sup>, odnosno izmiče oporezivanju.

Poništenje deluje kao sankcija za nepoštovanje poreske obaveze<sup>717</sup>. Obaveza je javne prirode, a sankcija pogađa punovažnost jednostranog obećanja, odnosno ona je privatnopravna. Otuda se može konstatovati da je reč o javnopravnim razlozima van volje ugovornih strana, pri čemu se za ostvarenje javnog interesa koriste privatnopravne sankcije<sup>718</sup>. Norma se odnosi samo na jednostrano obećanje, dok dvostrano obećanje ne podleže formalnostima nametnutim Art. 1840-A francuskog Poreskog zakonika<sup>719</sup>.

Cenimo da je ovakva norma dodatni teret za ugovorne strane prilikom zaključenja jednostranog obećanja, a nametnuta je u cilju promocije i ostvarenja javnog interesa. Na polju privatnog prava u Francuskoj, čini se, vlada konsenzualizam, dok je pismena ili svečana forma izuzetak koji se prostire, kako na konačni ugovor, tako i na njegova obećanja. Otuda, može se govoriti o postojanju principa paralelizma formi i u francuskom pravu.

Imajući u vidu navedeno, treba rezimirati – ni propisi o formi ne daju dvostranom obećanju poseban značaj u odnosu na konačan ugovor. Štaviše, ono prati formu predviđenu za potonjeg. Na terenu forme se otuda ne može pronaći relevantan argument koji bi ukazivao na autentičnu pravnu prirodu i na svrsishodnost dvostranog obećanja, kao predugovor u francuskom pravu.

#### 5.6.4. Zaključak za francusko pravo

Francusko pravo je ponudilo dva autonomna vida instituta predugovora. Reč je o preferencijalnom paktu i o jednostranom obećanju, odnosno o opcionom ugovora. Oba vida predugovora su nastala na terenu autonomije volje, crpeći pritom stimulans za svoj razvoj iz potrebe koju je za njima ispoljavao pravni promet.

---

<sup>714</sup> R. Demogue, 45

<sup>715</sup> Art.1840-a Code général des impôts, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006313978&cidTexte=LEGITEXT000006069577&dateTexte=19790701>, [pristupljeno 02.10.2019]

<sup>716</sup> F. Leclerc, 62, identično i F. Collart-Dutilleul, 20

<sup>717</sup> P. H. Antonmattei *et al.*, 56

<sup>718</sup> U tom kontekstu vid. F. Collart-Dutilleul, 21

<sup>719</sup> J. Schmidt (1982), 307

Instituti su oblikovani kroz dvovekovnu sudsku praksu francuskih sudova, pri čemu su prolazili kroz različite etape svog razvoja. Pritom su bile prevazilažene poteškoće koje su se pojavljivale po pitanju njihovog pojma, pravnih dejstava i sankcija. Krunu svog oblikovanja su pomenute vrste predugovora dobile reformom iz februara 2016. godine, kada ih je francuski zakonodavac uvrstio u slovo CC-a. Time su razrešena i ona malobrojna preostala sporna pitanja, koja su se i dalje, s vremena na vreme, provlačila kroz sudsku praksu. Takođe su i prethodno utvrđena rešenja dobila svoju konačnu afirmaciju.

Zajednička karakteristika koja se odnosi na preferencijalni pakt i jednostrana obećanja sastoji se u tome što je u oba pravna posla bar jednom saugovaraču ostavljena mogućnost da naknadno izrazi svoju konačnu volju. Kada je reč o opcionom ugovoru, takvu slobodu naknadnog razmišljanja u vezi sa stupanjem u konačni ugovor uživa titular opcije.

S druge strane, kod preferencijalnog pakta dužnik nije dao svoju krajnju reč, jer on ima pravo da nadalje, nakon zaključenja preferencijalnog pakta, donese odluku da li će uopšte da ugovara konačni ugovor u odnosu na koji je preferencija prethodno dogovorena. Time je i dužnik iz preferencijalnog pakta zadržao slobodu ugovaranja, iako je predugovorom preuzeo određene obaveze. Sloboda ugovaranja odlikuje i titulara preferencije, jer i on ostaje slobodan, u slučaju ako mu dužnik preferencije predloži zaključenje konačnog ugovora, da može takvu ponudu da odbije, a da pritom to odbijanje bude bez negativnih pravnih posledica po njegovu imovinu.

Upravo u kontekstu između, s jedne strane, daljeg postojanja ugovorne slobode, bar kod jednog saugovarača, i stvaranja, odnosno preuzimanja određenih obaveza putem predugovora, s druge strane, ispoljava se autonomija i svrsishodnost predugovora kao pravnog instituta i kao pravnog posla. Cenimo da je francusko građansko pravo jasan dokaz u prilog ovakvoj tezi.

Na kraju, neophodno je pomenuti da je u francuskoj sudskoj praksi prisutno i dvostrano obećanje koje, istini za volju, najviše od sva tri vida predugovora nalikuje predugovoru iz čl. 45 ZOO-a. Kako smo već pomenuli, ono nastaje ukrštanjem dveju izjava o jednostranom obećanju, i pritom ne stvara opciju ni za jednog saugovornika. Ovakvoj konstrukciji se, čini nam se, s pravom, zamera to da može biti zamenjena suspenzivnim uslovom ili rokom, kako po pitanju stvaranja konačnog ugovora tako i po pitanju privremene suspenzije translatornog dejstva konačnog ugovora, za slučaj kada konačni ugovor postoji od samog početka.

Dvostrano obećanje nije postalo integralni deo CC-a ni reformom iz februara 2016. godine, što navodi na to da zakonodavac ovakvu saglasnost volja ne tretira kao autonomni imenovani ugovor koji bi bio vredan afirmacije u tekstu zakona. Štaviše, kroz novi Art. 1221 CC-a otklonjena je prepreka za prisilno izvršenje obaveza činidbe, čime se oslobađa dalji prostor za prisilno naturalno izvršenje dvostranog obećanja kroz fikciju stvorenu putem sudske presude. Pomenuto rešenje uživa veliku podršku u komparativnom pravu. Time je otklonjena i poslednja eventualna specifičnost ovakve konstrukcije, u smislu ugovora koji bi eventualno upućivao samo na naknadu štete, kao sankciju za njegovo neizvršenje.

Štaviše, čini nam se da odredba iz novog Art. 1221 CC-a polako trasira put za napuštanje dvostranog obećanja kao instrument regulacije određenih odnosa između učesnika u pravnom prometu i doprinosi njegovom laganom izumiranju. Takav zaključak nas navodi na konstataciju da ni analiza francuskog prava nije doprinela pronalasku određenih argumenata, odnosno razloga koji bi potkrepili pretpostavljenu autonomiju i svrsishodnost, odnosno specifičnost pravne prirode predugovora iz čl. 45 ZOO-a. Štaviše, u komparativnoj analizi francuskog prava nismo naišli ni na objašnjenja niti na potkrepu ideje da predugovor



iz srpskog prava zaslužuje da bude zakonska kategorija. To govorimo zato što se u francuskom pravu autonomija volje ugovornih strana, čini nam se, nameće kao jedino utočište za dvostrana obećanja, što francuski zakonodavac nije procenio kao dovoljan argument da dvostrano obećanje uvrsti u tekst reformisanog Code Civil-a.

## 6. Zaključak za Treći deo

Dosadašnja analiza opšte pravne teorije i komparativna iskustva nisu ponudila zadovoljavajuće argumente u korist autentičnosti instituta predugovora. Zaključci su primenjivi i na institut predugovora iz čl. 45 ZOO-a.

Čini nam se da je onaj deo teorije koji tezu o autonomiji i svrsishodnosti instituta predugovora temelji na činjenici o njegovoj dopuštenosti na osnovu slobode ugovaranja i postojanju predugovora u pravnom prometu u različitim pravnim tradicijama, zapravo, preskočio pitanje pravne prirode i logičke koncepcije predugovora i prišao ovom pravnom fenomenu previše dogmatski.

Dogmatski pristup je u raskoraku sa težnjama nauke, koja ima za cilj da ispita upravo te pretpostavke na kojima određeni institut počiva. U konkretnom slučaju trebalo je postaviti pitanje, zašto je predugovor autentični pravni instrument, a ne zadovoljiti se odgovorom da njega mora da odlikuje autonomna priroda i svrsishodnost, čim je toliko dugo prisutan u kontinentalnom pravnom životu.

Otuda cenimo da su pobornici instituta predugovora u pravnoj teoriji promašili glavno pitanje, odnosno uopšte se nisu njime bavili. Takav je stav zadržan čak i u trenucima kada je jedan deo pretpostavki na kojima počiva predugovor polako izmicao sa temelja njegovog pojma. Mislimo na odlazak realnih ugovora u istoriju, a koji nije bio dovoljan ni da prouzrokuje pokretanje ozbiljnije debate između zastupnika teze u korist autonomije predugovora.

Iz toga se stiče utisak da je za ovu grupu autora predugovor kao institut dat jednom za svagda i da ga nikakav dalji razvoj građanskog prava ne može dovesti u pitanje. Teza o njegovom fundiranju na osnovu autonomije volje je takođe nezadovoljavajuća. Ne iz razloga da neko u kontekstu predugovora istu spori, nego iz ugla da autonomija volje može da izrodi svakakve konstrukcije. Takav primer predstavljao bi i predugovor o predugovoru za zaključenje glavnog ugovora, koji bi takođe bio dozvoljen, ali ne bi istovremeno bio i tretiran kao institut građanskog prava, niti bi mu bilo posvećeno mesto u samom zakonu.

Kroz dalju analizu su nas vodila komparativna rešenja. Pa tako, analiza švajcarskog prava je značajna zbog više rezultata. Najpre je u švajcarskom pravu na najbolji način razobličena formula o tome da predugovor mora da sadrži bitne elemente glavnog ugovora, time što je pokazano da ne postoji opšte pravilo kako utvrditi bitne elemente za svaki ugovor, nego je ustanovljeno da je sud taj koji u svakom konkretnom slučaju, u jednoj saglasnosti volja, treba da procenjuje da li su obuhvaćeni svi bitni elementi konkretnog ugovora. Sud je pozvan da ispitivanje radi tako što će da traži jezgro konkretnog ugovora u njegovoj logičkoj celovitosti.

Potkrepu za ovakvu tezu pružaju neimenovani ugovori, a zbog nepostojanja njihove zakonske definicije u kojoj bi se mogli eventualno prepoznati bitni elementi ugovora. Takođe, subjektivno bitne tačke, koje se mogu pojaviti u svakom ugovoru, dodatno kompromituju prethodno izvedenu formulaciju. Otuda, može se reći da pravilo o obuhvatanju svih bitnih sastojaka glavnog ugovora kao uslov punovažnosti predugovora nije uniformna platforma za

ispitivanje punovažnosti svakog predugovora, nego prazna floskula. Ništa se ne bi promenilo kada bi ovakvo pravilo nestalo iz teksta čl. 45 ZOO-a.

Štaviše, sudovi su dovoljno kompetentni da ocene da je, u slučaju nedostatka jednog bitnog elementa ugovora, reč o delimičnom sporazumu, a ne o predugovoru. Takvom sudskom tumačenju nije neophodna dodatna instrukcija zakonodavca. Cenimo da je u tom kontekstu sasvim dovoljna norma o određenosti ili odredivosti predmeta obaveze (čl. 46, st 2. ZOO).

Ovakav zaključak deli i austrijska naučna misao. I ona polazi od toga da je pravilo o sadržaju bitnih sastojaka glavnog ugovora u okviru samog predugovora kao uslov njegove punovažnosti, u austrijskom pravu, suvisla zakonska kategorija.

Nadalje, analiza švajcarskog prava je pokazala i da je definicija predugovora zapravo samo priprema za st. 2 iz Art. 22 OR-a, kojim se zasniva princip paralelizma formi između predugovora i glavnog ugovora i da je potonja norma zapravo ona koja je bila cilj švajcarskog zakonodavca. Art. 1351 italijanskog Codice Civile-a je pokazao da se princip paralelizma može sa uspehom propisati i bez prethodne definicije predugovora. Na osnovu toga se može uvideti i suvislost Art. 22, parag. 1 OR-a.

Švajcarska naučna misao nije ponudila ni zadovoljavajuću argumentaciju u odnosu na tezu da je predugovor u korist trećeg lica zapravo dokaz za autonomiju predugovora. Naprotiv, njegova pravna dejstva i sadržinu „pokriva” neposredni ugovor u korist trećeg lica. Štaviše, potonji se nameće i kao logičnija i povoljnija opcija.

I u austrijskom pravu se na račun predugovora iznosi kritika da je on zapravo zaobilazni put do stvaranja obaveza iz glavnog ugovora. Ova kritika je u austrijskoj civilistici prisutnija u odnosu na ostale komparativnopravne tradicije. Razlozi se nalaze u tome što je zahtev za sadržinsko poklapanje, odnosno odredivost glavnog ugovora u okviru predugovora, kao uslov punovažnosti, normiran slovom zakona.

Dalja analiza austrijskog prava ukazala je na prevaziđenost koncepta realnih ugovora, koji se iznosio kao argument za postojanje konsenzualnih predugovora u službi pomenutih glavnih realnih ugovora. Štaviše, došli smo do zaključka da se instituti realni ugovor i predugovor isključuju, jer se predugovorom omogućava da bude izigrana realna forma koja se nameće kao uslov za nastanak glavnog realnog ugovora. Imajući u vidu činjenicu da je samo pitanje vremena kada će realni ugovori iz pravnog života u kontinentalnoj civilistici u potpunosti nestati, može se očekivati da potpuno nestane i odnosna argumentacija koja pledira u korist autonomne prirode i svrishodnosti predugovora.

Analiza nemačkog prava je ukazala na to da je u nemačkoj civilistici predugovor tretiran kao jedan neimenovani ugovor. Otuda se i teza o manjem obimu saglasnosti, odnosno manjeg stepena odredivosti predugovora u odnosu na glavni ugovor, pokazuje kao neodrživa. Jer, ukoliko je predugovor jedan nezavisni neimenovani ugovor, njemu se po pitanju punovažnosti nameću isti oni uslovi koji važe i za sve druge ugovore u nemačkom pravu, uključujući i glavni ugovor koji treba da proizađe iz takvog predugovora.

Pa tako mogućnost za sudsko upotpunjavanje pravnih praznina putem tumačenja može biti odlika ne samo predugovora nego i glavnog ugovora. Takva postavljenost nemačkog građanskog prava isključuje mogućnost da bi za punovažan predugovor bio dovoljan značajno manji obim saglasnosti volja u odnosu na glavni ugovor, jer je upotpunjavanje kroz tumačenje moguće za oba pravna posla.

Sudsko tumačenje, kroz koje bi sud upotpunio pravne praznine, zapravo je potraga za stvarnom i preciznijom voljom ugovornih strana. Polazna osnova suda je utvrđena dispozitivnim normama, načelom savesnosti i poštenja i običajima u pravnom prometu. Međutim, pomenuta osnova počiva zapravo na odredivosti predmeta. Bez dovoljne odredivosti predmeta bila bi nemoguća primena dispozitivnih normi ili tumačenje u skladu sa načelom savesnosti i poštenja.

Otuda, i nemačko pravo ukazuje na potrebu da je predmet predugovora u dovoljnom obimu određen da bi se kroz sudsko tumačenje mogla pouzdano utvrditi sadržina glavnog ugovora. Imajući u vidu da ista pravila važe i za neposredno zaključenje glavnog ugovora, i nemačko pravo upućuje na zaključak da ne postoji razlika u sadržinskom minimumu u korist predugovora, a u odnosu na glavni ugovor. Zbog toga otpada i mogućnost da se na ovom polju pronađe obrazloženje za specifičnu pravnu prirodu, odnosno za svrsishodnost instituta predugovora.

Analiza italijanskog prava uputila je na razmatranje translatornog dejstva ugovora u okviru romanske pravne porodice. Takva karakteristika jednog obligacionog ugovora u italijanskom pravu nameće pitanje da li se autentičnost predugovora može nalaziti u tome da on može da odloži translatorno dejstvo, odnosno da pomeri prenos stvarnih prava, a od trenutka obligacionog obavezivanja između saugovornika za kasnije.

Izneta teza je tačna, međutim, treba je odmah dopuniti zapažanjem da se konkretna pravna dejstva u italijanskom pravu mogu postići i putem zaključenja ugovora pod uslovom i opcionog ugovora. Štaviše, potonji instituti ispoljavaju karakteristike u pravcu pružanja efikasnije pravne zaštite tako što onemogućavaju dužniku da inicira dva sudska spora, prvi svojim nezaključenjem, a drugi svojim neizvršenjem glavnog ugovora.

Takođe, u pogledu ovih supstituta predugovora, za sudbinu glavnog ugovora je irelevantno eventualno gubljenje poslovne sposobnosti dužnika nakon njihovog zaključenja. S druge strane, gubljenje poslovne sposobnosti dužnika između trenutka zaključenja predugovora i dospevanja obaveze na zaključenje glavnog ugovora čini pomenutu obavezu subjektivno nemogućom i ima za posledicu izostanak zaključenja glavnog ugovora.

Navedene karakteristike ugovora pod uslovom i opcionog ugovora ozbiljno dovode pod znak pitanja potrebu za postojanjem predugovora u italijanskom pravu, odnosno njegovu svrsishodnost. Takođe, analiza nije iznela ni određene razloge u korist postojanja instituta predugovora u srpskom pravu.

Potreba za prethodnim zaključenjem predugovora u odnosu na glavni ugovor nije se ispoljila ni na terenu forme. Štaviše, italijanski zakonodavac zahteva paralelizam formi između predugovora i formalnog glavnog ugovora. Pravilo ima za cilj da izbegne da predugovor postane zaobilazni put ka stvaranju pravnih dejstava iz glavnog ugovora i da pritom osujeti ciljeve zbog kojih se određena forma nameće kao uslov punovažnosti glavnog ugovora. Imajući u vidu postojanje principa paralelizma formi i u srpskom pravu, isti se zaključak može izvući i u odnosu na srpski institut predugovora.

Nadalje, komparativna analiza je ukazala na preferencijalni pakt, kao na vrstu predugovora iz francuskog prava. On je pritom prvi predugovor u našoj analizi čija se autonomna pravna priroda može odbraniti. Međutim, njegovo prenošenje na teren srpskog prava, u onom obliku kako ga je videla francuska civilistika, je nepotrebno. Protiv takvog modaliteta govori činjenica da srpsko pravo poznaje model sticanja prava putem titulusa i modusa, a ne translatornim dejstvom samog pravnog posla.

Otuda se srpsko pravo prvenstva, koje predstavlja pandan francuskoj preferenciji, treba štiti i ostvarivati preko registra nepokretnosti. Načelo javnosti čini treće lice uvek nesavesnim, a prethodna zabeležba ugovora na osnovu kojeg titular stiče pravo prvenstva omogućava mu da na kraju on, a ne treće lice, stekne i stvarna prava iz glavnog ugovora, bez obzira što i treće lice poseduje potrebni titulus. Štaviše, može se zamisliti i situacija kada samo treće lice poseduje titulus, dok titular prava prvenstva može naknadno da svoj titulus stvori sudskim putem, odnosno prisilno.

Sloboda ugovaranja je u francuskom građanskom pravu iznedrila i jednostrano obećanje, kao drugu vrstu predugovora. I njegova se autonomna priroda može braniti istom pomenutom tezom, koja govori u prilog autentičnosti preferencijalnog pakta. Naime, i kod jednostranog obećanja jedna strana nije dala svoju konačnu saglasnost za zaključenje glavnog ugovora. Otuda, u komociji koju opcija pruža svom titularu, ispoljava se specifičnost opcionog ugovora. Rešenje se da poistovetiti sa opcionim ugovorom iz komparativnog prava.

Ukrštanje dva recipročna jednostrana obećanja je u francuskom pravu izgradilo pravni posao zvan dvostrano obećanje. Saugovornici su se konačno obavezali, a na putu do postizanja konačne volje ostale su kod ovog pravnog posla samo još određene formalnosti koje treba da budu zadovoljene. One su istovremeno i razlog za postojanje dvostranog obećanja, odnosno predstavljaju objašnjenje za njegovu svrsishodnost.

Analiza je pokazala da pomenuti razlozi nisu naročito ubedljivi. Time je i svrsishodnost dvostranog obećanja dovedena pod ozbiljan znak pitanja. Sticanje administrativne dozvole ili odobrenje zajma jednom saugovoraču, potrebno za kasnije ispunjenje glavnog ugovora, kao prepreke za neposredno zaključenje konačnog ugovora, mogu se ugovoriti i putem postavljanja suspenzivnog uslova u odnosu na pravna dejstva iz konačnog ugovora.

U prilog tome govori i činjenica da nakon pribavljanja dozvole od strane javnog organa ili odobrenja zajma izostaje potreba za ponovno davanje saglasnosti volja u pravcu zaključenja konačnog ugovora, jer se on automatski formira. Identično rešenje predviđa i suspenzivni uslov, kada je reč o pravnim dejstvima uslovljenog ugovora. Otuda ne vidimo prepreku koja se predviđanjem suspenzivnog uslova u okviru sadržine jednog neposredno zaključenog ugovora ne može prevazići.

Na eventualnu autentičnost dvostranog obećanja u francuskom pravu ukazivala je i situacija kada je konačni ugovor stvoren, ili neka njegova dejstva stupaju na snagu, u trenutku kada saugovornici postignutu saglasnost iz dvostranog obećanja ponove u strožoj formi. Kao primer se u francuskom pravu najčešće ističe izrada formalnog akta (*acte authentique*).

Konkretnija specifičnost ovakvog dvostranog obećanja nalazila bi se u nemogućnosti za njegovo prisilno naturalno izvršenje i u promociji zahteva za naknadu štete kao jedinstvenu sankciju za njegovo nepoštovanje. Takvu soluciju nameće pravna priroda obaveze davanja ponovne saglasnosti. Naime, reč je o obavezi *facere* koja se po starom Art. 1124 CC-a mogla podvrgnuti samo vrednosnom prisilnom izvršenju.

Ideja je u francuskim naučnim krugovima prouzrokovala različita mišljenja, a u francuskoj praksi izvesnu šarolikost. Dok se jedan deo naučnika i sudova opredelio za dosledno pridržavanje pravila iz Art. 1124 CC-a, drugi je govorio o dozvoljenosti odstupanja sve dok se ne upada u sferu ličnosti dužnika. Reformom iz februara 2016. godine zakonodavac se konačno izjasnio u prilog potonjoj školi i mišljenja i pravilo iz Art. 1124 CC-a je otpalo.

Navedena analiza upućuje na zaključak da ni ovako zamišljeno dvostrano obećanje nije prikladno za srpsko pravo. Srpski zakonodavac se dosledno zalaže za poštovanje pravila *pacta sunt servanda*, odnosno da su ugovorne strane dužne da ispune obaveze, savesno u svemu kako one glase (čl. 262, st. 1 ZOO). Odredbe izvršnog postupka, kojima se uređuje izvršenje izjave volje, jasno ukazuju da srpski zakonodavac izjavu prethodno utvrđene volje ne vidi kao ličnu obavezu i da je moguće njeno prisilno naturalno izvršenje.

I Art. 1589 CC-a je suprotstavljen postojanju dvostranog obećanja. Međutim, iako njegov narativ to ne otkriva, njegovo je postojanje u francuskom pravnom životu pokazalo da je reč o jednoj dispozitivnoj odredbi. Dispoziciju, u smislu da nije reč o prodaji nego o dvostranom obećanju kao predugovoru prodaje, može da menja volja ugovornih strana.

Takođe, ni pitanje forme nije pružilo utemeljeni razlog u prilog autentičnosti, odnosno svrsishodnosti postojanja dvostranog obećanja. Otuda, nalaže se rezimirati time da je sloboda ugovaranja jedino utočište za postojanje dvostranog obećanja. Zapravo, ukoliko bi se negiralo postojanje dvostranog obećanja u francuskom pravnom prometu, to bi značilo nepriznavanje autonomije volje.

Poslednju tezu valja primeniti i na ukupnu komparativnu analizu, a i na srpsko pravo. Otuda ne postoji dovoljan razlog za postojanje instituta predugovora, koji bi objasnio njegovu svrsishodnost, ukoliko su se obe ugovorne strane obavezale na zaključenje glavnog ugovora. Pozivanje jedino na slobodu ugovaranja kao razlog za postojanje ovog instituta u okviru ZOO-a je nezadovoljavajuće.

Stoga smatramo da predugovoru, onako kako ga je srpski zakonodavac video putem čl. 45 ZOO-a, nije mesto u okviru zakona. Trebalo bi da opstane jedino pravilo o paralelizmu formi, koje bi predugovor pominjalo, ali ga ne bi definisalo. Takvo se rešenje za italijansko pravo pokazalo kao uspešno. Naš je *de lege ferenda* stav da isto treba primeniti i u srpskom građanskom pravu.

Kao autonomne vrste predugovora, u dosadašnjem istraživanju, pokazali su se preferencijalni pakt i opcioni ugovor. Kao osnovni zaključak ovog dela našeg rada nameće se stav da predugovor, kao autohton i svrsishodan pravni posao postoji samo kada barem jedan od saugovarača nije izjavio svoju konačnu volju po pitanju stupanja u glavni ugovor. Imajući u vidu neadekvatnost preferencijalnog pakta iz francuskog prava, kao jedinstvena solucija za srpsko pravo nameće se opcioni ugovor. Stoga će opcioni ugovor biti predmet naše dalje analize.

Na kraju ovog dela diskusije treba istaći i to da termini „glavni” i „konačni” ugovor označavaju isto, odnosno potonjeg pravnog posla. On je glavni, jer predugovor predstavlja pripremu za njegovo zaključenje, odnosno cilj postojanja pripremnog ugovora, tj. predugovora, jeste formiranje glavnog.

Potonji pravni posao je takođe i konačni, jer je njegovo formiranje konačni cilj volja ugovornih strana. Zaključen predugovor je samo privremeni cilj, koji je podređen ostvarivanju potonjeg, kao konačnog. Naziv konačni ugovor označava i poslednju etapu na putu od neobaveznih pregovora do stvaranja pravnih dejstava iz ovog ugovora.

Otuda smatramo da se oba termina mogu koristiti kao oznaka za potonji pravni posao. To je pokazala i komparativna analiza, u okviru koje je upotreba oba pomenuta termina varirala, i čije je češće ili ređe korišćenje zavisilo od konkretne pravne tradicije. Smatramo da je pretežno služenje terminom „glavni ugovor”, kojem se i srpski zakonodavac služi u zakonskom tekstu ZOO-a, prikladno za srpsko pravo. Kada se hoće potencirati da je glavni

ugovor poslednja etapa ka ostvarenju ciljeva saugovornika, ispravno je služiti se i nazivom „konačni ugovor“.

## ČETVRTI DEO – Opcioni ugovor –

### 1. Uvod

Jugoslovenski zakonodavac prilikom donošenja Zakona o obligacionim odnosima nije našao za shodno da u niz građanskopravnih instituta uvrsti Skicom predloženi opcionu ugovor. Tako, opcionu ugovor je izostao iz zakonskog teksta ZOO-a, u smislu imenovanog ugovora u predvorju konačnog, odnosno glavnog ugovora. Međutim, to ne znači da on nije moguć u pravnom prometu. Naprotiv, prisustvo opcionog ugovora kao neimenovanog ugovora, koji nastaje na terenu slobodne autonomije volje ugovornih strana, svojim postojanjem ukazuje na praktični značaj koji ima, a shodno tome možda i na potrebu da mu zakonodavac u tekstu zakona posveti eventualno zasluženu pažnju.

U ovom delu rada biće razmotrena sledeća pitanja. Najpre, biće reč o tome koji se pojam krije iza termina „opcionu ugovor“ i koja su njegova glavna obeležja, ne samo u smislu *genus proximus*, nego i u odnosu na *differentia specifica*. Jedno od centralnih pitanja je i pitanje njegove sadržine, tj. bitnih elemenata koji čine jezgro opcionog ugovora, kao i pitanje do kog stepena je neophodno da opcionu ugovor određuje sadržinu glavnog ugovora, kao uslova njegove vlastite punovažnosti.

Šta predstavlja sama opcija koju on kreira, koja su njena pravna obeležja i koja je njena uloga pri zaključenju glavnog ugovora? Tako postavljeno pitanje logično vodi i ka sledećem, a to je, da li se opcionu ugovor može posmatrati kao inkubator, odnosno mehanizam za zaključenje glavnog ugovora.

Krajnje, i možda najvažnije, jeste objasniti njegovu praktičnu važnost, što upućuje na raspravu o njegovoj (ne)zavisnosti, odnosno svrsishodnosti, i otvara pitanje gde se sve opcionu ugovor u pravnom prometu može pojaviti. Da li samo kao samostalni pravni posao ili je moguće njegovo zaključenje i unutar okvirnog sporazuma, ili može čak da bude sadržan i kao sporedni ugovor u sadržini nekog drugog glavnog ugovora?

Celokupna rasprava je neophodna da bi se stiglo do odgovora na glavno pitanje, a to je odnos opcionog ugovora sa predugovorom, odnosno da li se oni potpuno razlikuju ili opcionu ugovor predstavlja možda najmoderniju verziju predugovora, onog istog predugovora koji je zakonodavac uneo u tekst zakona, kao zasebni i prema zakonodavcu u pravnom prometu neophodni pravni institut.

Potreba za uspešnim vođenjem jedne ovakve rasprave nalaže ispitivanje instituta ne samo u njegovoj istorijskoj nego, imajući u vidu njegovo nepostojanje kao pozitivno pravno rešenje, i u njegovoj uporednopravnoj dimenziji. Naravno, njegovu normativnost, odnosno počivanje na osnovnim pravilima iz opšteg dela obligacionog prava, takođe valja dotaći.

### 2. Pojam opcionog ugovora

Pitanje opcionog ugovora je za sada, bar u naučnim krugovima, oživela Komisija za izradu građanskog zakonika Republike Srbije. Naime, opcionu ugovor je našao svoje mesto u Nacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije iz 2015. godine, u kojem se uređuje kao imenovani ugovor, tj. „ugovor kojim se mogu odrediti uslovi nekog drugog ugovora među

istim ugovornicima i dati pravo jednom ugovorniku da svojom izjavom zasnuje odnose iz tog drugog ugovora (opcionu ugovor ili opcija)<sup>720</sup>.

Ovim predlogom Komisije zapravo je na dnevni red vraćen institut opcionog ugovora koji je svojevremeno predlagala Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, jer je u čl. 192 Nacrta novog SGZ-a sadržinski preslikana zamisao koju je M. Konstantinović izneo u čl. 30 Skice o zakoniku o obligacijama i ugovorima<sup>721</sup>. Kako je naučna rasprava ponovo oživljena i za njeno nastavljanje neophodno i korisno bi bilo kada bi zakonodavac bio u mogućnosti da zauzme konačni stav, potreban prilikom donošenja novog Građanskog zakonika, cenimo da je neophodno i naročito iz vremenske dimenzije jako važno ponuditi što konciznije i što produbljenije odgovore na postavljena pitanja.

Pa tako, polazeći od slova čl. 192 Nacrta Građanskog zakonika, lako je odrediti ovaj institut kao dvostrani pravni posao, tj. ugovor kojim se priprema kasnije zaključenje potonjeg ugovora<sup>722</sup>. Opcionu ugovor je u pravnoj teoriji vredan samostalni ugovor pripreme prirode, putem kojeg je utvrđena sadržina<sup>723</sup> glavnog ugovora i istovremeno je jednoj strani dodeljena mogućnost da kroz jednostranu izjavu volje, koja zahteva da bude primljena, učini da glavni ugovor nastane<sup>724</sup>.

Opcionu ugovor je, kao takav, i u komparativnom pravu plod same pravne prakse<sup>725</sup> koja, vođena potrebom da ublaži jasno definisane suprotnosti između, s jedne strane, čvrste ugovorne veze i, s druge strane, potpune neobaveznosti koja vlada u domenu motiva i ličnih interesa pre samog obavezivanja, tj. potrebom da se ublaži zakonom utemeljeni princip „sve ili ništa“<sup>726</sup>, kreira čitav niz novih instituta.

Svoju zakonsku afirmaciju za francusko pravo, opcionu ugovor je našao u novom Art. 1124 CC-a, donetom nakon reforme iz februara 2016. godine pod nazivom, kako smo već pomenuli, jednostrano obećanje (*promesse unilaterale*). S druge strane, u nemačkom pravu ukazuje se na ugovor o ponovnoj kupovini, kao na jedini zakonski oblik opcionog ugovora koji poznaje BGB<sup>727</sup>.

Kada je reč o naučnoj misli, opcionu ugovor je u nemačkim naučnim krugovima viđen kao jedna kreacija pomenute pravne prakse, odnosno kao ugovor koji pripada grupi pravnih poslova, u kojoj zajedno sa ugovorom sa pravom prvenstva (*Vorhandvertrag*), ugovorom preče kupovine (*Vorkaufvertrag*), predugovorom (*Vorvertrag*) i okvirnim ugovorom (*Rahmenvertrag*), s jedne strane, služe kao priprema za zaključenje potonjeg ugovora, dok, s druge strane, istovremeno sami po sebi već predstavljaju značajne samostalne ugovore<sup>728</sup>. I F. Benac-Schmidt opisuje opcionu ugovor, za francusko pravo, kao zasebni pravni posao čija se

---

<sup>720</sup> Čl. 192, st. 1 Nacrta Građanskog zakonika Republike Srbije – Komisija za izradu građanskog zakonika pri Vladi Republike Srbije, Beograd 2015. god.

<sup>721</sup> Vid. čl. 30 Skice o zakoniku o obligacijama i ugovorima

<sup>722</sup> Već time opcionu ugovor pokazuje značajne sličnosti sa predugovorom iz čl. 45 ZOO, u smislu ugovora kojim se priprema glavni ugovor i kao krajnji cilj teži njegovom zaključenju.

<sup>723</sup> Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima i Nacrt srpskog Građanskog zakonika iz 2015g., s druge strane, pričaju o uslovima za zasnivanje potonjeg obligacionog odnosa. Otuda u daljem tekstu treba razmotriti da li se sadržina i uslovi mogu u ovom slučaju poistovetiti ili je reč o različitim pojmovima.

<sup>724</sup> A. Georgiades, „Optionsvertrag und Optionsrecht“, *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, München 1973, 424

<sup>725</sup> Za nemačko pravo vid. K. Larenz, „Die rechtliche Bedeutung von Optionsvereinbarungen“, *Der Betrieb*, 1955, 211; M. Casper, 7; A. Georgiades, 424; D. Henrich, 233, a za francusko vid. F. Chabas, 130; F. Benac-Schmidt, 24; F. Terre *et al.*, 208; P. Malaurie *et al.* (2016), 239; C. Larroumet, 221

<sup>726</sup> M. Weber, „Der Optionsvertrag“, *Juristische Schulung*, 1990, 249

<sup>727</sup> Vid. §§ 456 ff. BGB

<sup>728</sup> M. Casper, 66



autonomija izražava u dva pravca: najpre on je samodovoljan, a potom i originalan, odnosno autentičan<sup>729</sup>.

Drugi esencijalni element, koji je istovremeno i proizvod ovog dvostranog pravnog posla, jeste njegova opcija. Opcija je pravo da u toku jednog dužeg vremenskog perioda – opcionog roka – jedan planirani ugovor bude zaključen, odnosno jedan postojeći ugovor može da bude produžen, a da pritom titular opcije ne bude u obavezi da to učini<sup>730</sup>, odnosno pod pojmom opcije podrazumeva se pravo jednog lica da preko jednostrane izjave volje stvori novi ugovor ili da izmeni sadržinu postojećeg<sup>731</sup>.

Međutim, da bi se uspešnije pristupilo definisanju pojma opcionog ugovora, vredni najpre navesti i proanalizirati one oblike autonomije volje koji imaju navedene osnovne karakteristike. Zatim bi se moglo ući u detalje, koji su važni ne samo za utvrđivanje pojma i praktičnu potrebu za opcionim ugovorom nego i za njegovo razgraničenje u odnosu na sam predugovor, ukoliko razlike između oba instituta zaista i postoje. Analizu treba početi empirijski, odnosno pokušajem da se spozna kada i zašto se opcioni ugovor pojavljuje u pravnom prometu.

## 2.1. Opcioni ugovor u realnom pravnom prometu

Uobičajenu primenu opcionog ugovora nalazimo u prometu nekretnina. Kod sticanja svojine na građevinsko zemljište, pored predugovora u praksi je uobičajen i opcioni ugovor. To je često slučaj kada, na primer, kupac veće građevinske parcele još uvek nije u stanju da finansira kupovinu cele parcele, pa kupuje samo jedan njen deo (podrazumeva se da bi taj deo bio posebna katastarska parcela), dok se istovremeno kroz isti solemnizovani kupoprodajni ugovor predviđa i pravo kupca da može, u okviru određenog roka, za određenu cenu, da stekne svojину i na ostatak građevinske parcele (ponovo kao zasebnu katastarsku parcelu)<sup>732</sup>.

Takve težnje kupca su prirodne, imajući u vidu to da bi celovitost građevinske parcele poboljšala njenu funkcionalnost, a često i njenu ukupnu tržišnu vrednost, bez obzira na mogućnost da njeni delovi samostalno cirkulišu u pravnom prometu. Pa bi tako kupac prvog dela građevinskog zemljišta sebi osigurao poziciju u odnosu na treća lica da, ukoliko u opcionom roku obezbedi dodatna finansijska sredstva, on izvesno, putem svoje jednostrane izjave, stvori glavni ugovor i stekne svojину i na ostatak građevinskog zemljišta. S druge strane, interes prodavca za dodelu ovakve opcije kupcu ogledao bi se u većoj ugovorenoj ceni za ostatak građevinskog zemljišta u odnosu na tržišnu ili bi on mogao od kupca da traži novčanu naknadu za samu dodelu opcije.

Nadalje, ilustrativan je i primer koji navodi D. Henrich. Jedno rudarsko preduzeće na osnovu određenih naznaka veruje u to da na određenom prostoru postoje rudna dobra u zemlji. Da bi se osiguralo nasuprot konkurencije, preduzeće za određenu novčanu naknadu stiče oročenu ponudu, putem koje se vlasnik zemljišta obavezuje da predmetno zemljište za određenu cenu proda ovom preduzeću, ukoliko se preduzeće u okviru datog roka odluči za kupovinu<sup>733</sup>. Takva pravna pozicija, koju je preduzeće preko ponude steklo, omogućuje mu da nastavi određene analize i probne iskope kako bi u datom roku utvrdilo da li stvarno u zemljištu postoje određene rudne zalihe. Na osnovu toga, preduzeće je u mogućnosti da

---

<sup>729</sup> F. Benac-Schmidt, 105

<sup>730</sup> H. v. Einem, *Die Rechtsnatur der Option*, Dunker & Humboldt, Berlin 1974, 12

<sup>731</sup> M. Casper, *Der Optionvertrag*, Mohr Siebeck, Tübingen 2005, 7, a nadalje vid. i *ibid.*, 60

<sup>732</sup> N. Geiben, *Der Vorvertrag im Internationalen Privatrecht*, Inauguraldissertation, Juristisches Fakultät der Ruprecht-Karls, Universität Heidelberg, Peter Lang, Heidelberg 2006, 60, a identično o tome vid. M. Casper, 2

<sup>733</sup> D. Henrich, 227

donese odluku da li je zemljište vredno konačne kupovine ili ne. Jedino na šta preduzeće treba da pazi je da odluku o kupovini donese u prethodno utvrđenom roku.

Sličnu upotrebnu vrednost opcioni ugovor nalazi i na fudbalskoj pijaci. Kako navodi H. v. Einem, nemački fudbalski klubovi su razvili tehniku poslovanja po kojoj obavezuju talentovane mlade igrače, čiji uspešni sportski razvoj nije do kraja izvestan, da potpišu ugovor na jednu sezonu. Ukoliko se oni u toj sezoni pokažu kao dobro pojačanje za ekipu, ekipa može da produži ugovor<sup>734</sup>.

U ovom slučaju je jedan glavni ugovor već zaključen, ali u trajanju od godinu dana, a opcija daje pravo na njegovo produženje, čineći to pod istim uslovima, odnosno sa istom sadržinom sa kojom je prvobitni ugovor zaključen. Povoljnost po fudbalski klub ogleda se u tome što preuzima kratkoročne obaveze i ukoliko ne bude zadovoljan uslugom konkretnog fudbalera, može nakon godinu dana da prekine saradnju. Ukoliko se pak odluči da produži saradnju sa fudbalerom, klub se stavlja u poziciju identičnu onoj kao kada bi glavni ugovor bio zaključen na duži vremenski period od samog početka. S druge strane, iako možda deluje da je fudbaler u donekle podređenoj poziciji, njegova protivnaknada za dodeljivanje opcije trebalo bi da bude ukalkulisana u zaključenju tog jednogodišnjeg glavnog ugovora, putem kojeg bi on dobio šansu da bar jednu sezonu nastupa za veliki klub.

Nadalje, opcioni ugovori nalaze svoju primenu i u pravu akcija, u postupcima vlastite i spoljne dokapitalizacije. U nemačkom pravu najpoznatiji je institut pozajmljivanja opcije iz § 221 Zakona o akcijama (AktG). U ovom slučaju akcionar je ovlašćen da optira između isplate dividende i prava na sticanje novih akcija<sup>735</sup>.

Iz navedenih primera može se jasno uočiti praktična korist od zaključenja opcionog ugovora<sup>736</sup>. Naime, jedna strana nije uvek sigurna da li hoće zaključenje glavnog ugovora, pa bi htela da sačeka još određeni vremenski period da izrazi svoju konačnu volju. Međutim, njoj pravna pozicija daje da još malo razmisli ili sačeka da vidi da li joj određeni ishod odgovara samo ukoliko bi njena naknadna volja sama po sebi bila dovoljna da se zaključi konačni ugovor. To joj pruža pravnu sigurnost i samim tim i mogućnost planiranja na duži rok. Titular opcije hoće da prilikom zaključenja konačnog ugovora bude nezavisan u odnosu na saugovarača, u odnosu na treća lica, koja bi takođe mogla da pretenduju na zaključenje istog konačnog ugovora sa saugovaračem, i da mu pritom u ovoj fazi ne bude neophodna sudska zaštita po pitanju zaključenja konačnog ugovora<sup>737</sup>.

Zbog toga je ovom saugovaraču potrebna opcija koja, kao proizvod opcionog ugovora, omogućuje takav pravni položaj. Pa tako, za razliku od prava opcije koje kao jedan označavajući pojam ne govori previše o svojoj sadržini, izgleda da je opcioni ugovor jasan. Opcioni ugovor je ugovor kojim se jednoj strani dodeljuje pravo opcije<sup>738</sup>.

## 2.2. Opcija kao pravo iz opcionog ugovora

### 2.2.1. Pojam opcije

---

<sup>734</sup> H. v. Einem, 12

<sup>735</sup> M. Casper, 21, vid. § 221 Aktien Gesetz (AktG) <https://www.gesetze-im-internet.de/aktg/221.html>, [pristupljeno 15.04.2019]

<sup>736</sup> O više konkretnih primera za zaključenje opcionog ugovora vid. D. Henrich, 227 f.

<sup>737</sup> Slično o tome vid. J. Busche, „Vor § 145“, *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil Art. 1-240*, C. H. Beck, München 2012, 1610

<sup>738</sup> D. Henrich, 229

Šta je zapravo opcija? U pravnoj nauci jezičko objašnjenje termina retko vodi ka pouzdanim indicijama o razjašnjenju pravnog pojma. Međutim, u konkretnom slučaju možemo reći da termin oslikava sadržinu. Reč *option* ili *optio*, dolazi od latinske reči *optare* što znači „želeći”, „odabrati”, odnosno „slobodnog izbora, želja”<sup>739</sup>. Upravo je primalac opcije ta strana u ugovoru koja po svom slobodnom nađenju ima pravnu moć da stvori ili izmeni sadržinu glavnog ugovora.

Takve karakteristike prava opcije vode ka njegovom označavanju kao preobražajnog prava. Pravo opcije je jedno samostalno preobražajno pravo. Ne postoji razlika da li su ga ugovorne strane označile kao pravo opcije, prosto kao pravo na stvaranje ugovora ili pravo da jedna opcionim ugovorom učinjena ponuda bude prihvaćena. U svim slučajevima hoće se samo jedno, a to je pravo preobražaja<sup>740</sup>.

I u komparativnom pravu se o opciji govori kao o preobražajnom, odnosno potestativnom pravu. Opcija nije ni potraživanje ni stvarno pravo. Moć zaključenja ugovora kroz diskreciono izražavanje volje, čini je potestativnim pravom. Opcija stvara prednost na strani svog beneficijara, da on može da sam odluči kada će biti zaključen glavni ugovor, čije su odredbe, naročito cena, već utvrđene<sup>741</sup>. Diskrecija se sastoji u tome što isključivo od volje titulara opcije, kao beneficijara iz opcionog ugovora, zavisi zaključenje glavnog ugovora<sup>742</sup>. U pravnim tradicijama koje karakteriše translatorno dejstvo ugovora, iskorišćavanje opcije, pored zaključenja glavnog ugovora, znači istovremeno i sticanje stvarnih prava iz takvog ugovora<sup>743</sup>. Otuda, u francuskoj civilistici govori se o tome da je beneficijar, kao titular prava opcije, suvereni kontrolor situacije<sup>744</sup>.

I za nemačko pravo, E. Seckel definiše privatno preobražajno pravo kao konkretno subjektivno pravo, čija sadržina predstavlja moć kreiranja konkretne pravne veze putem jednostranog pravnog posla. Konkretna pravna veza koja se kroz iskorišćavanje preobražajnog prava stvara može da bude pravna veza povodom prava svojine (ili njoj korelativne veze, tereti, obaveze i odgovornosti) ili ponovo jedno preobražajno pravo ili ovlašćenje ili teret ili nešto što dotiče lična svojstva ili svojstva predmeta<sup>745</sup>.

U srpskom pravu, često po uzoru na francusku civilistiku, ova se prava označavaju kao potestativna prava (*droite potestatif*), dok nemačko govorno područje koristi termin preobražajna prava (*Gestaltungsrechte*). U naučnoj javnosti se ova prava mogu sresti i pod terminom „prava moći”, jer termin „potestativna prava” dolazi iz latinskog izraza *potestas* što znači moć. Međutim, imajući u vidu da je takav termin do kraja XIX veka vladao u nemačkoj pravnoj teoriji, pa je potom od iste odbačen kao neprikladan, vredi ukazati na sledeće.

Naime E. Seckel, kao utemeljivač termina *Gestaltungsrecht* (preobražajno pravo), sa pravom ističe da, kad neko nešto može, to nije konkretna moć; svako subjektivno pravo je jedno prvenstvo u vezi s nečim što i drugi mogu, odnosno mnoštvo njih može. Međutim, titular subjektivnog prava ima moć koju drugi nemaju<sup>746</sup>. Otuda svako pravo ima moć, ali preobražajna prava imaju specifičnu, odnosno kreacionu moć. Zbog toga je termin „pravo moći” imanentan za svako subjektivno pravo, i samim tim nije pogodan za razgraničenje ove vrste prava u odnosu na ostala subjektivna prava.

---

<sup>739</sup> W. Linneborn, *Das Optionsrecht*, Wevers & Welzel, Köln 1936, 2

<sup>740</sup> M. Casper, 63

<sup>741</sup> P. Malaurie *et al.* (2016), 240

<sup>742</sup> F. Terre *et al.*, 210

<sup>743</sup> P. Malaurie *et al.* (2016), 240

<sup>744</sup> D. 1994, 508, note F. Benac-Schmidt

<sup>745</sup> E. Seckel, *Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts*, H. Kaupp, Tübingen 1955, 13

<sup>746</sup> *Ibid.*, 14

Imajući u vidu navedeno, smatramo da je i za srpsko pravo najprikladniji termin „preobražajno pravo”, jer se njegovom deklaracijom od strane titulara preobražava postojeće pravno stanje, u nečemu u čemu preobražajno pravo, odnosno njegov titular ima objektivnim pravom priznatu moć da preobrazi. Pa tako, može se rezimirati da opcija ili pravo na opciju kao slobodan izbor, tj. želja, predstavlja preobražajno pravo koje može da preobrazi postojeće pravno stanje, tako što će da stvori novi ili sadržinski promeni postojeći glavni ugovor.

Kao jedno preobražajno pravo vidimo pravo opcije iz čl. 192 Nacrta SGZ-a iz 2015. godine. Stav smatramo opravdanim, jer se danas pod pojmom preobražajno pravo podrazumeva zakonom ili ugovorom dato ovlašćenje da se utiče na određeno pravno stanje tako što će se određeni vlastiti ili strani pravni odnos osnovati, promeniti ili ugasiti, a da pritom titular preobražajnog prava za to nema potrebu za saradnjom s drugom stranom ili sudom<sup>747</sup>. Kod privatnih preobražajnih prava<sup>748</sup> zapravo nezavisnost od sudske pomoći izbija u prvom planu, tako što se oni praktično pojavljuju kao određeni oblik prava samopomoći<sup>749</sup>. Nesumnjivo, kod ove kategorije prava nije važna samo nezavisnost od državne pomoći (pravo na tužbu i potreba izvršenja), nego je ključno i nepostojanje potrebe za saradnjom druge strane<sup>750</sup>.

### 2.2.2. Vršenje prava opcije

Upražnjavanje preobražajnog prava sastoji se u njegovom izjavljivanju, odnosno upražnjavanje opcionog prava i njegovo raspolaganje dešavaju se istovremeno<sup>751</sup>. Odlučujuća osobina preobražajnih prava je činjenica da je krajnji cilj da nameravane pravne posledice nastupe jedinstveno, iskorišćavanjem preobražajnog prava<sup>752</sup>.

Otuda, opcija koja proizilazi iz opcionog ugovora može se sa potpunim pravom svrstati u ovu grupu subjektivnih prava. Titular preobražajnog prava može nešto što inače može samo sudija. Naime, druga ugovorna strana, koja je kao „protivnik opcije”<sup>753</sup> zainteresovana za održavanje trenutnog pravnog stanja, biva „savladana”<sup>754</sup>.

Mogućnost samostalnog kreiranja jednog ugovora u koji bi i druga strana bila „uvučena” nije sporna, jer je ona svoj pristanak na učešće u glavnom ugovoru dala zaključenjem opcionog ugovora. Kako Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima i Nacrt SGZ-a iz 2015. godine kažu, opcionim ugovor je ova strana dala pristanak u smislu toga, pod kojim bi „uslovima” dozvolila da saugovarač samostalno, jednostranom izjavom volje, zasnjuje glavni ugovor<sup>755</sup>.

Ukoliko je osnov za preobražajno pravo ugovoren, druga strana ugovora je, svojom saglasnošću, sama sebi odredila granice učešća i dala opravdanje za takav upad u njenu volju prilikom zaključenja glavnog ugovora<sup>756</sup>. Prilikom stvaranja glavnog ugovora, davaocu opcije

---

<sup>747</sup> M. Casper, 60 ff.

<sup>748</sup> O karakteru preobražajnih prava umesto mnogih vid. i A. V. Steinbeck, *Die Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten*, Duncker & Humboldt, Berlin 1994, 20; M. Wolf, J. Neuner, *Allgemeiner Teil des Bürgerliches Rechts*, 11, vollständig neu bearbeitete Auflage des von K. Larenz begründeten Werkes, C.H. Beck, München 2016, 237 ff.

<sup>749</sup> E. Böttlicher, „Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungsklagerecht“, *Festschrift für H. Dolle* (hrsg. E. v. Caemmerer, A. Nikisch, Zweigert, J.), C. B. Mohr, Tübingen 1963, 42-3

<sup>750</sup> E. Böttlicher, 43

<sup>751</sup> Seckel, 18

<sup>752</sup> H. v. Einem, 29

<sup>753</sup> Termin „protivnik opcije” koristimo da označimo onu ugovornu stranu prema kojoj je opcija iskorišćena, odnosno koja je bez dodatne volje „uvučena” u glavni ugovor.

<sup>754</sup> E. Böttlicher, 42

<sup>755</sup> Vid. čl. 30 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima i čl. 192 Nacrta SGZ-a iz 2015. god.

<sup>756</sup> M. Wolf *et al.*, 238

ne sledi protivnagrada zbog dodele upotrebljene opcije, jer je on prethodno, prilikom utvrđivanja obaveza iz glavnog ugovora, bio u mogućnosti da sagleda i razmotri posledice njegovog zaključenja<sup>757</sup>.

### 2.2.2.1. Nemačko pravo

Nemački BGB, kako smo već ranije naveli, u opštem delu obligacionog prava ne pominje ni opcioni ugovor, ni pravo opcije. Međutim, s druge strane, i naučna javnost i sudska praksa su jedinstveni po pitanju da se u ugovoru o ponovnoj kupovini (*Wiederkauf*), kao imenovanom ugovoru u BGB-u, mogu prepoznati obeležja opcionog ugovora i prava opcije, odnosno da se o njemu može pričati kao o zakonskoj formi opcionog ugovora<sup>758</sup>. BGB propisuje da „ukoliko prodavac prilikom prodaje zadrži pravo ponovne kupovine, ugovor o ponovnoj kupovini nastaje u trenutku kada prodavac prema kupcu izrazi svoje pravo ponovne kupovine“<sup>759</sup>.

Reč je o iskorišćavanju prava ponovne kupovine od prodavca kupoprodajnog ugovora, odnosno o stvaranju još jednog kupoprodajnog ugovora, u kome su saugovornici zamenili uloge. U slučaju ponovne kupovine, kupac iz ugovora o prodaji bio bi prodavac, a originarni prodavac, kao titular opcije, bio bi u drugom ugovoru kupac, odnosno titular prava ponovne kupovine. Zakon govori o nastajanju novog ugovora, a ne o početku njegovog pravnog dejstva u smislu § 158 BGB-a. Otuda, kada nešto nastaje, ono prethodno nije postojalo<sup>760</sup>.

Stvaranje ugovora o ponovnoj kupovini olakšano je i time što ova izjava po pitanju svoje punovažnosti ne zahteva onu formu u kojoj je kupoprodajni ugovor zaključen. Cena takođe nije *essentialia negotii*, zato što zakon kaže da „u slučaju postojanja sumnje u vezi toga koja je cena određena, važi cena iz kupoprodajnog ugovora“<sup>761</sup>. Imajući pomenutu odredbu u vidu, ukoliko cena ponovne kupovine ne bude predviđena u skladu sa procenjenom vrednosti stvari, otvara se titularu prava ponovne kupovine mogućnost da pri eventualnom neželjenom razvoju stvari po pitanju vrednosti novca, inflacioni rizik svali na drugu stranu<sup>762</sup>. Pa tako, opcioni pravni posao, kako navodi BGH, između ostalog ima za cilj, odnosno omogućava, i klasično iskorišćavanje oscilacija po pitanju valutnog kursa, odnosno ostvarenje profita. Otuda, ovakav pravni posao, zbog njegove zavisnosti od konkretnog vremenskog trenutka, sadrži u sebi i ekonomske rizike po pogođene strane<sup>763</sup>.

Ovako uređena situacija povodom ugovora o ponovnoj kupovini ukazuje na naklonjenost nemačkog zakonodavca ovakvom ugovoru. Zakonodavac smatra da to što je prvobitni ugovor, koji je u ovom slučaju glavni ugovor, zaključen u strožoj formi, dovoljna garancija da će interesi stranaka i javni interes, zbog kojih se forma i predviđa, biti zaštićeni prilikom zaključenja glavnog ugovora i da samo iskorišćavanje opcije ne podleže nikakvoj formi.

Takvo pozicioniranje zakonodavca u ovom prostoru vidimo kao značajnu težnju u pravcu *favor contractus*-a. Štaviše, takav se stav potvrđuje i propisivanjem dispozitivne norme u narednom stavu istog člana koji „pokriva“ pitanje cene ponovne kupovine. Otuda,

---

<sup>757</sup> A. Georgiades, 432

<sup>758</sup> U tom kontekstu vid. R. Bork (2015), 167; K. Larenz (1955); M. Weber, 250; M. Casper, 21

<sup>759</sup> *Wiederkaufsrecht*, vid. § 456 BGB-a

<sup>760</sup> D. Henrich, 238

<sup>761</sup> Vid. § 456, al. 2 BGB-a

<sup>762</sup> P. Mader, „§ 456“, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch II Recht der Schuldverhältnisse Art 433-487*, Leasing, Sellier & De Gruyter, Berlin 2004, 526, a kao sudska praksa u tom pravcu navodi se RG JW 1925, 1993 i RG JW 1927, 979

<sup>763</sup> BGHZ 92, 321

može se izvući zaključak da nemačko materijalno pravo u opcionim ugovorima vidi jednog dokazanog prijatelja ugovornih interesa stranaka i njegovu upotrebu u pravnom prometu ne samo što podržava, nego putem ovih olakšica i pospešuje.

Vredi istaći i to da se kao posledica iz uobičajene prakse titular prava ponovne kupovine najčešće označava istovremeno i kao titular opcije. Međutim, ne vidimo pravnu prepreku da njen titular bude i originerni kupac, koji može iskorišćavanjem opcije da se „oslobodi predmeta” koji je prethodno, prvobitnim kupoprodajnim ugovorom, sam on kupio.

Pravo ponovne kupovine se često u nemačkoj pravnoj teoriji i sudskoj praksi označava i kao jedan odložni uslov jednog kupoprodajnog ugovora<sup>764</sup>. Imajući u vidu da je ispunjenje ovog uslova zavisno od volje titulara prava opcije, radi se o jednom ugovoru pod „uslovom volje”, uslov koji je, kao takav, zbog vezivanja druge strane ipak dopustiv, na osnovu istog principa, prema kome je dopušteno jednostrano obavezivanje putem neopozive ponude<sup>765</sup>.

I sudska praksa govori o „ispravnosti označavanja izjave volje u pravcu stvaranja ugovora o ponovnoj kupovini kao o upotrebi jednog preobražajnog prava, pri čemu, kupoprodajnim ugovorom definisani uslovni ugovor o ponovnoj kupovini, kao posledica ispunjenja uslova, postaje pravnoobavezujući”<sup>766</sup>.

Nadalje, i u sudskoj praksi BGH-a ističe se da iskorišćavanje prava ponovne kupovine (§ 497, Ab. 1 BGB) predstavlja izražavanje jednog preobražajnog prava... Presudno je, kako se u pravnoj praksi nemačkog suda Kraljevstva (Reichsgericht, upor. RGZ 69, 281; 72, 385; 107, 405; 108, 226; 121, 367; 125, 242; 126, 308, 311) i nemačkog Saveznog vrhovnog suda (upor. NJW 1952, 1171; LM § 610 BGB Nr. 1, BGHZ 29, 107) navodi, da izjava prava ponovne kupovine predstavlja jedno slobodno ispunjenje uslova za nastanak ugovora o ponovnoj kupovini. Ponovna kupovina je jedan sporedni ugovor u okviru ugovora o kupoprodaji i samim stvaranjem ovog sporednog ugovora, istovremeno nastaje i jedan uslovljeni zahtev za ponovno prenošenje objekta kupoprodaje, samo ovog puta u obratnom pravcu. Tačnije rečeno, takav zahtev nastaje aktiviranjem opcije<sup>767</sup>.

Ovakvim stavom BGH govori o pravima, odnosno zahtevima, koji proizilaze iz ugovora o ponovnoj kupovini, i otuda se jasno može videti njegova percepcija u smislu da je nastajanje glavnog ugovora, u konkretnom slučaju ponovne kupovine, suvereno pravo titulara prava opcije.

S druge strane, kao preobražajno pravo se u nemačkom pravu ne može označiti pravo titulara prava preče kupovine iz § 463 f. BGB-a. Naime, zakon govori o „upotrebi ovog prava putem jednostrane izjave volje njegovog titulara, usmerene drugoj strani, a koja ne podleže formi ugovora o pravu preče kupovine”<sup>768</sup>. Pritom zakonodavac koristi terminologiju uobičajenu za preobražajna prava, nazivajući njihovu upotrebu *Ausübung*, i pritom oslobađajući ovu izjavu eventualne forme po uzoru na pravo ponovnu kupovinu.

Međutim, titular prava prvenstva svoju opciju može da izrazi samo ukoliko je druga strana sa nekim trećim zaključila kupoprodajni ugovor povodom relevantne stvari<sup>769</sup>. Zbog toga, prilikom izražavanja prava preče kupovine, nastaje kupoprodajni ugovor između

---

<sup>764</sup> Umesto mnogih vid. W. Wiedenkauff, „§§ 454-456“, *Palandt BGB*, 77 Auflage, C. H. Beck, München 2018, 699; BGHZ 29,1 07 WM 1959, 350; BGH II ZR 32/62 *Weltpapier und Bankfragen* Rechtsprechung WM 1965, 356 f.

<sup>765</sup> M. Wolf *et al.*, 390

<sup>766</sup> BGHZ 29, 110

<sup>767</sup> BGHZ 38, 371, a identično o tome i BGHZ 58, 81

<sup>768</sup> § 464, Ab. 1 BGB

<sup>769</sup> Vid. § 463 BGB

titulara prava preče kupovine i dužnika, čiji je predmet ovim pravom opterećen. Ugovor je istovetan onom koji je dužnik zaključio sa trećim licem<sup>770</sup>, međutim nije konačni ili glavni, nego jedini. Njemu ne prethodi opcioni ugovor kao predugovor, nego ugovor između dužnika i trećeg lica, u kome titular prava preče kupovine ne sudeluje.

Zbog toga vredi istaći zapažanje da se u ovoj situaciji, i pored postojeće formulacije upotrebe prava, ne radi o upotrebi opcije, zato što titular ovog prava ne može jedinstveno izražavanjem svoje volje da kreira novi obligacioni odnos, nego je stvaranje istog uslovljeno time da se prodavac najpre odluči za prodaju<sup>771</sup>. Drugim rečima, ukoliko se dužnik ne odluči za prodaju, titular prava prvenstva ne može da aktivira svoje pravo, što će reći da kupoprodajni ugovor ne zavisi jedinstveno od volje titulara prava prvenstva. Zbog toga u ovom slučaju ne može biti reči o preobražajnom pravu u smislu opcije.

Smatramo da se jedino može zastupati teza o postojanju jednog drugog predugovora, ukoliko se radi o ugovornom pravu preče kupovine, koje je takvim ugovorom stvoreno. Takva konstrukcija podseća na francuski preferencijalni pakt. Ali prostora za klasični opcioni ugovor svakako nema.

#### 2.2.2.2. Francusko pravo

Francuski zakonodavac govori o upotrebi opcije u slučaju kada su već utvrđeni svi bitni elementi konačnog ugovora i pritom nedostaje jedino konačna saglasnost beneficijara. Povlačenje obećanja od strane obećavaoca ne sprečava formiranje konačnog ugovora<sup>772</sup>. Francuska naučna misao je pri stavu da bi bilo paradoksalno da obećavalac može da jednostavnim povlačenjem izbegne kasnije zaključenje konačnog ugovora, koji bi nastao aktiviranjem opcije. U tom cilju, navodi se da samo izvesnost sudijske konstatacije u pravcu perfektnosti konačnog ugovora, kao posledica aktiviranja opcije, pruža efektivnu zaštitu od povrede jednostranog obećanja<sup>773</sup>.

Obećavalac može svoju saglasnost da povuče samo u slučaju kada je utvrđivanje roka za iskorišćavanje opcije u opcionom ugovoru izostalo, pa on izjavljuje da svoje obećanje povlači. U tom slučaju, njegovo povlačenje iz opcionog ugovora nastupilo bi u trenutku isteka naknadnog razumnog roka, koji ostavlja titularu opciju, kako bi se on mogao konačno izjasniti o tome da li će aktivirati opciju<sup>774</sup>. Naravno, nastupanje pravnog dejstva pomenutog povlačenja je moguće samo u slučaju kada opcija nije aktivirana ni u naknadnom roku.

Nakon iskorišćavanja opcije, i u francuskom pravu opcioni ugovor prerasta u konačan ugovor<sup>775</sup>. I u francuskim naučnim krugovima, slično kao i u nemačkom pravu, o opciji se govori kao o suspenzivnom uslovu za postojanje konačnog ugovora, čija je sadržina već utvrđena<sup>776</sup>. Pritom, i u francuskom pravu reč je o „uslovu volje”, a ne o budućem eventualnom događaju, koji je van okvira volje ugovornih strana.

Opcija, kako D. Mazeaud navodi, počiva na jednostranoj i konačnoj izraženoj saglasnosti obećavaoca, koja se ne može opozvati<sup>777</sup>. Otuda, za iskorišćavanje opcije je u

---

<sup>770</sup> Vid. § 464, Ab. 2 BGB

<sup>771</sup> R. Bork, 167

<sup>772</sup> Vid. Art. 1124 CC

<sup>773</sup> D. 1994, 509, note F. Benac-Schmidt

<sup>774</sup> Bill. civ. 3 1970, no. 279, vid. i J. Mestre, „Obligations und contrats speciaux”, *Revue Trimestrielle Droit civ.* 1994, 589; F. Chabas *et al.*, 131

<sup>775</sup> F. Chabas *et al.*, 130

<sup>776</sup> C. Larroumet, 262, identično i F. Terre *et al.*, 215

<sup>777</sup> D. Mazeaud, „Promesse unilaterale de vente: la Cour de cassation a ses raisons”, *Dalloz* 2011, 1459, identično o tome vid. M. Fabre-Magnan (2007), 241

franuckom pravu potreban samo prijem izjave, date u tom smislu. Jer, pravo izbora koji opcija izražava je predmet, odnosno suština opcionog ugovora<sup>778</sup>.

Pritom, iskorišćavanje opcije nikad ne može da dejstvuje retroaktivno, do trenutka davanja jednostranog obećanja<sup>779</sup>. U toj vremenskoj tački postojala je samo konačna volja obećavaoca. Konačnom voljom beneficijara obligacioni odnos biva snabdeven prihvatom takve ponude.

Na kraju, treba navesti i sledeću specifičnost koja odlikuje francusku civilistiku. U francuskom pravu, pravo na prihvatanje ponude je najčešće opozivo i ograničeno na razuman vremenski rok. Takođe, ponuda se gasi u slučaju smrti ili gubljenja poslovne sposobnosti od strane dužnika.

S druge strane, o opciji se u francuskom pravu govori kao o fiksnoj ponudi<sup>780</sup>. Ona je, kako smo prethodno pomenuli, neopoziva, i često pravosnažna na duži rok ili na neodređeno vreme. Takođe, za razliku od ponude, koja više ne proizvodi pravno dejstvo (*caduque*) nakon smrti ponudioca, obećanje (*promesse*) je nasledivo i pre iskorišćavanja opcije i ne gubi pravno dejstvo u slučaju da davalac obećanja postane poslovno nesposoban<sup>781</sup>. Shodno tome, može se konstatovati da opcija u francuskom pravu pruža veći nivo pravne sigurnosti svom titularu u odnosu na pravno stanje u kome se nalazi ponuđeni.

### 2.2.2.3. Srpsko pravo

Srpski Građanski zakonik iz 1844. godine poznavao je pravo otkupa i uređivao ga je u čl. 661, na sledeći način: „Ako prodavac na taj način stvar svoju proda, da zadrži pravo istu stvar od kupca otkupiti, onda kupac na urečeno vreme vratiće prodavcu stvar, a dobiće od kupca cenu. Što je koji polze i koristi imao, zadržava za sebe, no i štetu svaki svoju nosi. Stvar mora se predati nevredima u stanju, u kom je prodana.“ Pravo ovakvog otkupa smatramo za zakonsku opciju, koja nastaje kao sporedni sporazum između ugovornih strana u okviru prvog kupoprodajnog ugovora. Zakonodavac pravo vidi kao nenasledivo i pravosnažno za vreme trajanja života njegovog titulara<sup>782</sup>. Takođe, njegov titular, u skladu sa čl. 664, može biti kako prodavac, tako i kupac iz prvog ugovora.

Ono iz čega se posebno vidi da je ovakvo pravo otkupa zapravo pravo opcije jeste činjenica da svako zadržava korist i plodove iz dotadašnjeg ugovora o kupoprodaji ili snosi eventualnu štetu. To govori da je reč o jednom novom ugovoru, a ne o raskidu prvog, iz kog raskida bi prodavac imao pravo na povratak datog, tj. u konkretnom slučaju pravo na povratak svojine, pri čemu bi se svojina njemu vratila zajedno sa plodovima, koji su iz konkretnog stvarnog prava proizašli. U opcionom ugovoru prodavcu, odnosno nazadkupcu se svojina ne vraća, nego je on ponovo stiže. Otuda, treba potencirati činjenicu da glavni ugovor, koji je nastao putem iskorišćavanja opcije, predstavlja novi zasebni ugovor sa pravnim posledicama za ubuduće, a ne povratak na prošlo stanje kroz restituciju.

Nadalje, Srpski građanski zakonik iz 1844. godine uređuje i mogućnost da se prilikom prodaje ugovori obaveza kupca da u slučaju prodaje kupac bude dužan najpre prodavcu stvar „na otkup podneti, koje ako ne bi učinio, prodavac ima pravo položivši cenu stvar uzeti“<sup>783</sup>. Drugu vrstu prava otkupa vidimo kao pravo preče kupovine koje nije klasično preobražajno

---

<sup>778</sup> F. Benac-Schmidt, 42

<sup>779</sup> D. 1994, 508, note F. Benac-Schmidt

<sup>780</sup> Umesto mnogih vid. J. Ghestin *et al.* (1993), 300

<sup>781</sup> P. Malaurie *et al.* (2016), 240

<sup>782</sup> Čl. 662 SGZ iz 1844. god.

<sup>783</sup> Čl. 665 SGZ iz 1844. god.



pravo iz razloga što, kako smo i ranije naveli, kod ovakvih prava, kupac nije obavezan da stvar prodaje, nego pravo preče kupovine ima svoje pravno dejstvo samo prilikom eventualne prodaje<sup>784</sup>. Nasuprot tome, klasična preobražajna prava su zavisna samo od lične volje njihovog titulara.

Kao takvo, pravo prvenstva može se označiti i pravo preče kupovine iz čl. 874 OIZ CG koje glasi „pravo preče kupnje biva kad si, na osnovi zakona ili ugovora, vlastan tražiti da ti vlasnik kakve stvari koju želi prodati, prije njego je drugome proda, ponudi, nećeš li je ti za istu cijenu kupiti“. S druge strane, Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru nije poznavao nijednu zakonsku vrstu opcionog prava.

Nadalje, simptomatična je činjenica da ZOO ne sadrži nikakvo pravo nazadkupa ili otkupa, iako je ono bilo prethodno predloženo Skicom. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima predlaže dva rešenja. Najpre, prema Skici, prodavac može posebnom odredbom ugovora zadržati za sebe pravo da raskine ugovor i uzme stvar natrag, a kupcu vrati cenu (pravo otkupa)<sup>785</sup>. Potom propisuje i da pravo otkupa može biti ugovoreno samo istovremeno sa prodajom, a kad je ugovoreno docnije, onda je to novi ugovor o prodaji sa odložnim uslovom, između istih lica, ali sa promenjenim ulogama<sup>786</sup>.

U prvom slučaju se ne radi o klasičnoj opciji kao preobražajnom pravu, nego o raskidu ugovora, tj. o restituciji. Otuda se ne stvara novi ugovor, što upućuje na nepostojanje klasične opcije. Prodavac dobija stvar natrag po istoj ceni, odnosno dovodi se u situaciju kao da kupoprodaje uopšte nije ni bilo. Takvo je pravo preobražajno, jer menja situaciju samo na osnovu volje titulara preobražajnog prava, ali menja je tako što je vraća u prošlost. Otuda, ovakav otkaz ugovora sa dejstvom *ex tunc* dobija neobičan naziv, pravo otkupa. Štaviše, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima govori o raskidu a ne o otkazu, sa željom da se stavi akcenat na *ex tunc* dejstvo takve izjave, pritom ne zahtevajući nikakav objektivni uslov, nego je dovoljno da titular ovog prava to učini po sopstvenom nahođenju.

Druga forma ovakvog otkupa ispoljava karakteristike modernog prava opcije. Međutim, ponovo zakonodavac postavlja neobičan uslov, a to je da se opcionu ugovor kojim se stvara opcija, čije aktiviranje kreira ugovor o nazadkupu, mora biti zaključen nakon prvog ugovora o kupoprodaji, a nikako otkupom, jer bi tada bilo reči o prvom obliku tog prava, koji vodi ka raskidu kupoprodajnog ugovora i restituciju.

Otuda, čini nam se da se opcija nazadkupa, kao zakonska vrsta opcije, u Skici pominje nekako stidljivo, kao izuzetak, a ne kao legitimna mogućnost. I u delu u kome je ovo pravo uređeno, više se pažnje posvećuje pravu otkupa, koje predstavlja pravo na jednostrani raskid ugovora, nego na opciju. Da bi se oni jasno razdvojili, nalaže se čak da opcionu ugovor nastane isključivo nakon kupoprodajnog.

Negativni odnos Skice prema ovom opcionom pravu vidi se i u tome što je isto oročeno na maksimalno tri, odnosno šest godina, u zavisnosti od toga da li je stvar pokretna ili nepokretna. Produžavanje vremena za iskorišćavanje ovog preobražajnog prava van zakonskih okvira je takođe izričito isključeno<sup>787</sup>. Cenimo da je autor Skice ipak smatrao dovoljnim to što je prethodno u tekstu Skice uredio opcionu ugovor i klasičnu opciju, koja iz takvog ugovora proizilazi.

---

<sup>784</sup> O pravu preče kupovine na nepokretnim stvarima vid. čl. 671 ff. SGZ iz 1844. god.

<sup>785</sup> Čl. 466, st. 1 Skice o zakoniku o obligacijama i ugovorima

<sup>786</sup> Čl. 466, st. 2 Skice o zakoniku o obligacijama i ugovorima

<sup>787</sup> Vid. čl. 468 Skice o zakoniku o obligacijama i ugovorima

Takođe je punovažnost izjave, kada se radi o nepokretnostima, uslovljena pismenom formom<sup>788</sup>. Ovakva odredba je opravdana, jer predstavlja dosledno pridržavanje po principu o paralelizmu formi, jer izjava o iskorišćavanju opcije predstavlja izjavu o pravcu zaključenja konačnog ugovora. Otuda, logično je da ona bude data u onoj formi koju zakon zahteva za punovažnost konačnog ugovora.

Zakonodavac je čak i ovako razmatranu skromnu verziju prava nazadkupa, kao zakonsku vrstu opcionog prava prilikom donošenja ZOO-a, odbacio. Nasuprot tome, pravo preče kupovine dogovoreno prilikom prodaje stvari dobilo je svoje mesto u zakonskom tekstu preko čl. 527 i nadalje ZOO-a, a po ugledu na čl. 455 i nadalje iz Skice.

Zakon pominje i ostale slučajeve prodaje sa naročitim pogodbama, kako ih sam tekst naziva. Otuda, vredi razmotriti da li između njih postoji određeni ugovor koji bi se po svojim karakteristikama odvojio kao opcionim ugovor.

Kod ugovora o kupovini na probu iz čl. 534 ZOO, kupcu je dodeljeno preobražajno pravo da, ukoliko u probnom periodu stvar ne zadovolji njegova očekivanja, jednostranom izjavom volje poništi sklopljeni ugovor. Imajući u vidu da tu ne dolazi do nastajanja potonjeg ugovora, ovo preobražajno pravo se ne može okarakterisati kao opcija u pomenutom smislu. Isto važi i za ugovor o prodaji po uzorku ili modelu iz čl. 538 ZOO-a.

Kod prodaje sa specifikacijom iz čl. 539 ZOO-a, reč je o pravu kupca da sam odredi prethodno odredive karakteristike predmeta, odnosno stvari ugovora. Otuda, i kod ovog ugovora, u najmanju ruku zbog odsustva potonjeg ugovora, ne može biti reč o opcionom ugovoru. Najzad, ni prodaja sa zadržavanjem prava svojine nema veze sa opcionim ugovorom, nego prodavac zadržava svojinu do konačne isplate cene.

Zbog navedenog, ove zakonski uređene modalitete prodaje ne vredi nadalje analizirati, jer je na prvi pogled jasno da tu ne može biti reči o opcionom ugovoru. Ovu glavu zakona smo uzeli u obzir jedino zbog toga što predstavlja poslednje mesto u Zakonu o obligacionim odnosima gde bi se mogao naći neki imenovani ugovor ili čak modalitet određenog ugovora sa obeležjima opcionog ugovora.

### 2.2.3. Zaključak

Treba konstatovati da je ZOO nezainteresovan za uređenje opcionog ugovora, bilo kao zasebnog instituta u svom opštem delu, bilo kao jednog modaliteta nekog već postojećeg imenovanog ugovora. Iako opcionim ugovor, kao takav, nije nepoznat srpskoj građanskopravnoj tradiciji, on kao zakonski uređena forma nakon prestanka važenja SGZ-a ne postoji kroz nijedan svoj pojavni oblik, uključujući i pravo otkupa. Opcionim ugovorom se ne bave ni Opšte uzanse za promet robom iz 1954. godine.

Pored istorijske dimenzije koju poznaje srpsko pravo, ni komparativna rešenja nisu nemačko pravo ne poznaje opcionim ugovor kao opšti institut, nego se po pitanju ugovora o ponovnoj kupovini govori samo o jednom pravnom institutu koji ispoljava iste karakteristike kao i, u pravnoj praksi oblikovanom, opcionom ugovoru.

Međutim, postavlja se pitanje da li je vreme da srpski zakonodavac krene istim putem kao i francuski i da opcionim ugovor uredi kao zakonski institut u svom građanskopravnom sistemu. Za razvoj stvari u tom pravcu pledira Nacrt SGZ-a iz 2015. godine. Njegova zakonska forma bi ga pritom jasnije razgraničila i od predugovora iz čl. 45 ZOO-a.

---

<sup>788</sup> Vid. čl. 470, st. 2 Skice o zakoniku o obligacijama i ugovorima

Utemeljenost pomenutih sugestija treba tražiti najpre u autonomnoj prirodi opcionog ugovora, odnosno u kontekstu pitanja njegove svrsishodnosti. Dalje istraživanje u tom pravcu bi moglo ponuditi odgovore u vezi sa navedenom dilemom.

### 3. Autonomija opcionog ugovora

Pomenuta nezainteresovanost zakonodavca za institut opcionog ugovora vodi ka tome da treba ispitati njegovu praktičnu važnost, odnosno njegovu autonomiju u pravnom prometu. Glavno pitanje koje se pritom nameće je da li postoje interesi subjekata u pravnom prometu koji bi mogli u potpunosti biti zadovoljeni jedinstveno opcionim ugovorom ili postoje određeni instituti koji kao supstituti pokrivaju isto ugovorno polje, čineći pritom opcioni ugovor, ne po svaku cenu neophodnim.

Kako smo u ranijim primerima naveli, opcioni ugovor daje jednoj strani mogućnost da ona i nadalje vaga svoje imovinske interese po pitanju zaključenja konačnog ugovora, a čija je sadržina opcionim ugovorom već određena. Razloga za to ima više, i čine se opravdanim. Dok je titular opcije u mogućnosti da bira da li će da uđe u glavni ugovor, saugovarač ne može da izbegne svoju vezanost za nastajanje glavnog ugovora, za slučaj ako opcija bude iskorišćena. Saugovarač je svoj pristanak na zaključenje glavnog ugovora dao već prilikom zaključenja opcionog ugovora, i to jednom za svagda.

#### 3.1. (Ne)opozivost jednostranog obećanja u francuskom pravu

Treba pomenuti da se u odnosu na pitanje o opozivosti jednostranog obećanja francuska civilistika u bliskoj prošlosti kolebala. U jednoj svojoj odluci francuski Kasacioni sud je našao da obećavalac može da povuče svoje jednostrano obećanje, pri čemu kasnije iskorišćavanje opcije ne bi moglo da stvori ugovor, jer se izražene volje nikad ne bi srele<sup>789</sup>. Sud je, takođe, i u drugoj svojoj odluci, smatrao da povlačenje obećanja od strane obećavaoca gasi njegovu prethodno datu volju u pravcu zaključenja konačnog ugovora i da su se volje saugovarača zapravo vremenski razmimoišle<sup>790</sup>.

Na osnovu toga, i u naučnim krugovima govorilo se da, ukoliko titular opcije izgubi svoju opciju, pre nego što je iskoristi, nadalje može jedino da zahteva naknadu za pretrpljenu štetu. S druge strane, nakon upotrebe opcije, beneficijar može da zahteva izvršenje glavnog ugovora. U ovom kontekstu, smatralo se da povlačenje obećanja može da ugasi neaktiviranu opciju beneficijara, pritom povlačeći jedino *culpa in contrahendo*, jer se beneficijar obeštećuje zbog toga što je povredom izgubio samu opciju, a ne zato što je povređen glavni ugovor. On kao takav u ovom trenutku još ne postoji, odnosno nije formiran. S druge strane, beneficijar ni nakon povlačenja, nadalje, isto tako ne može da jednostrano formira glavni ugovor, jer više nije titular opcije<sup>791</sup>.

Ovakvo razmišljanje je karakteristično za francusko pravo, ako se imaju u vidu pravila o povlačenju ponude. Ponuda je u francuskom pravu uvek opoziva. U situaciji kada je samom ponudom utvrđen rok za njen prihvatanje, ona, kako kaže zakonodavac, „ne može biti povučena“. U slučaju izostanka utvrđenog roka, važi razumni rok<sup>792</sup>.

Međutim, odmah nakon ovako propisane odredbe, i potonji CC navodi da se ponuda i u pomenutom slučaju, na kraju, ipak može povući i da ona sprečava eventualno nastajanje

---

<sup>789</sup> D. 1994, 507

<sup>790</sup> Identično o tome i D. 1993, 259, note J. Moury

<sup>791</sup> M. Fabre-Magnan, „Le mythe de l'obligation de donner“, *Revue Trimestrielle Droit civ.* 1996, 100

<sup>792</sup> Vid. Art. 1116, al. 1 CC

ugovora za slučaj kasnije izraženog prihvata od strane ponuđenog<sup>793</sup>. Narativ „ne može biti povučena“ zapravo treba shvatiti u užem smislu, odnosno da ponuda ne može biti povučena bez pravnih posledica. Jer, eventualno povlačenje izlaže ponudioca vanugovornoj, ali ne i ugovornoj odgovornost u odnosu na eventualni ugovor<sup>794</sup>.

Odluka Kasacionog suda naišla je na ogromnu kritiku u francuskoj naučnoj javnosti. D. Mazeaud je zastupao mišljenje da povlačenje obećanja znači zapravo istupanje, odnosno povredu jednog punovažnog ugovora, i da takvo ophođenje dužnika neizbežno mora da vodi ka obezbeđivanju dejstva takvog ugovora putem prisilnog izvršenja, odnosno prisilnog formiranja konačnog ugovora<sup>795</sup>. Autor pritom misli na formiranje konačnog ugovora mimo suprotno izražene potonje volje dužnika, jer potreba za klasičnim izvršenjem ne postoji. Dužnik je sa njegove strane potrebnu volju izrazio prethodno, prilikom davanja jednostranog obećanja.

I I. Najjar se u tom kontekstu zalagao za tezu da se jednostrano obećanje jednostavno ne može povući, jer je reč o jednom ugovoru, bez obzira na to što je takav ugovor „jednostrani“. Otuda, i ovaj autor predlaže da treba konstatovati da je glavni ugovor perfektan uvek kada je opcija upotrebljena<sup>796</sup>.

I F. Benac-Schmidt navodi da povlačenje obećanja nije u skladu sa pravnom prirodom opcionog ugovora. On kao ugovor daje beneficijaru specifično pravo opcije, sa ciljem da beneficijar potpuno slobodno i spokojno donese odluku o iskorišćavanju opcije<sup>797</sup>. U pravu izbora beneficijara se zapravo sastoji esencija samog opcionog ugovora<sup>798</sup>. Bez izbora, odnosno bez slobode i spokoja, zapravo nema ni opcionog ugovora.

Francusko pravo je na kraju prihvatilo potonje rešenje. Naime, opredeljenje je zauzeto u pravcu da se izjava o povlačenju obećanja liši pravnog dejstva. Prihvaćen je gore pomenuti stav I. Najjar-a, odnosno solucija koju je F. Benac-Schmidt predlagao, da sud treba jednostavno da konstatuje punovažnost glavnog ugovora<sup>799</sup>.

U tom smislu je, francuski zakonodavac reformom iz februara 2016. godine, izričito propisao da „povlačenje obećanja u periodu u kome je beneficijar ovlašćen da iskoristi datu opciju ne može da spreči nastajanje obećanog ugovora“<sup>800</sup>. Time se odstupilo od prethodne ideje koja je u sudskoj praksi bila nastala po uzoru na opozivost ponude.

### 3.2. Opcioni ugovor i fiksna ponuda

Nadalje, treba ispitati pojam opcionog ugovora u odnosu na srodne institute. Gore pomenuta situacija, u kojoj je dato jednostrano obećanje, odnosno izjava obećavalaca prema beneficijaru opcije, u pravnom prometu se može stvoriti i putem čvrste ponude<sup>801</sup>. Putem nje je, isto kao i putem opcionog ugovora, određena sadržina glavnog ugovora, a ponudilac vezan za zaključenje istog. S druge strane, ponuđeni je u situaciji, kao i titular prava opcije iz opcionog ugovora, da odluči da li hoće zaključenje glavnog ugovora ili ne. Zaključenje glavnog ugovora zavisi, isto kao kod opcionog ugovora, od njegove jednostrane volje. Otuda, može se s

---

<sup>793</sup> Vid. Art. 1116, al. 2 CC

<sup>794</sup> Vid. Art. 1116, al. 3 CC

<sup>795</sup> D. Mazeaud, „Promesse unilaterale de vente: la Cour de cassation a ses raisons“, *Dalloz* 2011, 1460

<sup>796</sup> I. Najjar, „La „retraction“ d’une promesse unilaterale de vente“, *Dalloz* 1997, 119

<sup>797</sup> D. 1994, 507-8, note F. Benac-Schmidt

<sup>798</sup> F. Benac-Schmidt, 42

<sup>799</sup> *Ibid.*, 39

<sup>800</sup> Art. 1124, al. 2 CC

<sup>801</sup> Konstrukcija nije moguća jedino za francusko pravo, koje kao izuzetak za trenutak ostavljamo po strani.

pravom govoriti o tome da čvrsta ponuda, koja u određenom roku ne može biti opozvana, kreira za ponuđenog preobražajno pravo, odnosno opciju<sup>802</sup>.

U tom kontekstu i R. Bork za nemačko pravo navodi da strana koja se obavezuje najpre može drugoj strani jednostrano da dodeli opciono pravo tako što će joj poslati jednu oročenu ili neoročenu ponudu, prema kojoj bi primalac bio u mogućnosti da je po sopstvenoj volji prihvati (čvrsta ponuda). Jedno takvo samoobavezivanje putem ponude je dozvoljeno. Ono dodeljuje ponuđenom mogućnost da kroz prihvatao kao jednostrana volja stvori ugovor. Otuda, jeste prikladno da se na ovom mestu priča o jednoj opciji<sup>803</sup>.

Srpski zakonodavac se putem čl. 36, st. 1 ZOO-a opredelio za rešenje da u srpskom pravu važi pretpostavka da je ponuda čvrsta, osim za slučaj kada je ponudilac izričito predvideo suprotno dejstvo, ili za slučaj kada to proizilazi iz okolnosti posla. Isto tako, zakonodavac je dao ponudiocu pravo da sam odredi rok u kome se on smatra obavezanim ponudom. Otuda, ništa ne stoji na putu da on određuje duže rokove, u potpunosti identične onim rokovima koji su karakteristični za iskorišćavanje opcije iz opcionog ugovora<sup>804</sup>.

D. Henrich govori o tome da je duže samoobavezivanje ponudioca njegovom ponudom svojim dejstvom toliko slično ugovornoj obavezi da dovodi do toga da se mogućnost ugovornog obavezivanja često previđa<sup>805</sup>. Ovu tvrdnju treba proveriti, jer ukoliko je istinita, to ozbiljno dovodi u pitanje praktičnu potrebu za opcionim ugovorom.

Po mišljenju istog autora, praktične razlike između čvrste ponude i dobročine dodele opcionog prava drugoj strani zapravo nema<sup>806</sup>. D. Henrich nadalje ističe i da, ukoliko opcionu ugovor sam po sebi sadrži jednu ponudu za zaključenje ugovora, iskorišćavanje opcije nije ništa drugo nego prihvatao ove ponude<sup>807</sup>.

Međutim, kako H. v. Einem navodi za nemačko pravo, dodela jednog roka za razmišljanje putem ponude u smislu § 148 BGB-a predstavlja izuzetak<sup>808</sup>. Ovakvo opredeljenje je očekivano ako se ima u vidu činjenica da je ponudilac u toku tog roka vezan za ponudu, i time je njegovo imovinsko stanje na neki način opterećeno, a pritom on zauzvrat ne dobija ništa. Njegova satisfakcija sastoji se jedino u tome što je njegova reč, ako ne odlučujuća, bar poslednja po pitanju sadržine predloženog ugovora.

U slučaju zaključenja opcionog ugovora, davalac opcije treba da računa na eventualni nastanak konačnog ugovora. Otuda, kako ističe A. Georgiades, već iz samog smisla i cilja opcionog ugovora može se konstatovati da davalac opcije, istovremeno sa dodelom opcionog prava drugoj strani, na sebe preuzima i obavezu da se uzdržava od onoga što bi škodilo cilju opcionog ugovora, odnosno što bi eventualno ugrozilo nastajanje i ispunjenje glavnog ugovora. Konkretnije rečeno, obavezuje se davalac opcije na negativno ophođenje, u smislu da

---

<sup>802</sup> Prema H. v. Einem-u, u preobražajna prava čiji je cilj kreiranje jednog obligacionog odnosa ubraja se naročito i pravo destinatora na prihvatao jedne obavezujuće ponude. Sadržina ovog preobražajnog prava čini dodeljenu mogućnost primaocu da nakon primanja ponude kroz njegove izjave volje dovede ugovor do zaključenja. H. v. Einem, 24. O mogućnosti nastanka opcije putem testamenta vid. L. Boyer (1992), 3. O daljim mogućnostima nastanka opcije vid. M. Casper, 23.

<sup>803</sup> R. Bork, 168, a o istom stavu vid. i J. Ellenberger, 167; H. Piper, „§ 145“, *Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB (RGRK)*, 12. Auflage, de Gruyter, Berlin - New York, 1982, Rn. 60; Wolf *et al.*, 390; G. Schulze, 1142; dok o postojanju samo terminoloških razlika vid. BGHZ 97, 152

<sup>804</sup> U tom smislu vid. rešenje iz § 148 BGB-a koji naglašava pravo ponudioca da sam odredi period u kome poslata ponuda može biti prihvaćena.

<sup>805</sup> D. Henrich, 14

<sup>806</sup> *Ibid.*, 231

<sup>807</sup> *Ibid.*, 272

<sup>808</sup> H. v. Einem, 19

propusti sve što bi inače mogao da preduzme, a što bi moglo da osujeti postizanje ugovorom predviđenog cilja, i na pozitivno ophođenje, u smislu da preuzme sve potrebne mere da spreči eventualno nastupanje štete po saugovornika<sup>809</sup>. Kako autor nadalje obrazlaže, kroz povredu ili osujećivanje opcionog prava, saugovarač koji je opcijom obavezan ne povređuje svoja prava iz zakonske obaveze u vezi sa vođenjem pregovora, nego jednu svoju opcionim ugovorom zasnovanu ugovornu obavezu<sup>810</sup>.

Upravo jedna takva, ugovorom zasnovana obaveza uzdržavanja davaoca opcije ima po M. Casper-u za cilj da podigne njegovu odgovornost iznad negativnog ugovornog interesa kao sankciju za *culpa in contrahendo*<sup>811</sup>. S druge strane, H. v. Einem zastupa stav da se i kod opcionog ugovora i kod ponude radi o sporednoj obavezi uzdržavanja, a da pritom obaveze ne razdvoji po stepenu odgovornosti za njihovu povredu<sup>812</sup>. Otuda, može se pretpostaviti da i H. v. Einem zastupa mišljenje koje se donekle poklapa sa prethodnim.

Nadalje, i D. Henrich govori o tome da su i davalac opcije i ponudilac kod ponude dužni da se uzdržavaju od povrede prava druge strane, ali ipak prilikom povrede, prema ovom autoru, obojica snose odgovornost za *culpa in contrahendo*<sup>813</sup>.

Cenimo da su sva mišljenja uz izuzetak ograničenja povrede na nivo *culpa in contrahendo* od strane D. Hendrich-a, izneta u istom pravcu, samo su autori pokušali da suštinu obaveznosti opcionog ugovora objasne na različite načine. U tome i jeste vrlina naučne misli.

Naša težnja u pravcu objašnjenja odnosnih pravnih dejstava opcionog ugovora je slična H. v. Einem-ovoj, koji govori o posrednoj obavezi uzdržavanja. Iz opcionog ugovora ne proizilaze dalje obaveze po dužnika u smislu propuštanja, odnosno *non facere*.

Međutim, pošto formiranje opcionog ugovora može lako da se dogodi, jer je potrebna samo volja beneficijara u tom pravcu, i pošto bi ugovor stupio na snagu istog momenta kada bi opcija bila aktivirana, dužnik treba svoje ponašanje u pravnom prometu da koncipira tako što će biti u stanju da izvrši glavni ugovor, ukoliko on bude formiran. Što je rok dospeća obaveza iz glavnog ugovora kraći, to je odstupanje od željenog ophođenja po samog dužnika veće.

Zapravo nije reč o konkretnim obavezama, nego o postavljanju dužnika u pravnom prometu tako da on u slučaju formiranja glavnog ugovora isti može blagovremeno i uredno da izvrši, odnosno da izbegne ugovornu odgovornost. Pošto nastupanje ugovorne odgovornosti podseća na sankciju, u pravnoj teoriji se govori o obavezi uzdržavanja dužnika, koja postoji još pre formiranja glavnog ugovora.

Međutim, ne treba ispustiti iz vida da je ugovorna odgovornost sankcija iz glavnog ugovora, tj. sankcija za neispunjenje obaveza iz glavnog ugovora. Otuda, opcioni ugovor, zbog svojih karakteristika da utvrđuje sadržinu eventualnog glavnog ugovora, daje dužniku jednu sugestiju u pravcu adekvatnog ponašanja, kako bi dužnik kasnije bio u stanju da ispuni obaveze iz glavnog ugovora. Predvidivost daljih okolnosti je u tom smislu od značaja, jer dužnik ne zna kada će biti formiran glavni, za njega obavezujući ugovor, nego će o tome biti samo obavešten od saugovarača, putem izjave preko koje potonji aktivira svoju opciju.

---

<sup>809</sup> A. Georgiades, 427

<sup>810</sup> *Ibid.*, 419

<sup>811</sup> M. Casper, 165

<sup>812</sup> H. v. Einem, 61

<sup>813</sup> D. Henrich, 271

Isti se zaključci daju izneti i po pitanju pozicije u kojoj se nalazi ponudilac, a u pogledu eventualnih kroz ponudu stvorenih obaveza. Zbog toga nismo uspeli da nađemo suštinske razlike, bar na normativnom nivou, između pravnih dejstava koje u pravni promet emituju opcioni ugovor i čvrstu ponudu. Naravno, ostaje volja kao kriterijum delimitacije, u smislu jednostranog ili dvostranog pravnog posla. Međutim, to je pitanje konstrukcije pravnog posla, a ne njegovog pravnog dejstva.

Pomenuta konstrukcija, kao različitost koja se pojavljuje između oba pravna posla, ima samo ograničene konsekvence, najčešće po pitanju mane volje. Tako, kod čvrste ponude ispituje se eventualna manjivost volje ponudioca. S druge strane, kod opcionog ugovora reč je o dvema različitim voljama, koje mogu da budu pogođene manjivošću. Međutim, i kod opcionog ugovora je dovoljno da samo jedna volja bude manjiva, da bi nastale posledice po pitanju njegove punovažnosti. Otuda ni ovakvo razvrstavanje pomenutih pravnih instituta nije od posebnog značaja.

Imajući u vidu navedeno, treba istaći da po pitanju pravnih posledica između fiksne ponude i opcionog ugovora nismo mogli da pronađemo određene suštinske razlike, dok, s druge strane, sa lakoćom se može govoriti o određenim sličnostima između oba instituta.

Prvenstveno treba istaći da primalac opcije ne može da povuče svoju volju i da na taj način ukine opciju, što podseća na neopozivost čvrste ponude, a čija je neopozivost u srpskom pravu pravna pretpostavka (čl. 36, st. 1 ZOO). Ponuda može takođe biti i opoziva, ali ponovo, takav je epilog moguć i kod opcionog ugovora.

U kontekstu ovoga, vredi prokomentarisati i prethodno iznete stavove koji potiču iz nemačke pravne tradicije. Naime, stavovi se lome oko stepena odgovornosti za osujećivanje prava opcije iz ponude i iz opcionog ugovora zbog toga što je prvi izvor ovog prava jednostrana izjava volje, a drugi dvostrana, tj. ugovor. Dok je za većinu lakše da u opciji koja izvire iz opcionog ugovora prepozna ugovornu odgovornost, bar u visini ugovornog interesa iz opcionog ugovora, stavovi po pitanju opcije iz ponude su značajno podeljeni.

Naučna javnost je jedinstvena samo u stavu da odgovornost mora da postoji, jer dodeljivanje prava opcije ne bi imalo nikakvu vrednost ukoliko bi bilo moguće da njegovo iskorišćavanje bude bez posledica sprečeno ili osujećeno<sup>814</sup>.

Naš je stav sledeći. Izvor prava opcije ne treba da bude merilo po kome će se određivati stepen odgovornosti za njegovu povredu. Ako postoji jedinstvo po pitanju da su prava opcije iz opcionog ugovora i iz čvrste ponude zapravo jedno isto pravo, cenimo da treba da vlada isti režim i po pitanju stepena odgovornosti za njihovu povredu.

Suprotno od toga, po M. Casper-u, davalac opcije treba da podleže strožim standardima nego ponudilac koji je, vođen svojim pobudama, izjavio ponudu za zaključenje ugovora. Jedno obavezivanje na prihvatanje troškova održavanja jedne ovakve pravne pozicije proizilazi iz shvatanja takvog održavanja kao sporedne obaveze<sup>815</sup>.

Međutim, mi cenimo da je i samo otpošiljanje ponude stvorilo konkretni obligacioni odnos između dva učesnika u pravnom prometu, odnosno, ponudilac se već putem ponude obavezao na zaključenje glavnog, odnosno u ovom slučaju jedinstvenog ugovora. Time je on takođe stvorio određenu situaciju u pravnom prometu, koja prema obema stranama, po pitanju sadržine i mogućnosti za zaključenje glavnog, odnosno jedinstvenog ugovora, reflektuje iste pravne posledice kao i opcioni ugovor. Pa tako, osujećivanje istih pravnih

---

<sup>814</sup> O tome umesto mnogih vid. A. Georgiades, 427

<sup>815</sup> M. Casper, 170

posledica, odnosno narušavanje istih pravnih situacija nalaže i snošenje istog obima odgovornosti.

Takođe, pozivanje na ugovornu odgovornost za povredu prava opcije iz opcionog ugovora, u smislu ugovorne odgovornosti iz opcionog ugovora, liči na iznošenje stava sa namerom da se zapravo izbegne odgovor na glavno pitanje. Ovde je za javnost i za praksu ključno da li se pod ugovornom odgovornošću misli na ugovornu odgovornost iz glavnog ugovora, ili ona ne doseže van okvira opcionog ugovora. Upravo na to se zahteva da bude odgovoreno.

### 3.3. Stepen odgovornosti dužnika u pogledu povrede opcije

Polazna tačka za utvrđivanje stepena odgovornosti za povredu opcionog prava treba da bude njegova pravna priroda. Opcija je kao preobražajno pravo potpuno nezavisna, kako od strane koja je opcionim ugovorom obavezana, tako i od eventualne državne pomoći, tj. potrebe za sudskom zaštitom. Zbog toga, po našem mišljenju, imovinska vrednost prava opcije je nepovrediva, odnosno ne može biti smanjena. Konkretno povrede vode samo ka njegovom prinudnom menjanju oblika, u smislu od naturalnog ka realnom postojanju, odnosno od njegovog naturalnog prema njegovom realnom izvršenju. Metamorfoza prava opcije pod uticajem povrede ili osujećenja znači samo promenu oblika u kome se ovo pravo pojavljuje u pravnom prometu, ali ne menja činjenicu da se radi o istom pravu. Ono zadržava svoj pravni kontinuitet.

Kako H. v. Einem navodi, ukoliko na primer ponudilac uništi objekat ugovora pre prihvata, kasnije putem prihvata stvoreni ugovor bio bi od samog početka usmeren ka jednoj nemogućoj obavezi. Ograničenje obaveze na naknadu štete zbog pouzdanja u samo zaključenje ugovora (autor tu skreće pažnju na stari § 307 BGB-a<sup>816</sup>), a zbog jedne skrivene radnje ponudioca, nije zadovoljavajuće<sup>817</sup>.

Otuda, pošto povreda ili osujećivanje vode ka nemogućnosti izvršenja predmeta glavnog ugovora, treba titularu priznati pravo na naknadu štete u visini ugovorne odgovornosti za glavni ugovor. Jer, ukoliko se drži do stava da je samopomoć esencijalna za preobražajna prava u slučaju potrebe zaštite istih, umesto uobičajene tužbe, koju ovde treba u potpunosti isključiti, treba dopustiti da na njeno mesto stupi samo preobražajno pravo, ali, kako Böttlich ističe, ne nasuprot druge strane (tuženog), nego nasuprot države<sup>818</sup>.

Pominjanje države se treba shvatiti u smislu da titular opcije treba biti u mogućnosti da nadalje sam izvrši promenu u materijalnom pravu, odnosno da jednostranom radnjom prouzrokuje željene pravne posledice, a ne da treba da takvu promenu traži od suda, koji bi potom, putem sudske odluke, eventualno uvažio prethodno podneti zahtev titulara. Otuda, kako i F. Benac-Schmidt navodi, na sudu je da jednostavno konstatuje punovažnost glavnog ugovora<sup>819</sup>.

Težnja da se drži do stava da je samopomoć esencijalna za preobražajna prava upućuje na jedinu postojeću mogućnost da se osujećivanje ovog prava spreči, a to je da se titularu

---

<sup>816</sup> Ovde se misli na stari § 307 BGB-a koji, govoreći o naknadi štete zbog nemogućnosti izvršenja obaveze, iznos visine štete vidi kao naknadu interesa za punovažnost glavnog ugovora. Imajući u vidu da smisao punovažnosti, tj. postojanja jednog ugovora jeste njegovo ispunjenje, nadalje razvijamo tezu o tome da takav interes može da znači jedinstveno interes za ispunjenje ugovora, tj. pozitivni ugovorni interes, jer ugovor postoji da bi bio ispunjen.

<sup>817</sup> H. v. Einem, 19

<sup>818</sup> Više o ovome vid. Böttlich, 54

<sup>819</sup> F. Benac-Schmidt, 39



opcije i dalje priznaje mogućnost da zaključi glavni ugovor, odnosno u krajnjoj instanci da pribegne zahtevu za naknadu štete iz glavnog ugovora, kao jedinoj potpunoj zaštiti od protivpravnih radnji davalaca opcije.

Zbog toga smatramo da iako se unapred zna da ne postoji mogućnost da se ispuni glavni ugovor, treba titularu opcije priznati teoretsko pravo da takav ugovor zaključi, pa da mu se na osnovu toga, pošto se unapred zna da je naturalno ispunjenje nemoguće, prizna pravo da zahteva naknadu štete u visini pozitivnog ugovornog interesa glavnog ugovora. Međutim, da bi se izbeglo ovo virtuelno zaključenje ugovora, koje je po pozitivnim propisima zapravo nemoguće, a u osnovi je i nepotrebno, treba jasno reći da titular prava opcije ima pravo odmah i neposredno, od strane koja je opcijom obavezana, da zahteva naknadu štete u visini pozitivnog interesa glavnog ugovora, a u tom zahtevu treba priznati i prepoznati implicitnu volju titulara opcije da svoju opciju iskoristi, odnosno da glavni ugovor zaključi<sup>820</sup>.

Time bi se odstranila svaka mogućnost da opcijom obavezani dužnik svoju odgovornost iz obaveze uspe da smanji, tako što će da za svoju korist zloupotrebi institut objektivne nemogućnosti ispunjenja. Pozivamo i sudsku praksu da se prikloni ovakvoj teoretskoj konstrukciji i načinu razmišljanja. Na taj način postigla bi se celokupna zaštita i uvažavanje prava opcije, u oba njegova oblika, odnosno bez razlike da li izvire iz jednostrano izjavljene ponude ili iz opcionog ugovora. Ovakav se stav jedino ne bi mogao zauzeti kada je u pitanju pravo da se od druge strane zahteva zaključenje ugovora, tj. pravo iz predugovora, a što ćemo obrazložiti u daljem radu.

### 3.4. Naknada za sticanje prava opcije kao izraz neophodnosti za recipročnost

Gore započeta rasprava nije samo teoretska, nego je i od praktičnog značaja. Ona daje odgovore na mnoga pitanja o pravnoj prirodi opcije i o opcionom ugovoru i omogućava dodatno upoznavanje ovog pravnog instituta. Međutim, vratimo se na nešto što je bliže praksi u pravnom prometu, i što se pre može očekivati, imajući u vidu interese obeju stranaka.

Naime, jednostrano obavezivanje predlagača ugovora vlastitom ponudom, za njega ne predstavlja prednost, već takvo obavezivanje omogućuje primaocu ponude da sačeka razvoj događaja i da spekuliše na račun svog protivnika. Otuda je ovo obavezivanje ograničenog trajanja<sup>821</sup>. Iako se teoretski ponudilac ponudom može samoobavezati na duži rok, on najčešće ponudi određuje kratak rok u kome bi dobio odgovor ponuđenog, a da sebe pritom ne uvede u značajniju pravnu podređenost ili neprijatnost.

Zbog toga se logički nameće sledeća situacija. Duže obavezivanje putem jednog opcionog ugovora je iz ugla privatne autonomije teško zamislivo, osim ukoliko davalac opcije za to ne dobije odgovarajuću naknadu ili ukoliko posebne okolnosti ne upućuju na određeno iskorišćavanje<sup>822</sup>. Opcijom obavezana strana dodeljuje drugoj ugovornoj strani mogućnost da na njen račun spekuliše i da drži davaoca opcije u neizvesnosti, samo ukoliko za to bude na odgovarajući način obeštećena, pri čemu će naknada za obavezivanje najčešće biti unapred isplaćena. Ukoliko je rizik koji davalac opcije preuzima naročito veliki i opasan, onda treba i

---

<sup>820</sup> U tom pravcu i M. Casper ističe da po pitanju prava zbog neispunjenja obaveze pre ili nakon upotrebe opcije treba poći od premise da aktiviranje opcije i pored propadanja samog objekta opcije ostaje moguće, pa ostaje otvoreno samo pitanje da li je titular opcije uvek upućen na to da najpre upotrebi opciju kako bi stekao sekundarna, odnosno sporedna prava iz glavnog ugovora. To se odnosi na prava zbog neizvršenja glavnog ugovora. Zahtev za njihovo ostvarenje, kako M. Casper nadalje navodi, sadrži u sebi samom čin konkludentne upotrebe opcije. Otuda bi i pozivanje na eventualnu odgovornost za povredu opcionog ugovora bilo izlišno. M. Casper, 169

<sup>821</sup> M. Wolf, „§ 147 BGB, Söeger, BGB Teil 2 §§ 104-240, 13. Auflage, W. Kohlhammer, Stuttgart 1999, 416

<sup>822</sup> M. Casper, 141

premiju za rizik, odnosno naknadu za obavezivanje, odrediti u većem iznosu<sup>823</sup>. Naknada se u praksi često naziva opcionalna premija ili premija za rizik<sup>824</sup>.

Međutim, otplaćena premija u vezi sa opcijom obeštećuje davaoca opcije samo zbog njegove duge vezanosti za opciju i sa time povezanom opasnosti da očekivani dobitak iz glavnog ugovora, i pored duge vezanosti, ne bude realizovan<sup>825</sup>.

Isplatom premije postaje očigledno i razumljivo zašto se davalac opcije izlaže neprijatnosti da zaključi opcioni ugovor, koji ga stavlja u podređenu ulogu u odnosu na primaoca opcije. Preciznije, on sam sebe, putem slobodno izražene volje prilikom zaključenja opcionog ugovora, stavlja u takvu poziciju. Iz ovoga se može izvući zaključak da spekulativni prostor koji nudi opcioni ugovor najviše pogoduje ugovornim interesima ugovornih strana u situaciji kada je spekulisanje, npr. na berzi, njihova zamisao<sup>826</sup>.

Isplaćena premija za opciju se takođe može uračunati i kao ispunjeni deo potonjih obaveza primaoca opcije iz glavnog ugovora. Međutim, ukoliko ne postoji dogovor o tome da se isplata premije za opciju uračuna kao protivobaveza iz glavnog ugovora, treba poći od toga da se premija za opciju odnosi samo na dodeljivanje opcije, odnosno na obavezivanje davaoca opcije u tom smislu<sup>827</sup>.

Zaključenje opcionog ugovora predstavlja jednu strategiju u okviru upravljanja rizicima, koja se, u daljem smislu, može oceniti i kao stvaranje zaliha<sup>828</sup>. Opasnost od slučajne propasti predmeta ili promene cene predmeta iz glavnog ugovora i dalje snosi davalac opcije, za šta je obeštećen opcionom premijom<sup>829</sup>. Neiskorišćavanjem opcije paušal ostaje davaocu opcije kao naknada za vreme protraćeno na čekanje<sup>830</sup>.

Jedno viđenje, koje se može na ovo nadovezati, jeste sledeće. Može se reći da ovakav razvoj događaja nije moguć kod opcije iz čvrste ponude, jer je ponuda jednostrana izjava volje, pa otuda nije dovoljna da bi se putem nje stvorila i dodatna obaveza u suprotnom smeru. Zbog toga se opcioni ugovor može posmatrati kao alatka za kojom je najrealnije da će posegnuti učesnici u pravnom prometu prilikom uređivanja ovakvih odnosa.

Vredi pomenuti i suprotno mišljenje koje nije isključeno kao netačno, nego je samo kompleksnije i otuda se može očekivati njegovo ređe pojavljivanje u pravnom prometu. Pravno dejstvo jedne čvrste ponude se može usloviti jednim realnim činom, npr. plaćanjem opcione premije, pa bi na taj način ovaj čin delovao kao odložni uslov od kojeg bi zavisilo pravno dejstvo čvrste ponude. Jedna uslovljena ponuda bila bi moguća, jer uslovi nisu protivrečni njenoj pravnoj prirodi<sup>831</sup>.

---

<sup>823</sup> W. Linneborn, 27

<sup>824</sup> O premiji kao naknadi primaoca opcije isplaćene davaocu na ime sticanja bolje pozicije u pravnom prometu vid. M. Casper, 165

<sup>825</sup> *Ibid.*, 192

<sup>826</sup> O tome kako nemački Savezni vrhovni sud vidi isplatu premije vid. BGHZ, 111, 181. I J. Schmidt ekonomsku povoljnost od opcionog ugovora, odnosno od jednostranog obećanja, locira u mogućnosti za beneficijara da se ne obaveže neposredno, nego da formiranje glavnog ugovora prouzrokuje naknadno, kroz aktiviranje opcije. J. Schmidt (1982), 264

<sup>827</sup> M. Casper, 118 f.

<sup>828</sup> M. Casper, 10. U stvaranje zaliha ubraja se pored klasičnog skladištenja sredstava za proizvodnju i stvaranje ugovornih rezervi.

<sup>829</sup> *Ibid.*, 166

<sup>830</sup> H. v. Einem, 48

<sup>831</sup> Palandt/Heinrichs Einf. v. § 158 BGB Anm, 6, Hense DnotZ, 63, 234, a kako navodi H. v. Einem, 22

Takođe, hoće li ponudilac, umesto pomenutog plaćanja, da se zadovolji samo obavezivanjem druge strane u smislu plaćanja naknade za opciju, pri čemu bi dug plaćanja novčanog iznosa nastao nezavisno od kasnijeg prihvatanja ili odbijanja čvrste ponude, onda se ni to ne može postići neposredno putem ponude. Ali i u tom slučaju moguće je ponuđenom nametnuti obavezu – da bi ponuđeni imao pravo na prihvrat opcije, treba najpre da dâ izjavu na osnovu koje preuzima obavezu plaćanja premije. Potom, ponuđeni može da prihvati ponudu.

Pitanje uticaja naknade na opciju je od posebnog značaja za francusko pravo, koje poznaje institute jednostranog i dvostranog obećanja. Otuda, važno je napomenuti da u situaciji kada beneficiraj opcije ponudi obećavaocu određenu sumu novca za slučaj neiskorišćavanja opcije, ugovor dobija karakter dvostranoobavezujućeg pravnog posla, jer stvara recipročne obaveze za obe ugovorne strane. Međutim, kako ističu P. Malaurie i ostali, obećanje ostaje jednostrano<sup>832</sup>. Naknada može biti utvrđena i za samo dodeljivanje opcije, bez obzira na to da li će opcija kasnije biti iskorišćena ili ne.

Iz navedenog se nameće zaključak da je iznos u novcu, koji duguje beneficijar, zapravo cena za dodeljivanje opcije<sup>833</sup>. I F. Terre i ostali ukazuju na to da obaveza plaćanja opcije, koja pada na teret beneficijara, ne transformiše jednostrano obećanje u dvostrano, zato što obaveza beneficijara nije simetrična sa obavezom obećavaoca. Radi se samo o recipročnom pravnom poslu koji sadrži obavezu dužnika u pravcu eventualnog automatskog stupanja u glavni ugovor i recipročnu naknadu za takvo obavezivanje<sup>834</sup>.

Cena opcije u francuskoj pravnoj praksi najčešće iznosi 10% od imovinske vrednosti glavnog ugovora (npr. 10% od vrednosti predmeta prodaje) i predstavlja naknadu za izgubljenu mogućnost za obećavaoca da zaključi po njega povoljniji glavni ugovor sa trećim licem, npr. da nekom trećem licu proda predmet prodaje po boljoj ceni<sup>835</sup>.

Jedini izuzetak u odnosu na iznesenu tezu predstavlja situacija u kojoj se naknada plaća u slučaju iskorišćavanja opcije, a visina naknade je toliko velika da odvrća beneficijara od iskorišćavanja opcije, tj. od formiranja glavnog ugovora. U takvom slučaju reč je o tome da je beneficijar zapravo izgubio slobodu odlučivanja, koju mu opcija pri redovnom toku stvari daje. Zbog toga treba konstatovati da je predmetni pravni posao praktično pretrpeo preobražaj u dvostranoobavezujući ugovor<sup>836</sup>.

Naknada za slučaj neiskorišćavanja opcije se ne može okarakterisati ni kao ugovorna kazna, jer beneficijar zadržava pravo da ne zaključi glavni ugovor, pa otuda njegova odluka u tom pravcu ne treba da povlači nikakvu sankciju<sup>837</sup>. Ovakav je stav prihvaćen i u francuskoj sudskoj praksi.<sup>838</sup>

Na kraju, posmatrajući normativno, navedena razlika između opcionog ugovora i čvrste ponude se, na osnovu pozitivnog prava, ne da napraviti. Važno je pritom naglasiti da protivnaknada ne menja pravnu prirodu opcionog ugovora. Naime, i Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima i Nacrt SGZ iz 2015. godine govore o „ugovoru kojim se mogu

---

<sup>832</sup> P. Malaurie *et al.* (2016), 241

<sup>833</sup> J. Schmidt (1982), 279

<sup>834</sup> U francuskom pravu govori se o obavezi da se ponuda održi. Umesto mnogih vid. F. Terré *et al.*, 211; J. Schmidt (1982), 279. Međutim, takvo objašnjenje nije prikladno zbog toga što bi ono upućivalo na obavezu da se obećavalac uzdrži od povlačenja ponude, a jednostrano obećanje iz opcionog ugovora je neopozivo.

<sup>835</sup> P. Malinvaud, 84

<sup>836</sup> F. Leclerc, 60

<sup>837</sup> G. Paisant, O. Touranfond, „Droit de la vente”, *Dalloz Somm. com.* 1993, 233

<sup>838</sup> Vid. RTD civ. 1985, 592

odrediti uslovi nekog drugog ugovora, među istim ugovornicima, i dati pravo jednom ugovorniku da svojom izjavom zasnuje odnose iz tog drugog ugovora (opcionu ugovor ili opcija)<sup>839</sup>. Otuda, opciona premija ne ulazi u minimum saglasnosti volja da bi se jedan dvostrani pravni posao nazvao opcionim ugovorom. Ona nije *essentialia negotio*, nego predstavlja *negotio accidentia*<sup>840</sup>.

Opciona premija je samo logički očekivani element opcionog ugovora, kao jedna pojava preko koje bi najbolje bili oslikani interesi davaoca opcije, odnosno sredstvo uravnotežavanja, ukoliko se pođe od racionalne premise da obe strane hoće da iz opcionog ugovora izvuku određenu korist. Međutim, to nije zakonski uslov, nego ostaje otvorena i mogućnost da opcionu ugovor bude i dobročin ili da bude rezultat nekog šireg obligacionog odnosa.

Pritom, takva odlika čini sam opcionu ugovor samo još fleksibilnijim sredstvom u pravnom prometu i doprinosi njegovom većem značaju, posmatrano iz ugla njegove autonomne prirode. Otuda, ni željeno dugoročno obavezivanje ni isplata naknade za takvo obavezivanje nisu neophodni sastojci opcionog ugovora kao pravnog posla, nego samo dobri znaci njegovog raspoznavanja i često garanti punovažnosti njegove opcije<sup>841</sup>.

### 3.5. Ponuda kao tehničko sredstvo za zaključenje ugovora

Nadalje, da se sa pravom tvrditi i sledeće. Kako M. Weber navodi, mogućnost jedne jednostrane dodele opcije ne može prilikom razmatranja dovesti u sumnju to da se dugotrajno obavezivanje ponudioca, koje se proteže na godine, pa čak i na decenije, može posmatrati isto kao i obavezivanje one strane iz opcionog ugovora koja je opcijom obavezana. Tako stvorena situacija se može čak i opravdati, međutim protivreći samoj prirodi ponude kao jedinstvenog akta i nameri zakonodavca da vezanost ponudioca za ponudu najčešće usmeri na važnost u užim vremenskim granicama<sup>842</sup>.

Teza govori u prilog tome da je ponuda samo jedan deo ugovora, koji teži da dobije svoju drugu polovinu, odnosno prihvata. Ponuda se teško može percipirati kao izolovani pravni posao u pravnom prometu, koji je sam sebi cilj. Nasuprot tome, dok se o ponudi i prijvatu govori kao o tehničkim sredstvima za zaključenje ugovora, opcionu ugovor je predstavljen kao izraz ugovorne saglasnosti<sup>843</sup>.

Ovakvo izlaganje je argumentovano i otkriva deo suštine ponude kao jednostranu volju usmerenu na zaključenje ugovora. Međutim, ne nudi neku razliku na normativnom nivou. Štaviše, smatramo da je pristup u odnosu na opcionu ugovor preuzak. Zaista je ponuda intermedijar između polja neobaveznosti i zaključenja konačnog ugovora, dok opcionu ugovor predstavlja perfektan ugovor. Međutim, to ne menja njegovu vlastitu ulogu intermedijara po pitanju nastajanja glavnog ugovora. Otuda proizilazi da ono što predstavlja ponuda između neobaveznih razgovora ili pregovora i zaključenog ugovora, isto to je i opcionu ugovor između istih pregovora i zaključenja konačnog, odnosno glavnog ugovora. Jer se i pregovori vode i opcionu ugovor zaključuje sa ciljem da se na kraju stvori punovažni glavni ugovor.

---

<sup>839</sup> Čl. 30, st. 1 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima, odnosno čl. 192, st. 1 Nacrta Građanskog zakonika Republike Srbije iz 2015. god.

<sup>840</sup> O tome da opcija nije bitan element opcionog ugovora, za nemačko pravo vid. M. Weber, 256

<sup>841</sup> W. Linneborn, 27

<sup>842</sup> M. Weber, 251

<sup>843</sup> M. Casper, 63

Zato smatramo da u njegovoj autonomiji u pravnom prometu ne leži neka njegova delimitirajuća karakteristika opcionog ugovora u odnosu na fiksnu ponudu. Tim pre, pravna dejstva ponude takođe govore o njenoj (ograničenoj) samostalnosti u pravnom prometu.

### 3.6. Razlika u formi

Nadalje, vredi razmotriti i sledeću eventualnu razliku. Ukoliko se opcioni ugovor posmatra samo kao jedna ugovornom saglasnošću obučena ponuda, iz toga proizilazi da samo izjava volje davaoca opcije i njen prihvata zahtevaju određenu formu, ali ne i izjava o upotrebi opcije<sup>844</sup>.

S druge strane, kod čvrste ponude iskorišćavanje opcije kao preobražajnog prava događa se istovremeno sa prihvatom čvrste ponude, dok kod prijema ponude nije potrebna nikakva saglasnost. Otuda se može izvući zaključak da iskorišćavanje opcije, dodeljene čvrstom ponudom, podleže strožoj formi ukoliko i sam prihvata čvrste ponude, u zavisnosti od prirode glavnog ugovora, podleže takvoj formi. Dok se potreba za strožom formom glavnog ugovora, koji se zaključuje preko opcionog ugovora, može smatrati zadovoljenom zaključivanjem samog opcionog ugovora. Shodno tome, kasnije izražena volja u pravcu iskorišćavanja opcije uživa konsenzualnost.

Ovakva situacija daje mogućnost titularu opcije da, ukoliko kasnije nije u stanju da ispuni strožu formu kako bi zaključio glavni ugovor, zaključiti opcioni ugovor kojim bi zadovoljio sve zahteve zakonodavca po pitanju forme, a da kasnije glavni ugovor zaključiti iskorišćavanjem opcije čije je izražavanje oslobođeno formalnosti<sup>845</sup>.

Navedena situacija se može očekivati kada je cilj forme usmeren ka zaštiti saugovornika. Tada, forma koja štiti obećavaoca treba da bude zadovoljena u trenutku zaključenja opcionog ugovora. U odnosu na titulara opcije, forma može biti zadovoljena i kasnije, u trenutku iskorišćavanja opcije. To bi značilo da u tom slučaju titular opcije po pitanju forme može da optira, odnosno da svoju volju za zaključenje opcionog ugovora izrazi i neformalno, a zakonsku formalnost, ukoliko se takva sa njegove strane zahteva, da zadovolji prilikom upotrebe opcije.

Takvu mogućnost ne vidimo kao spornu ni u situaciji kada titular opciju pribavlja teretno, odnosno kada se obavezuje da plati premiju kao protivnaknadu. Ni tada saglasnost titulara ne podleže strožoj formi, jer je reč o preuzimanju novčane obaveze za čije stvaranje u srpskom pravu važi pravilo konsenzualizma.

S druge strane, opcija mora biti iskorišćena u predviđenoj formi samo u situaciji kada postoji javni interes da glavni ugovor bude formalno zaključen. Smatramo da takvo rešenje proizilazi iz činjenice da je upravo iskorišćavanje opcije iz opcionog ugovora ona volja koju titular opcije ugrađuje u glavni ugovor. Sledstveno tome, kada je u pitanju zadovoljenje javnog interesa, u istoj formi treba biti izražena i saglasnost obećavaoca u opcionom ugovoru, jer njegovo obećanje predstavlja njegovu poslednju izraženu volju u pravcu zaključenja glavnog ugovora.

Vredi pomenuti i činjenicu da kod opcionog ugovora, posebno onog koji se kao spekulativno sredstvo koristi u delovnom poslovanju, postoji mogućnost inkorporacije prava opcije u hartije od vrednosti, što bi imalo za cilj da olakša cirkulaciju ovog prava u pravnom prometu. Međutim, slična mogućnost je dostupna i ponudiocu, u smislu da on može ponudu da oblikuje na takav način što će primaocu biti dozvoljeno da je prenosi na treća lica, zajedno

---

<sup>844</sup> A. Georgiades, 416

<sup>845</sup> O takvoj od strane opcionog ugovora pružene mogućnosti vid. i M. Wolf *et al.*, 390

sa ovlašćenjem njenog prihvata. Iako, pritom, stoji kritika da je mnogo teže objasniti ovakav postupak, u poređenju sa saglasnosti u okvirima jedne konkretne cesije, u odnosu na isto preobražajno pravo<sup>846</sup>.

Tako, čini se da i po ovom pitanju, iako je opcioni ugovor logičniji i naizgled lakši institut za ostvarivanje ciljeva, ni sama čvrsta ponuda nije lišena mogućnosti da bude oblikovana tako da poseduje karakteristike kojima se na ovom mestu teži. Jedino je manevarski prostor opcionog ugovora po pitanju forme izjave o iskorišćavanju opcije malo širi, međutim fiksna ponuda lako se tome može prilagoditi, odnosno prerasti u opcioni ugovor ukoliko ponuđeni u trenutku faktičkog prijema ponude samo dodatno izjavi da njen prijem prima k znanju. Time on postaje i formalni titular opcije iz opcionog ugovora. Očekuje se da se, s druge strane, izjavilac fiksne ponude ne protivi stvaranju opcionog ugovora, jer je njemu svejedno da li je on izjavilac fiksne ponude ili davalac opcije kroz opcioni ugovor.

### 3.7. Opcioni ugovor i ponuda u odnosu na treća savesna lica

Ono što se nadalje zamera čvrstoj ponudi jeste to da je vezanost ponudioca za svoju ponudu koja je, ako traje godinu dana, kako navodi A. Georgiades, suprotna poštenju u pravnom prometu zato što pravni promet kao takav zahteva čiste odnose i neumanjenu slobodu delovanja pravnih subjekata. Imovinski položaj onih koji u odnosu na druge čine oročene ponude postaje netransparentan i može voditi ka prevari onog trećeg lica koje se uzda u spoljašnji izgled stvari u pravnom prometu<sup>847</sup>.

Takva zamerka stoji, jer ove ponude najčešće nisu vidljive za treća savesna lica, pa onemogućavaju trećim licima da do kraja spoznaju imovinsko stanje, tj. solventnost i likvidnost njihovih emitera u pravnom prometu. Naročito je problematično to što oni emituju čvrste ponude bez protivnagnade, jer ih na to upućuje činjenica da je ponuda jednostrana izjava volje<sup>848</sup>.

S druge strane, situacija kod opcionog ugovora je nešto bolja. Isti niz zamerki za netransparentnost se može izneti i u odnosu na opcioni ugovor, međutim situacija se tu čini bolja zato što opcioni ugovor za sebe najčešće veže isplatu opcione premije, pa se očekuje da se ovim isplata, u svakom slučaju, postigne bolja solventnost i likvidnost davalaca opcije. Spekulativni karakter opcionog ugovora zaista može dovesti do promena okolnosti nauštrb davalaca opcije do nivoa do kog bi premija bila u stanju da samo delimično pokrije gubitak, pa bi davalac opcije i u ovom slučaju sam sebe doveo u gore imovinsko stanje od onoga kakvo je bilo pre zaključenja opcionog ili opcionih ugovora. Međutim, pri istom trendu, ponudilac čvrste opcije bi se našao u još gorjoj situaciju, jer on nema čime da ublaži negativne posledice špekulativnog trenda, koji bi ponuđeni naravno, putem prihvatanja ponude, iskoristio.

Otuda, možemo govoriti o jednoj bitnoj osobini opcionog ugovora, u smislu da on garantuje veću sigurnost po pitanju imovinskog stanja davalaca opcije jer, teoretski, opciona premija uvek može da ublaži posledice negativnog trenda. S druge strane, to ne bi bio slučaj sa čvrstom ponudom.

Međutim, na ovom mestu vredi opet istaći činjenicu da postojanje opcione premije nije nužan element svakog opcionog ugovora, pa je otuda i rasprava teoretska, a ne normativna. Ona nema svoje uporište u različitim karakteristikama čvrste ponude i opcionog ugovora, koje bi bile propisane pozitivnim pravom.

---

<sup>846</sup> H. v. Einem, 31

<sup>847</sup> A. Georgiades, 414

<sup>848</sup> Teza je izneta načelno, a da se pritom ne dovodi u pitanje konstrukcija da se dejstvo ponude može usloviti prethodnom isplatom određene nagnade.

### 3.8. Casper-ova teza o slabljenju konsenzualizma kroz opcioni ugovor

U okviru ove analize vredi prokomentarisati i zapažanje M. Casper-a. Kako autor navodi, iako se pod pojam preobražajnog prava mogu podvesti različite grupe prava, ipak za sve njih je zajedničko to što je titular preobražajnog prava, na osnovu zakonskih propisa ili ugovorom postignutim sporazumom, u mogućnosti da, bez saradnje drugog učesnika u obligacionom odnosu, to pravo preoblikuje ili prekine. Pri tako oslabljenim principom konsenzualnosti, prema Casper-u, postoji jedna podređenost drugog učesnika u pravnom prometu, u odnosu na volju titulara preobražajnog prava, što nije slučaj kod redovne ponude za zaključenje ugovora<sup>849</sup>.

Takvo mišljenje autora ne delimo iz dva razloga. O slabljenju principa konsenzualnosti smatramo da se može govoriti samo ilustrativno, u smislu potenciranja trenutne situacije, pritom ne dovodeći u pitanje samu činjenicu da je takav saodnos između učesnika u obligacionom odnosu, prethodno putem ugovora, upravo na temelju pomenutog principa konsenzualnosti i uspostavljen. Saodnos je uspostavljen po nalaženju stranaka, jer su ga stranke prepoznale kao najefikasniji način da se njihovi imovinski interesi u datom slučaju uredi. Takođe, kada je reč o svojevrsnoj „podređenosti” davalaca opcije u vezi sa opcionim ugovorom, treba priznati da upravo ista takva „podređenost” postoji i kod ponude, a ogleda se u njenoj obaveznosti po ponudiocu. Ovakva karakteristika ponude dolazi još više do izražaja kada je reč o čvrstoj ponudi.

### 3.9. Opozivi opcioni ugovor

Nadalje, D. Henrich navodi da je moguće i postojanje opcionog prava, pri čemu bi davalac opcije zadržao pravo da opciju opozove. Međutim, imajući u vidu činjenicu da se ovakav stav kosi sa prirodom preobražajnih prava, jer je njihova osnovna zamisao da davalac opcije ne bude u stanju da utiče na njihovo postojanje i upotrebu, iznesena teza je lako podložna kritici.

Pošto je navedena konstrukcija plod saglasnosti volja ugovornih strana u okviru njihove autonomije, mi ćemo u vezi s njom, u cilju dalje analize, izneti samo terminološku kritiku. Pa tako, takva „opcija” bi se realno u pravnom prometu mogla zamisliti, međutim ne kao preobražajno pravo. Možda bi prikladnije bilo o njoj pričati kao o „nepravnoj opciji”.

Naime, kako i sam D. Henrich ističe, ugovori ovog tipa nisu povoljni za tutilara opcije<sup>850</sup> zato što za njega ne postoji izvesnost u smislu da može da do određenog roka sa sigurnošću stvori glavni ugovor<sup>851</sup>. Zbog toga se ovakvi ugovori u najvećem broju slučajeva zaključuju bez naknade. Teško je zamisliti, kako nadalje autor navodi, da primalac opcije, pri ovakvom fluidnom obligacionom odnosu, davaocu opcije isplati naknadu. Ugovaranje neprave opcije je najčešće zamislivo u slučaju kada davalac opcije hoće da ostavi prostora da od trećeg lica dobije bolju ponudu za zaključenje ugovora iste vrste<sup>852</sup>.

Navedena tvrdnja koristi našoj analizi iz dva razloga. Najpre, treba naglasiti da, ukoliko se teško može očekivati da se ovakvi ugovori koji liče na klasičan opcioni ugovor zaključuju sa naknadom, isto toliko teško je zamislivo da opcija putem klasičnog opcionog ugovora bude dodeljena bez naknade. To potvrđuje prethodno iznesenu tvrdnju da, iako opciona premija

---

<sup>849</sup> M. Casper, 61 f.

<sup>850</sup> I na ovom mestu, a i nadalje, ovakvu opciju treba posmatrati, kako smo prethodno naveli, kao nepravu opciju.

<sup>851</sup> Funkcija opcionog ugovora ogleda se upravo u izbegavanju ovakvog rizika, odnosno u tome da je jedan u budućnosti zahtevani ugovor utvrđen u trenutku zaključenja opcionog ugovora i da je saugovornik na jedan takav ugovorom već obavezan. M. Casper, 10 f.

<sup>852</sup> D. Henrich, 237 f.

nije bitan element opcionog ugovora, može se očekivati da u najvećem broju slučajeva bude sadržana u opcionom ugovoru.

Takođe, ovakva nepravna opcija podseća na opozivu ponudu. I kod opozive ponude ponudilac zadržava pravo da ponudu opozove i da sebe na taj način oslobodi eventualnog zaključenja ugovora. Takva mogućnost, isto kao i davaocu neprave opcije, omogućuje ponudiocu da ugovor o istoj stvari, ali pod po njemu boljim uslovima, zaključi sa trećim licem. Štaviše, takva je mogućnost viđena od strane zakonodavca, u smislu čl. 30 ZOO-a, kao opravdani razlog za prekid pregovora.

Imajući u vidu navedeno, može se rezimirati tako da, ako je opoziva ponuda pandan neopozivoj, a nepravni opcioni ugovor pandan klasičnom opcionom ugovoru, sličnost između opozive ponude i nepravog opcionog ugovora, odnosno identičnost, bar po pitanju pravnih posledica, lucidno upućuje i na sličnost između fiksne ponude i pravog opcionog ugovora.

### 3.10. Zaključak

U poređenju opcionog ugovora sa fiksnom ponudom preovlađuje dijalektički pristup. Smatramo da se kroz suprostavljanje ili bar poređenje sa čvrstom ponudom, kao najbližijeg pravnog instituta u odnosu na opcioni ugovor, najbolje može dočarati pravna priroda ovog potonjeg. Analiza je ponudila određene rezultate, koji su, nadamo se, vredni iznošenja.

Poređenje opcionog ugovora sa čvrstom ponudom nije nas dovelo do pronalaska neke suštinske razlike, bar ne na normativnom nivou, između pravnih dejstva, koja u pravnom prometu emituju ovi pravni instituti. Naravno, ostaje volja kao kriterijum delimitacije, u smislu da li se radi o jednostranom ili dvostranom pravnom poslu. Međutim, ova osobina kod oba pravna posla ima samo ograničene konsekvence, najčešće po pitanju mane volje. Kod čvrste ponude ispituje se eventualna manjivost volje ponudioca, a kod opcionog ugovora dovoljno je da samo jedna volja bude manjiva da bi postojale posledice koje bi ugrožavale njegovu punovažnost.

Međutim, po pitanju pravnih posledica, nismo u stanju da ukažemo na određene suštinske razlike, nego eventualno samo na neke više tehničke, nego suštinske. One se često ispoljavaju na terenu forme izjave volje, putem koje se opcija koristi. Misli se na njenu konsenzualnost u većini situacija. S druge strane, prihvatanje ponude uvek podleže zakonski zahtevanoj formi.

Nadalje, lako je uočljivo da analizirani instituti ispoljavaju niz sličnosti. Prvenstveno treba istaći da primalac opcije ne može da povuče svoju volju i da na taj način ukine opciju, što podseća na neopozivosti čvrste ponude, a čija je neopozivost u srpskom pravu pravna pretpostavka (čl. 36, st. 1 ZOO). Zaista, ponuda može biti i opoziva, ali ponovo, takav je epilog moguć i kod opcionog ugovora.

Ipak suštinska karakteristika, koja poistovećuje oba instituta po pitanju pravnih posledica, jeste da oba stvaraju preobražajno pravo, odnosno opciju. Upravo preobražajno pravo, po našem mišljenju, podiže stepen odgovornosti čvrste ponude, zahtevajući za povredu opcije, koja iz nje izvire, jednak tretman, kao onaj što je propisan za opciju iz opcionog ugovora.

Sama odgovornost se ne dovodi u pitanje, nego njen obim. Mi polazimo od stanovišta da je preobražajno pravo imuno na uticaje dužnika, odnosno da ne može biti osujećeno. Najmanje putem zloupotrebe instituta nemogućnosti ispunjenja. Zbog toga se zalažemo za dalju, na teoretskom nivou izdignutu mogućnost zaključenja glavnog ugovora i, na kraju, za njegovo ispunjenje.



Najzad, ni teza da ponuda sama po sebi nije cilj, nego instrument za zaključenje ugovora, kome je neophodan prihvata, pri čemu je istovremeno opcioni ugovor sam po sebi jedna završena celina, nije održiva. Kao što ponuda može biti odbijena, tako i opcija može ostati neiskorišćena. Istini za volju, isplatom premije bila bi realizovana jedna radnja iz opcionog ugovora, međutim, njeno ugovaranje nije za opcioni ugovor *conditio sine qua non*. Normativno posmatrano, čvrsta ponuda, bez obzira na to da li je samo alatka za zaključenje ugovora ili ne, stvara iste pravne posledice kao i opcioni ugovor. Upravo u tome možda treba tražiti i legitiman razlog zašto je zakonodavac ocenio opcioni ugovor kao suvišan za tekst ZOO-a.

#### 4. Uslov kao *accidentalial negotia* u opcionom ugovoru

Sledeće pitanje koje u vezi s pravom opcije želimo dotaći odnosi se na njegovu (ne)tolerantnost na eventualno uslovljavanje. Da li se pravo opcije može uz dodeljivanje i usloviti? Kod opcionog ugovora moglo bi doći do dve eventualne situacije. U prvoj, bila bi reč o zavisnosti postojanja opcije od odložnog uslova, što bi značilo da dok uslov ne nastupi, opcija nema pravno dejstvo (čl. 74, st. 2 ZOO). U drugoj situaciji, kada bi se radilo o raskidnom uslovu, titular opcije ima opciju dok ne nastupi raskidni uslov (čl. 74, st. 3 ZOO). Na to se dodaje još jedno, možda i važnije pitanje, a to je – šta dalje sa glavnim ugovorom ukoliko opcija bude iskorišćena pre nastupanja raskidnog uslova, a potom raskidni uslov nastupi? Da li raskidni uslov tada ruši i sam glavni ugovor ili jedino opciju, pre njenog iskorišćenja?

Rizik od pojave spora, u situaciji uslovljenosti prava na opciju, nije zanemarljiv. Sporne činjenice se mogu javiti u kontekstu toga da jedna ugovorna strana može da misli da je uslov nastupio, pa nadalje titular može ili ne može da raspolaže svojim pravom, dok bi druga ugovorna strana držala do stava da takav uslov nije ispunjen. Nedugo potom došlo bi se i do spora o tome da li je glavni ugovor zaključen ili ne. Kod opcionog ugovora, u kome je opcija iskorišćena pre nastupanja raskidnog uslova, takođe ostaje sporno da li glavni ugovor postoji i nadalje, ili nastupanje raskidnog uslova ukida i njegovo pravno dejstvo.

Strana koja osporava zaključenje glavnog ugovora neće pristupiti njegovom ispunjenju, dok će saugovarač isto to zahtevati. Epilog bi proizišao iz sudskog spora, odnosno *post festum*. Pošto bi postojanje glavnog ugovora u eventualnom sudskom postupku bilo samo preudicijelno pitanje, postoji rizik po stranu koja spori nastanak glavnog ugovora da, pored ispunjenja redovnih obaveza iz glavnog ugovora, isplati i naknadu na ime štete zbog zakašnjenja u izvršenju, kao i da snosi sudske troškove. Ona se nalazi u takvoj situaciji, vođena svojom voljom, ali ne voljom da ne ispunji svoje obaveze, nego ubeđenjem da uslov nije nastupio, odnosno da ona ništa ne duguje.

Imajući u vidu da je u Nacrtu SGZ-a iz 2015. godine predloženo uvođenje instituta opcionog ugovora u pozitivno građansko pravo u Srbiji, navedena su pitanja vredna pažnje. Cenimo da će pravni život ta pitanja postaviti srpskim sudovima, čim opcioni ugovor postane pozitivnopravni institut. Otuda proizilazi i potreba za njihovom teorijskom elaboracijom, u kojoj bi možda i srpski sudovi našli svojevrsnu pomoć za kasnije vršenje svojih nadležnosti.

Pitanje uslovljenosti opcije je privuklo pažnju i u nemačkim naučnim krugovima i sudskoj praksi. Pa tako, nemačka sudska praksa stoji na stanovištu da se pravo opcije, odnosno njeno pravno dejstvo, ne može opteretiti uslovom. Kako BGH navodi, preobražajna prava moraju nedvosmisleno da razjašnjavaju pravnu situaciju, i ona ne trpe postavljanje uslova. U osnovi, jedan duži vremenski period u kome bi njihovo pravno dejstvo fluktuiralo

između svog postojanja i nepostojanja, suprotan je cilju i smislu preobražajnih prava. Kao primer iznosi se njihovo izjavljivanje putem zastupnika bez punomoćja<sup>853</sup>.

U pravnoj teoriji je zastupljen identičan stav. Kako navodi P. Mader, izjava o ponovnoj kupovini, kao preobražajna izjava, odbija mogućnost uslovljavanja<sup>854</sup>. Nadalje, autor ukazuje i na to da, imajući u vidu potrebu da pravo ponovne kupovine kao preobražajno pravo bude jasno izraženo, suprotstavljanje postavljanju uslova za izjavu volje u pravcu iskorišćavanja prava ponovne kupovine, kao i njegova neopozivost, temelje se na nastojanju da situacija titularu prava ponovne kupovine bude što bolje razjašnjena<sup>855</sup>. Tako bi opcijom obavezana strana bila sigurna po pitanju nastupanja ugovora.

S druge strane, postavljanje roka za iskorišćavanje opcije čini se prihvatljivim zato što je njegovo nastupanje izvesno, objektivno, određivo i svima jasno, jer je reč samo o prostom proteku vremena.

Ovakav stav nemačke teorije i prakse želimo da preispitamo. Kod postavljanja uslova u vezi sa pravnom dejstvom jednog redovnog ugovora postoji fluktuacijsko dejstvo samog ugovora. To proizilazi iz same prirode uslova, odnosno neizvesnosti koja ga odlikuje. Srpski zakonodavac govori o zavisnosti nastanka ili prestanka zaključenog ugovora od jedne neizvesne činjenice (čl. 74, st. 1 ZOO). Misli se zapravo na pravno dejstvo koje bi taj ugovor proizvodio. Takvo preciziranje je predviđeno u tekstu Nacrta SGZ-a iz 2015. godine koji uređuje pravna dejstva pravnog posla (čl. 101 Nacrta SGZ iz 2015. godine). O odložnim i raskidnim uslovima identično se izjašnjava i nemački zakonodavac, govoreći takođe o pravnom dejstvu pravnog posla (§ 158 BGB ff.). Kao tipični institut u iznetim okvirima poznaju ga i austrijsko (§ 897 u vezi sa § 696 ABGB) i švajcarsko pravo (Art. 151 ff. OR).

Uslov je predviđen onda kada on pogoduje interesima ugovornih strana. Kod opcionog ugovora, za slučaj da je dogovoren odložni uslov, njegovo dejstvo bi se manifestovalo na sledeći način. Ukoliko su ugovorne strane uslovile opciju, koja je redovno oročena, to bi značilo da za slučaj da u tom periodu odložni uslov nastupi, titular može nadalje opciju da iskoristi. Potom, tako stvoreni glavni ugovor bio bi neosporno važeći.

S druge strane, ukoliko je uslov raskidni, moglo bi se reći da bi titular opcije hteo da požuri i već na početku roka da zaključi glavni ugovor, kako bi iskoristio opciju, čijem pravnom dejstvu prethodi nastupanje raskidnog uslova. Međutim, kad bi on unapred hteo da pravnu situaciju ubrza, zaključio bi glavni ugovor. Opcioni ugovor je indikator da se titularu opcije ipak ne žuri toliko sa zaključenjem glavnog ugovora, jer to nalaže, u najmanju ruku, jedan respektabilan deo njegovih imovinskih interesa.

Imajući u vidu činjenicu da se titular opcije prilikom njene zavisnosti od raskidnog uslova može naći između dve svoje tendencije, odnosno da s jedne strane odugovlači zaključenje glavnog ugovora, vođen svojim imovinskim interesima, a s druge strane da bude izložen pritisku da što pre iskoristi opciju, kako ne bi pod pretnjom nastupanja raskidnog uslova bila ugašena, uvođenje uslova u opcionu ugovor čini se još intrigantnijim.

Takođe, treba imati u vidu i to da opcije putem uslovljavanja, odnosno dovođenja u zavisnost, gube na vrednosti, što bi se odrazilo na opcionu premiju. Tamo gde opciona premija ne postoji, odnosno gde je najčešće opcija dodeljena bez naknade, može se očekivati da ona bude oročena na što kraći rok, a često i uslovljena.

---

<sup>853</sup> BGHZ 32, 383

<sup>854</sup> P. Mader, 537

<sup>855</sup> *Ibid.*, 527

Međutim, samo uvođenje uslova u opcioni ugovor ne vidimo kao sporno. Ukoliko je primalac opcije spreman da plati opcionu premiju i da u roku za iskorišćavanje opcije čeka nastupanje odložnog uslova, odnosno da mu se nada, onda to treba biti prihvatljivo i sa stanovišta objektivnog prava.

Pritom, da bi se budući primalac opcije privoleo na zaključenje opcionog ugovora, postoji više mogućnosti. Davalac opcije bi mogao da smanji iznos na ime premije ili bi mogla da se poboljša pozicija primalaca opcije u glavnom ugovoru. Nije isključeno ni određivanje „izvesnije” neizvesne činjenice od čijeg bi nastupanja zavisilo pravno dejstvo opcije. Potonje zaključenje i pravno dejstvo glavnog ugovora, ukoliko odložni uslov nastupi i opcija bude upotrebljena, takođe ne bi trebalo biti sporno.

Nešto je složenija situacija kada nastupi raskidni uslov, a opcija bude prethodno iskorišćena. Šta nadalje sa pravnim dejstvom glavnog ugovora? Pri ovakvom epilogu nameću se dve alternative. Jedna je da raskidni uslov anulira i pravno dejstvo glavnog ugovora. Takva pravila u vezi sa uslovljavanjem redovnih ugovora postoje u komparativnom pravu. Nemački BGB govori da se prilikom nastupanja uslova vraća prethodna pravna situacija (§ 158, Ab. 2), odnosno naglašava se *ex tunc* dejstvo raskidnog uslova. Ako se prati ovakva linija razmišljanja, moguće je zauzeti stav da nastupanje raskidnog uslova anulira pravno dejstvo i glavnog ugovora.

Ukoliko se glavnim ugovorom prenosi pravo svojine na nepokretnost, pravo svojine treba uknjižiti, a ne predbeležiti, jer je ono stečeno, odnosno ugovor proizvodi pravna dejstva. Umesto predbeležbe sticaocu, treba otuđiocu priznati pravo zabeležbe, u kome bi on naveo da je prenos svojine zaista nastao, ali da se može naknadno poništiti. Tada bi se otuđilac, kao prethodni vlasnik, ponovo nametnuo za vlasnika nepokretne stvari. U ovom pravcu švajcarski zakonodavac ide korak dalje i govori o nevažnosti raspolaganja ukoliko uslov nastupi (§ 152, Ab. 3 OR). Međutim, zabeležbu vidimo kao bitan instrument da se ovakvo rešenje na kraju zaista i sprovede, jer bi, bez njenog postojanja, sticanje prava potonjeg savesnog sticaoca na osnovu njegovog pouzdanja u pravnom prometu moglo da osujeti pravo one ugovorne strane u čiju bi korist uslov nastupio<sup>856</sup>.

Nadalje, ipak, hteli bismo da iznesemo alternativno rešenje, za koje smatramo da oslikava pravnu prirodu opcionog ugovora i da opovrgava prethodno izneseno razmišljanje. Poznavajući prirodu opcije kao preobražajno pravo, smatramo da se može s pravom tvrditi da, ukoliko opcija bude iskorišćena, ona nadalje prestaje da postoji. Shodno tome, kasniji raskidni uslov ne bi imao šta da anulira. Prihvatljivo je reći da tada i opcijom stvoreni glavni ugovor ne bi mogao biti pogođen raskidnim uslovom.

Pritom tu nije relevantno pitanje kako srpski zakonodavac vidi raskidni uslov, nego činjenica da je glavni ugovor autonoman u odnosu na opcioni. Nakon trenutka kada je postignuta saglasnost volja po pitanju glavnog ugovora, potonje nastupanje raskidnog uslova, koji je vezan za opciju iz opcionog ugovora, ne može srušiti već postojeći autonomni opcioni ugovor. Prihvatanje, odnosno iskorišćavanje opcije počiva na volji obećavaoca, koja je u trenutku zaključenja glavnog ugovora bila pravosnažna.

Ipak, smatramo da bi trebalo da ugovorne strane na terenu autonomije volja budu u mogućnosti da optiraju između oba rešenja. Ono rešenje koje ne ruši punovažni glavni ugovor predlažemo kao dispozitivno.

---

<sup>856</sup> Vid. čl. 3, st.1, t. 4 Zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova („Sl. glasnik RS”, br. 41/2018, 95/2018, 31/2019)

Rešenje da raskidni uslov utiče samo na opciju, a ne i na s njom stvoreni glavni ugovor, dobija još više na značaju ukoliko je sama opcija više puta primenjiva, tj. ako se putem nje može stvoriti više glavnih ugovora. U tom slučaju bi samo pravo opcije nastupanjem raskidnog uslova nestalo, a do tada stvoreni glavni ugovori bi nesmetano i dalje postojali u pravnom prometu.

Takođe, na raskidni uslov gledamo kao na instrument pritiska na titulara opcije, da se titular što pre odluči u smislu da li će da iskoristi preobražajno pravo. Takvo dejstvo raskidnog ugovora predstavlja poboljšavanje, uslovno rečeno, podređene pozicije davalaca opcije u onim opcionim ugovorima u kojima nije predviđeno isplaćivanje premije.

Raskidni uslov delovao bi u pravcu poboljšavanja situacije „narušenog konsenzualizma” i vodio bi nadalje ka učestalij primeni ovog pravnog posla u pravnom prometu. Na zakonodavcu je samo, eventualno, da postojeći tekst zakona dopuni rešenjem o tome koja bi od navedenih alternativa bila dispozitivna, a koja treba konkretno da bude ugovorena.

Pritom, i sama zamerka da uvođenje uslova u opcioni ugovor nalaže *post festum* rešenje situacije nije preterano održiva. Ista karakteristika uslova se može zameriti i kod zaključenja ostalih ugovora. Tu treba poći od toga da je svaki učesnik u pravnom prometu dužan da bude sposoban da oceni nastupanje određenog uslova, čim ga je prethodno ugovorio. Otuda, smatramo da opravdanost ovakvog rizika nalazi osnov u poslovnoj sposobnosti učesnika u pravnom prometu.

S druge strane, nemačko stanovište da je uslovljeno iskorišćavanje prava opcije nedopušteno, cenimo kao konsekvantno. Upotreba opcije uvek mora protivniku opcije nedvosmisleno biti izražena, kako bi protivnik opcije znao da je konačni ugovor stvoren.

## 5. Sadržina opcionog ugovora

### 5.1. Minimum sadržine opcionog ugovora potrebne za njegovu punovažnost

Za razliku od predugovora i podeljenosti Skice i ZOO-a po pitanju njegove sadržine<sup>857</sup>, Nacrt SGZ-a iz 2015. godine, u kontekstu sadržine opcionog ugovora, sledi Skicom predloženo rešenje i upućuje na određivanje uslova nekog drugog ugovora između istih saugovornika<sup>858</sup>. Ispravnost rešenja treba detaljnije razmotriti. U tom svetlu valja pogledati i istorijska i komparativna rešenja.

Pa tako najpre treba istaći da je još SGZ iz 1844. godine poznavao ugovor o nazadkupu. Tadašnji srpski zakonodavac je po pitanju ovog pravnog posla propisivao da se ponovo otkupljuje isti predmet koji je bio predmet prvog kupoprodajnog ugovora, a takođe po istoj ceni<sup>859</sup>. Otuda, kod nazadkupa u SGZ-u iz 1844. godine pitanje neophodnog minimuma sadržine ugovora o nazadkupu nije posebno razmatrano. Ugovor o nazadkupu je bio sadržinski identičan sa ugovorom o prvoj prodaji, u čijim je okvirima nazadkup zapravo i ponikao.

S druge strane, u nemačkom BGB-u, kada je reč o ponovnoj kupovini, postoji dispozitivna norma po pitanju cene, prema kojoj, u slučaju spora, za ponovnu kupovinu važi cena po kojoj je stvar prvobitno prodana<sup>860</sup>. Na taj način olakšano je zaključenje ugovora o

<sup>857</sup> Vid. čl. 29 Skice o zakoniku o obligacijama ugovorima u vezi za čl. 45, st. 3 ZOO

<sup>858</sup> Vid. čl. 192, st. 1 Nacrta SGZ-a iz 2015. god.

<sup>859</sup> Vid. čl. 661 SGZ-a i čl. 30, st. 1 Skice o zakoniku o obligacijama ugovorima

<sup>860</sup> Vid. § 456, Ab. 2 BGB-a

ponovnoj kupovini s obzirom na to da je određivanje predmeta ponovne kupovine već pozajmljeno iz prvobitnog ugovora o kupoprodaji.

Nadalje, ABGB nalaže da stvar bude ponovo prodana, ali ovog puta u suprotnom pravcu, u stanju ne gorem od onoga u kome je stvar bila u trenutku prve prodaje, a da se isplaćena cena vrati prvobitnom kupcu.<sup>861</sup> Otuda, prvobitni kupac odgovara za eventualno pogoršanje stvari između dveju kupovina, a ovlašćen je da traži i naknadu za troškove korišćenja te stvari koje je u tom vremenskom periodu imao.

Ipak, u navedenim zakonskim odredbama reč je o ponovnoj kupovini, kao jednoj vrsti opcionog ugovora, gde se svojina istog predmeta prenosi po drugi put, pa je sam predmet već prvim kupoprodajnim ugovorom odranije određen. Isto tako, komparativno zakonodavstvo u ovim slučajevima nudi i dispozitivne norme po pitanju cene, pokazujući jedan *favor contractus* pristup u pravcu da je i manji obim saglasnosti volja za zaključenje ugovora o ponovnoj kupovini dovoljan. Kada je cena u pitanju, vredi podsetiti na dispozitivnu odredbu iz čl. 462 ZOO-a, gde u slučaju neodređivanja cene važi cena koju je prodavac redovno naplaćivao u vreme zaključenja ugovora ili razumna cena, koja bi se mogla utvrditi na osnovu okolnosti slučaja. Treba pritom ukazivati i na ograničenje da se navedena dispozicija odnosi samo na trgoviške odnose.

Međutim, šta je potrebno da bi se opcioni ugovor punovažno zaključio? Treba krenuti od njegovog pojma. Nacrt SGZ iz 2015. godine, kao i Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, prethodno, govore o uslovima za zaključenje opcionog ugovora i o opciji. Pitanje roka u kome opcija treba da bude iskorišćena uređeno je dispozitivnom normom u čl. 192, st. 2 Nacrta, pa otuda njegovo neugovaranje ne povlači ništavost opcionog ugovora.

Nadalje, karakteristično za opcioni ugovor je i sledeće. Pored stvaranja prava opcije prilikom zaključenja ugovora nastaje i utvrđivanje sadržine glavnog ugovora u smislu prava i obaveza ugovornih strana do trenutka iskorišćavanja opcije. Misli se, pre svega, na obavezu primaoca opcije na isplatu premije za opciju<sup>862</sup>. Međutim, zakon u uslove ne ubraja imperativnu premiju za opciju (vid. čl. 192, st. 1 Nacrta SGZ iz 2015. godine), pa otuda, kao što smo već i ranije pomenuli, ona nije bitan element opcionog ugovora.

Zbog toga preostaje samo opcija, odnosno pravo da se jednostranom izjavom volje stvori glavni ugovor. S obzirom na činjenicu da se jezgro opcionog ugovora iscrpljuje samom opcijom, opcija je ta koja u sebi krije odgovor na razmatrano pitanje o minimumu sadržine neophodnom za punovažnost opcionog ugovora. Pa tako, centralno pitanje sadržine opcionog ugovora je upravo to koji, odnosno kakav glavni ugovor se putem iskorišćavanja opcije treba formirati.

Analiza upućuje na to da uslovi za punovažnost opcionog ugovora, u kontekstu sadržine, proizilaze iz njegove normativne strukture. Može se reći da opcioni ugovor sadrži jednu obavezujuću ponudu i, sledstveno tome, i opcioni ugovor ima pravno dejstvo samo ako je određen do tog stepena da prost prihvrat u opcioni ugovor inkorporisane ponude bude dovoljan za postizanje saglasnosti oko sadržine glavnog ugovora.

Zapravo, pošto saglasnost treba biti postignuta prostim prihvatom, odnosno iskorišćavanjem opcije, nameće se potreba da sadržina glavnog ugovora u celosti, već putem opcionog ugovora, bude utvrđena. Imajući u vidu pravnu prirodu opcionog ugovora, valja uputiti na analogiju sa perfektnom ponudom. U tom smislu i K. Larenz, osvrćući se na

---

<sup>861</sup> § 1068 ABGB

<sup>862</sup> M. Casper, 8

nemačko pravo, ukazuje na potrebu da sadržina potonjeg kupoprodajnog obligacionog odnosa, koji je zavisan od opcije o kupovini, već u samom opcionom ugovoru bude u svim detaljima uređena, tako što se ne bi ni po čemu razlikovala od jedne obavezujuće ponude<sup>863</sup>.

Izneseno znači da opcioni ugovor treba da obuhvata sve bitne elemente glavnog ugovora, odnosno da predmet glavnog ugovora, već na osnovu sadržine opcionog ugovora, bude određen ili odrediv. U tom kontekstu i J. Wertenbruch, za nemačko pravo, ističe da je elementarno za pravo opcije da sadržina kasnijeg ugovora bude unapred utvrđena, tako što bi npr. ugovor o kupoprodaji bio stvoren putem jednostranog izjavljivanja opcije, bez naknadnih pregovora i sporazuma<sup>864</sup>. Npr. već u sadržini jednog opcionog ugovora za zaključenje ugovora o kupoprodaji moraju da budu određeni ili bar odredivi predmet prodaje i cena iz glavnog ugovora<sup>865</sup>.

Otuda, možemo zaključiti da priroda opcionog ugovora, i u srpskom pravu, određuje i sam minimum njegove sadržine. Zahtev za punovažnost opcionog ugovora po pitanju sadržine, može se slikovito reći, predstavlja most između oba inače samostalna ugovora.<sup>866</sup>

Imajući u vidu do sada izneseno, treba izvući zaključak da je rešenje iz Nacrta SGZ-a iz 2015. godine, koje po pitanju sadržine opcionog ugovora upućuje na uslove, tj. bitne elemente nekog drugog ugovora, s obzirom na normativna obeležja opcionog ugovora, ispravno. Taj drugi ugovor na koji se upućuje je zapravo glavni ugovor. Ukoliko je u sadržini opcionog ugovora glavni ugovor dovoljno određen ili odrediv, takav je opcioni ugovor punovažan.

## 5.2. Opcioni ugovor i opcija

Punovažnost opcionog ugovora može se izjednačiti sa pitanjem da li je moguće realizovati opciju. Međutim, opcioni ugovor ne treba mešati sa samom opcijom. A čini se da upravo Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima i Nacrt SGZ-a iz 2015. godine svojim tekstom unose takvu zabunu u pravni život, ili je u najmanju ruku pospešuju.

Naime, zakon propisuje da „ugovorom se mogu odrediti uslovi nekog drugog ugovora među istim ugovornicima i dati pravo jednom ugovorniku da svojom izjavom volje zasnuje odnose iz tog drugog ugovora (opcioni ugovor ili opcija)”<sup>867</sup>. Stavljanjem reči „opcioni ugovor” i „opcija” na kraju odnosnog stava, unosi se zabuna, jer se ne zna na koji ugovor ili prava se odnose. Reči „opcioni ugovor” su u zagradi nakon reči „iz tog drugog ugovora”. Otuda, postoji opasnost da učesnici u realnom pravnom prometu pomisle da se naziv opcioni ugovor odnosi na potonji ugovor, iako je ljudima iz struke jasno da se misli na prvopomenuti ugovor. Takođe, i veznik „ili”, koji je upotrebljen između reči opcioni ugovor i opcija, može značiti da oba termina objašnjavaju isti pojam, što smatramo da opet nije intencija Nacrta SGZ-a iz 2015. godine.

Opcija je, kako je već u prethodnom tekstu elaborirano, nešto različito od opcionog ugovora. Ona se kao naziv odnosi na pravo da se jednostranom izjavom volje formira glavni ugovor. S druge strane, ugovor koji prethodi glavnom ugovoru, a putem kojeg nastaje opcija, je opcioni ugovor. Stoga predložimo izmenu čl. 192, st. 1 Nacrta SGZ-a iz 2015. godine tako što bi redigovani tekst glasio: „Opcionim ugovorom se mogu odrediti uslovi nekog drugog

---

<sup>863</sup> K. Larenz, 211

<sup>864</sup> J. Wertenbruch, „ § 456“, *Sörgel, Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht 4/2*, 13. Anlage, Kohlhammer, Stuttgart 2009, 50

<sup>865</sup> D. Henrich, 243, naravno po pitanju neophodnosti o utvrđivanju cene treba imati u vidu i čl. 462 ff. ZOO-a

<sup>866</sup> M. Casper, 64

<sup>867</sup> Čl. 30, st. 1 Skice o zakoniku o obligacijama ugovorima, odnosno čl. 192, st. 1 Nacrta SGZ-a iz 2015. god.

ugovora među istim ugovornicima i dati pravo jednom ugovorniku (pravo opcije) da svojom izjavom volje zasnuje odnose iz tog drugog ugovora”.

## 6. Zaključak za Četvrti deo

Analiza je jasno ukazala na autonomnu pravnu prirodu opcionog ugovora i na njegove suštinske razlike u odnosu na predugovor iz čl. 45 ZOO-a. Naime, opcioni ugovor je viđen kao jedan autentični pravni posao, koji ima za cilj da pripremi zaključenje glavnog ugovora. Za razliku od predugovora iz čl. 45 ZOO-a, koji poveriocu daje pravo da zahteva zaključenje glavnog ugovora, opcioni ugovor stvara opciju kao preobražajno pravo<sup>868</sup>.

Opcija je više nego zahtev. Njen titular ima pravo da, koristeći opcije, promeni obligacioni odnos. U konkretnom slučaju, opcija ga ovlašćuje, daje mu moć, da jednostranom izjavom volje formira glavni ugovor. Otuda, opciji nije potrebna sudska zaštita, niti prisilno sudsko izvršenje.

Kod predugovora je neophodno da dužnik još jednom ponovi svoju volju u pravcu zaključenja glavnog ugovora, makar i prisilno, putem fikcije. S druge strane, u slučaju zaključenja glavnog ugovora kojem prethodi opcioni ugovor, dužnik je svoju konačnu volju za zaključenje glavnog ugovora izjavio u trenutku zaključenja opcionog ugovora, i on svoju volju ne treba da ponavlja. Da bi došlo do zaključenja glavnog ugovora, nedostaje jedino volja titulara opcije. On tu volju izražava kroz iskorišćavanje opcije. Tako, iskorišćavanjem opcije, nastaje glavni ugovor<sup>869</sup>.

Komparativna analiza je nadalje ukazala na sledeće zaključke. Opciju ne treba poistovetiti sa postojanjem prava prvenstva (npr. pravo preče kupovine), jer potonje svoje pravno dejstvo duguje zaključenju, ili prilici za zaključenje konačnog ugovora sa trećim licem. Pri tome, titular prava prvenstva je ovlašćen da od dužnika zahteva da dužnik sa njim, a ne sa trećim licem, zaključi glavni ugovor. Na takav epilog upućuje i nemačko pravo preče kupovine (*Vorverkauf*) i francuski preferencijalni pakt (*pacte de préférence*). Obavezu da zaključenje glavnog ugovora bude najpre ponuđeno titularu prava prvenstva propisao je i srpski zakonodavac (čl. 527 ZOO).

Autonomija opcionog ugovora kao pravnog posla ispoljava se, između ostalog, i u tome što se dužnik ne može povući iz već zaključenog opcionog ugovora. Najbolji je primer francusko pravo u kome se razmatralo pitanje opozivosti jednostranog obećanja. Na kraju, kao konačan stav francuske teorije i legislative, prihvaćeno je opredeljenje da je jednostrano obećanje neopozivo<sup>870</sup>. Drugim rečima, dužnik ne može da utiče na opciju čim istu dodeli, jer je dodeljivanje učinjeno kroz ugovor. Jedan saugovarač koji je dužnik ne može samostalno da sruši ugovor. Štaviše, imajući u vidu pravnu prirodu opcionog prava, u konkretnom slučaju dužnik ne može ni da povredi pravo opcije.

Analiza je pokazala i da dužnik može samo da osujeti ispunjenje glavnog ugovora, unapred ga čineći objektivno nemogućim za ispunjenje. Naš je stav da se u tom slučaju titularu opcije prizna zahtev za naknadu štete u visini pozitivnog ugovornog interesa iz glavnog ugovora, a da se u podnošenju zahteva treba prepoznati i implicitna volja titulara opcije za prethodno iskorišćavanje opcije, tj. formiranje glavnog ugovora.

---

<sup>868</sup> Identično o tome umesto mnogih vid. J. Ellenberger, „Einführung v § 145“, *Palandt BGB*, 77 Auflage, C. H. Beck, München 2018, 167

<sup>869</sup> Slično o tome, umesto mnogih vid. M. Wolf (1999), 390

<sup>870</sup> Dok s druge strane ponuda u francuskom pravu uvek može biti opozvana.

Za razliku od prava opcije, pravo na zaključenje glavnog ugovora koje proizilazi iz predugovora iz čl. 45 ZOO može se povrediti tako što bi dužnik odbio da svoju volju u pravcu zaključenja glavnog ugovora ponovi, iako je na to predugovorom obavezan.

Za dodeljivanje prava opcije može se ugovoriti protivnagrada, odnosno premija. S druge strane, jezgro predugovora iz čl. 45 čine samo obaveze za zaključenje glavnog ugovora. Međutim, normativni pristup prema institutu opcionog ugovora ukazuje na to da se opcija može i dobroćino dodeliti, a da pritom zadrži pomenute pravne karakteristike. Otuda, premija je jedan često ugovoreni propratni element opcionog ugovora, ali nije njegov bitan element, jer ugovaranje premije ne uslovljava punovažnost opcionog ugovora kao pravnog posla. Identična situacija, u smislu ugovaranja premije, može se zamisliti i kod predugovora kojim se samo jedna ugovorna strana obavezuje na zaključenje glavnog ugovora.

Dalja analiza je pokazala da se opcija može usloviti. Nastankom suspenzivnog uslova u periodu predviđenom za iskorišćavanje opcije, omogućava se titularu da opciju iskoristi. S druge strane, nastupanje raskidnog uslova i pre isteka roka za iskorišćavanje opcije gasi opciono pravo. Po pitanju predugovora, eventualni uslov može da učini obavezu dužnika dospelom ili da je ugasi. Međutim, uslov nije jedina prepreka poveriocu na putu ka zaključenju glavnog ugovora, jer on ima pravo na zahtev, a ne preobražajno pravo. Tako, uslov neposredno utiče na dospelosti ili punovažnosti obaveza dužnika iz predugovora, a preko toga i na sam zahtev poverioca.

Nadalje, normativna konstrukcija opcionog ugovora, koncipirana tako da se prostom izjavom u pravcu iskorišćavanja opcije može formirati glavni ugovor, nalaže da već sam opcioni ugovor sadrži bitne elemente glavnog ugovora, odnosno da sadržina opcionog ugovora čini predmet glavnog ugovora određenim ili odredivim. Konceptija je izgrađena po uzoru na perfektnu ponudu.

Takođe je važno terminološki ne pomešati opcioni ugovor sa opcijom. Opcioni ugovor je ugovor kojim se kreira opcija, kao pravo da se kroz njeno iskorišćenje jednostrano formira glavni ugovor. Opcioni ugovor je kao pravni posao izvor prava, a opcija je preobražajno pravo koje putem tog izvora nastaje.

Opcioni ugovor ispoljava razlike u odnosu na predugovor iz čl. 45 ZOO-a i po pitanju forme. Naime, u zavisnosti od ciljeva forme, zahtevu za konkretnu formu biva podvrgnuta ili izražena saglasnost za zaključenje opcionog ugovora ili izražena volja za upotrebu opcije. Ukoliko je jedna volja data u predviđenoj formi, druga uživa konsenzualnost. S druge strane, kod predugovora, ugovorne strane su, zbog pravila o paralelizmu formi, prinuđene da i predugovor i glavni ugovor zaključe u strožoj formi.

Na kraju valja istaći da je istraživanje po pitanju autentičnosti opcionog ugovora ukazalo na njegovu podudarnost sa čvrstom ponudom, odnosno analiza nije ponudila konkretnu argumentaciju u pravcu delimitacije opcionog ugovora od čvrste ponude, po pitanju njegovih pravnih dejstava. Suprotno se može tvrditi samo za francusko pravo, gde se razlika ispoljava u tome što se ponuda može uvek opozvati (Art. 1116, parag. 2 CC), dok je jednostrano obećanje neopozivo (Art. 1124, parag. 2 CC).

Jedina razlika između opcionog ugovora i čvrste ponude se u srpskom pravu ispoljava u konstrukciji pravnih poslova. Naime, opcioni ugovor je ipak, na kraju, ugovor, odnosno saglasnost volja, usmerena ka dodeljivanju i prihvatanju opcije kao preobražajnog prava. S druge strane, prijem čvrste ponude je prosta (pravnorelevantna) činjenica.



Svrsishodnost opcionog ugovora ogleda se u tome što titular opcije nije izrazio svoju konačnu volju u pravcu zaključenja konačnog, odnosno glavnog ugovora. Opcija titularu daje ličnu komociju da on i dalje vaga svoje lične imovinske interese i da ubuduće samostalno odluči o sudbini glavnog ugovora. U takvoj se poziciji ne nalazi neobavezani saugovornik iz predugovora. Međutim, isto ne upućuje na autentičnost opcionog ugovora, imajući u vidu da se pomenuti pravni kontekst da kreirati i putem čvrste ponude.

Posebnost položaja titulara opcije iz opcionog ugovora u odnosu na poverioca iz predugovora ispoljava se i u tome što davalac opcije ne može da povuče svoju konačnu saglasnost za zaključenje glavnog ugovora, niti da utiče na opciju. Krajnje, a možda i najvažnije, zbog pravne prirode opcije, titular nije u nuždi da zahteva prisilno izvršenje svog prava na formiranje glavnog ugovora. S druge strane, poverilac iz predugovora primoran je da traži sudsku zaštitu ukoliko dužnik ne želi da dobrovoljno zaključi glavni ugovor.

P E T I D E O  
– Izvršenje predugovora –

## 1. Izvršenja obaveze iz predugovora – postavljanje problema

Predugovorom dužnik preuzima obavezu da zaključi glavni ugovor. Poveriocu je ostavljen rok od šest meseci da zahteva od dužnika da mu dužnik namiri potraživanje<sup>871</sup>. Takav je rok relativno kratak rok u odnosu na rokove koji odlikuju ostala potraživanja u pravnom prometu. Ipak, imajući u vidu prirodu potraživanja, ideja zakonodavca je u ovom slučaju razumljiva.

Rok počinje da teče od trenutka dospeća obaveze dužnika. Ako trenutak dospeća nije precizno utvrđen predugovorom, isti bi se onda određivao objektivnom ocenom suda prema prirodi posla i okolnostima u vezi sa kojima bi konačni ugovor trebalo da bude zaključen<sup>872</sup>.

Prilikom prinudnog izvršenja obaveza iz predugovora, legitimno je pitanje, imajući u vidu njegovu specifičnu prirodu kao pravnog posla da li poverilac može da zahteva od dužnika da nakon dospeća izvrši obavezu onako kako je ona propisana ili ima pravo jedino da mu uputi zahtev za naknadu štete, što bi značilo da ga pozove na ugovornu odgovornost?<sup>873</sup> Ili je moguće da poverilac optira između ove dve opcije, koje nude pravnu zaštitu njegovog zbog neispunjenja povređenog potraživanja?

U daljoj analizi bavimo se najpre pitanjem oblika izvršenja predugovora, koje predstavlja jednu od glavnih karakteristika predugovora iz čl. 45 ZOO-a. Utvrđivanje oblika izvršenja predugovora povešće nas pritom nužno natrag, ka pravnoj prirodi samog predugovora. Otuda, pomenuto pitanje vredi razmotriti u nadi da će rezultati dovesti do dalje spoznaje pravne prirode ovog instituta. Analiza može nadalje poslužiti i kao osnova za potonji *de lege ferenda* stav.

## 2. Oblici izvršenja obaveza iz predugovora

Dakle, pred nama su pomenute alternative. Jedna je oslikana u ideji da povreda predugovora vodi ka vrednosnoj restituciji u visini ugovornog interesa predugovora. Predlagala ju je Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima kao rešenje za one predugovore koji ne sadrže sve bitne sastojke glavnog ugovora (čl. 29, st. 4 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima).

U vezi s vrednosnom restitucijom treba istaći i sledeći problem. Naime, pozivanje na ugovornu odgovornost u obligacionopravnoj teoriji predstavlja zahtev poverioca da mu dužnik nadoknadi štetu u visini pozitivnog ugovornog interesa, odnosno u obimu u kojem bi se poverilac nakon isplate naknade štete doveo u poziciju kao da je ugovor, u našem slučaju predugovor, izvršen.

Takav je obim štete kod npr. ugovora o kupoprodaji, zakupu ili zalogu, lako predvidiv i obračunljiv. Isti je kasnije podložan obračunskoj konverziji, odnosno lako ga je izraziti u novcu. S druge strane, pozitivni ugovorni interes poverioca iz predugovora *de facto* znači njegov prelazak na poziciju poverioca potraživanja iz konačnog ugovora. Vremenski, to bi značilo dolazak poverioca na tu poziciju, ali u trenutku zaključenja konačnog ugovora, a ne u trenutku dospeća njegovih potraživanja. Tako, problem je vraćen na sam početak, jer se

---

<sup>871</sup> Čl. 45, st. 5 ZOO

<sup>872</sup> Vid. *ibid.*

<sup>873</sup> Ovakva ideja je razmatrana u čl. 29, st. 3 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima.

između zaključenja i izvršenja ugovora uvek mogu javiti instituti – viša sila, naknadna objektivna nemogućnost izvršenja i promenjene okolnosti.

S druge strane, druga opcija, pored toga što upućuje na mogućnost za vrednosno izvršenje obaveza iz predugovora, upućuje i na mogućnost naturalnog izvršenja obaveza iz predugovora, odnosno prisilnog sudskog zaključenja glavnog ugovora (čl. 29, st. 5 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima i čl. 390, st. 1 ZIO). Čini se da polemiku pokreće specifična priroda obaveze zaključenja glavnog ugovora.

Dalju analizu vidimo kao korisnu u cilju spoznavanja koncepta izvršenja, a putem njega i dubljeg upoznavanja pravne prirode predugovora iz čl. 45 ZOO-a. Jer, rešenja na samom normativnom nivou su već dovedena do pozicije nespornosti. Da bi se analiza sprovela temeljno, treba poći od istorijskih rešenja u kontekstu razmatranog pitanja.

## 2.1. Izvršenje prema SGZ-u iz 1844. godine

Još je Srpski građanski zakonik (SGZ) iz 1844. godine propisao da „svi ugovori valja da se u ono vreme, na onom mestu, i na onaj način izvrše, kao što koji ugovor glasi”<sup>874</sup>. I nadalje, SGZ potvrđuje isti stav kada navodi da „ako jedna strana zaključenim ugovorom istina ispuni, ali ne sasvim onako, kao što ugovor glasi, ili ne u određeno vreme, ili ne na svom mestu, i u rečenim načinom; onda druga strana nema prava zato odustati od ugovora, nego ima pravo zahtevati, da se tačno ugovor ispuni, i za oštećenje naknada učiniti.”<sup>875</sup>

Ono što se može primetiti jeste to da je u SGZ-u centralno mesto zauzimalo naturalno izvršenje obaveze. Ono je imperativ, dok poverilac takođe ima pravo i na naknadu štete. Ipak, analizirajući narativ zakonske odredbe, u vezi sa naknadom štete, misli se na onu štetu koju poverilac trpi u periodu između dospeća obaveze i uspostavljanja pravnog stanja naknadnim naturalnim (najčešće prisilnim) izvršenjem primarne obaveze. To nadalje potvrđuje i sam zakonodavac, propisujući da „niko neka ne misli, da se tim, što bi štetu prouzrokovanu naplatio, oslobodjava od ugovora. On pored naplate štete mora i ugovor ispuniti, osim ako je naročito drukčije ugovoreno.”<sup>876</sup>

Vrednosnu kompenzaciju kao opciju u ruke poverioca u SGZ-u se posebno i ne razmatra. Istina, u prethodno navedenom članu, zakonodavac ostavlja prostor za drugačije ugovaranje, umesto redovnog ispunjenja ugovora, ali u tom slučaju bi se izvor pravila o vrednosnoj kompenzaciji nalazio u ugovornoj klauzuli, a ne u zakonu. Zapravo bila bi reč o ugovornoj kazni, a ne o ugovornoj odgovornosti koja može da se zahteva u obliku novčanog ekvivalenta pozitivnog ugovornog interesa.

Otuda, pre bi se vrednosna restitucija eventualno mogla izvesti iz pravila o naknadi štete koje propisuje „da se šteta naknadi, treba sve u prvašnje stanje da se postavi. Ako to biti ne može, onda valja da se šteta proceni, pa po proceni vrednosti naplati.”<sup>877</sup> Ali takva je solucija moguća jedino ukoliko je u pravnom sistemu prihvatljivo da se ugovorna odgovornost posmatra kao jedna vrsta delikta, tj. ukoliko se neispunjenje obaveze dužnika nakon dospeća tumači kao štetno dejstvo po poveriočevo pravo, u ovom slučaju po njegovo potraživanje.

---

<sup>874</sup> Čl. 547 SGZ iz 1844. god.

<sup>875</sup> *Ibid.*, čl. 553

<sup>876</sup> *Ibid.*, čl. 824

<sup>877</sup> *Ibid.*, čl. 818

„Prvašnje stanje” bi zapravo bilo ono što je propisano zakonom, odnosno u ovom slučaju bi to bio ugovor koji bi se posmatrao kao individualni zakon za ugovorne strane. Pošto on nalaže ispunjenje dužnikove obaveze u trenutku dospeća, onda bi reparacija zapravo značila ispunjenje dužnikove obaveze, odnosno usklađivanje dužnikovog ponašanja sa onim što je propisano ugovorom, kao individualnim zakonom, koji se primenjuje na ugovorne strane. Pravna supsumpcija pod čl. 818 SGZ-a bi onda bila moguća. Ipak, ovakvo pravno razmišljanje o podvođenju ugovorne odgovornosti pod pravila o naknadi štete u najmanju ruku je sporno. Dilemu je prouzrokovao zakonodavac svojom nedorečenošću.

S druge strane, može se razmišljati u pravcu da zakonodavac nije predvideo kompenzaciju kao oblik preko kojeg se izražava ugovorna odgovornost dužnika. Narativ prethodno citiranog čl. 824 SGZ-a ozbiljno podupire takvu tezu.

Imajući u vidu takvu konceptijsku postavljenost SGZ-a iz 1844. godine, vredi ukazati na sledeći problem. Sama realnost navodi na zaključak da nije moguće uvek i svaku neispunjenu obavezu naknadno, pa makar i prisilno, naturalno izvršiti. Ako je to jedina opcija, a koja bi ponekad zbog realnog činjeničnog stanja izostala, onda bi takva obaveza postala naturalna. S druge strane, u strukturi svake pravne norme sankcija predstavlja *conditio sine qua non*. Bez sankcije postavlja se pitanje da li je jedna norma uopšte pravna.

Ali ono što je za našu analizu na ovom mestu važno jeste to da naglasimo da i u slučaju eventualne mogućnosti primene čl. 818 SGZ-a na ugovornu odgovornost, još jednom se potvrđuje primat naturalnog u odnosu na vrednosno, govoreći u konkretnom slučaju za naturalnu restituciju (reparacija) u odnosu na vrednosnu restituciju (kompenzacija).

## 2.2. Izvršenje prema Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru iz 1888. godine

Prethodno analizirano pitanje je, s druge strane, čini se uspešnije, uredio Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru iz 1888. godine. Naime, OIZ je propisivao da „što je dužnik naročito obećao da će sam, lično, izvršiti, ili je dužitelju do toga stalo da upravo dužnik sam izvrši, a niko drugi, e se iz prilika vidi da inače ne bi ugovora ni glavio bio, tad treba da i bude tako”<sup>878</sup>. Nadalje, OIZ prinudno naturalno izvršenje uređuje tako da uređuje da „kad dužnik ne izvrši, tj. ne namiri što je po ugovoru zakonito dužan, ili ne izvrši kako treba, dužitelju je slobodno da se služi svakim dopuštenim načinom, a da bi ga nagnao na namir duga”<sup>879</sup>.

Međutim, i sam je V. Bogišić, autor OIZ-a, bio svestan da, i pored ovako pravno neprečenu mogućnost za poverioca da sprovodi naturalno izvršenje, sama realnost često u kontekstu datih okolnosti stvori određene prepreke, pa se naturalno izvršenje ne može uvek na kraju uspešno realizovati. U prilog tome, st. 2 istog člana propisuje da „kad to [misleći na naturalno izvršenje] ne pođe za rukom, dužnik odgovara za štetu prema pravilima članaka koji poslije ovoga dolaze”<sup>880</sup>, misleći na pravila koji nadalje u tom pravcu uređuju posledice neizvršenja, odnosno neispravnog izvršenja ugovora. Ona uređuju pravo na vrednosno namirenje, izraženo u više oblika<sup>881</sup>.

Propisivanjem ovakvih odredaba OIZ je zapravo postavio naturalno izvršenje kao primarno i uvek dopušteno, a vrednosno namirenje, izraženo preko konstrukcije – pozitivni

---

<sup>878</sup> Čl. 527 Opštog imovinskog zakonika za Crnu Goru (OIZCG) 1888. g.

<sup>879</sup> Čl. 540, st. 1 OIZCG

<sup>880</sup> Čl. 540, st. 2 OIZCG

<sup>881</sup> Vid. čl. 541 i 542 OIZCG

ugovorni interes u smislu posledice ugovorne odgovornosti, kao supsidijarno, samo u slučaju kada naturalno izvršenje ne može dovesti do željenih rezultata, odnosno do izvršenja ugovora u svemu kako on glasi.

Otuda, čini nam se da je ipak i OIZ postavio klatno u korist naturalnog izvršenja, jer kako se zakonodavac izrazio, da bi se mogla zahtevati vrednosna restitucija, mora prvo da naturalno izvršenje „ne pođe za rukom“<sup>882</sup>.

### 2.3. Izvršenje prema Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima i recepcija rešenja u ZOO

Moderno rešenje pitanja izvršenja obaveza u srpskom pravu je dala Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima. Ideje M. Konstantinovića iz Skice prihvatio je i jugoslovenski zakonodavac i uneo ih je u Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine. Naime, kako se u Skici najpre navodi, „dužnik je dužan ispuniti svoju obavezu savesno u svemu kako ona glasi“<sup>883</sup>. Nadalje, „ispunjenje se sastoji u izvršenju onoga što čini sadržinu obveze, te niti dužnik može ispuniti nečim drugim, niti poverilac može zahtevati nešto drugo.“<sup>884</sup>

Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima je ovim rešenjima potvrdila kontinuitet sa prethodnim pravnim propisima u pravcu da se obaveza mora izvršiti upravo onako kako glasi i u celosti. Ipak ono što predstavlja usavršavanje u odnosu na prethodne pravne propise jeste izjednačavanje naturalnog i vrednosnog izvršenja. Jer Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima propisuje da „kad dužnik ne ispuni obavezu ili zadocni sa njenim ispunjenjem, poverilac ima pravo zahtevati i naknadu štete koju je usled toga pretrpeo.“<sup>885</sup>

Da bi poverilac postao titular prava na naknadu štete, ipak treba prethodno da dužniku izjavi raskid ugovora zbog neispunjenja. Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima takvu situaciju uređuje na sledeći način : „U dvostranim ugovorima, kad jedna strana ne ispuni svoju obavezu, druga strana može, ako nije što drugo određeno, zahtevati ispunjenje obaveza ili, pod uslovima predviđenim u idućim članovima, raskinuti ugovor prostom izjavom, ako raskid ugovora ne nastupa po samom zakonu, a u svakom slučaju ima pravo na naknadu štete.“<sup>886</sup>

Ipak, da bi poverilac stekao pravo na jednostrani raskid ugovora prostom izjavom volje, mora da najpre dužniku dâ naknadni rok za ispunjenje dospele obaveze<sup>887</sup>, osim ukoliko je rok dospeća bitan sastojak ugovora. U potonjem slučaju, ugovor se raskida po snazi zakona i poverilac može odmah nakon isteka roka da zahteva naknadu štete<sup>888</sup>.

Jedina je razlika po pitanju fiksnog roka što se u Skici propisuje da fiksni rok daje pravo poveriocu da ugovor raskine bez davanja dužniku primerenog naknadnog roka, osim ukoliko je ugovoreno da se ugovor smatra raskinutim po snazi zakona ako ne bude izvršen u određenom roku<sup>889</sup>. Dok, s druge strane, zakonodavac vidi raskid ugovora *ex lege* kao pravilo, a ukoliko poverilac hoće da ugovor održi u život, mora odmah nakon isteka roka, bez odlaganja, da obavesti dužnika da zahteva ispunjenje ugovora<sup>890</sup>.

---

<sup>882</sup> Vid. čl. 540, st. 1 OIZCG

<sup>883</sup> Čl. 202, st. 2 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima, identično i čl. 262, st. 1 ZOO

<sup>884</sup> Čl. 253, st. 1 Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, a identično i čl. 307 ZOO

<sup>885</sup> Čl. 206, st. 1 Skice, a identično i čl. 262, st. 2 ZOO

<sup>886</sup> Čl. 93 Skice o zakoniku o obligacijama ugovorima, a identično i čl. 124 ZOO

<sup>887</sup> Čl. 96 Skice o zakoniku o obligacijama ugovorima i čl. 126, st. 2 ZOO

<sup>888</sup> Čl. 94, st. 5 Skice o zakoniku o obligacijama ugovorima, čl. 125, st. 1 ZOO

<sup>889</sup> Čl. 94, st. 1 u vezi sa st. 5 Skice o zakoniku o obligacijama ugovorima

<sup>890</sup> Vid. čl. 125, st. 1 u vezi sa st. 2 ZOO

Nadalje, po pitanju obima te štete, suštinski identično kao i Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, zakonodavac propisuje da „poverilac ima pravo na naknadu obične štete i izmakle koristi, koje je dužnik u vreme zaključenja ugovora morao predvideti kao moguće posledice povrede ugovora, a s obzirom na činjenice koje su mu tada bile poznate ili morale biti poznate.”<sup>891</sup>

Iz navedenih rešenja, ponuđenih u Skici, a prihvaćenih od strane zakonodavca u ZOO, jasno se može uočiti da je poveriocu ostavljeno pravo da optira između naturalnog izvršenja svog potraživanja i zahteva za naknadu štete u visini pozitivnog ugovornog interesa. Jer poverilac, da bi stekao pravo na naknadu štete zbog neispunjenja ugovora, nije dužan da prvo pokuša svoje potraživanje prisilno naturalno da izvrši, nego može da se direktno upusti u vrednosno izvršenje.

Jedino, vrednosnom izvršenju kroz zahtev za naknadu štete prethodi raskid ugovora jednostranom izjavom volje poverioca nakon naknadno datog roka dužniku, ili jednostavno raskid *ex lege* nakon isteka roka, ukoliko taj rok predstavlja bitan element ugovora.

Kod raskida ugovora *ex lege*, iz razloga što se radi o fiksnom roku, odnosno o roku koji je bitan element ugovora, ide se dotle da poverilac može da zahteva jedinstveno naknadu štete, a ne i naturalno izvršenje obaveze. Pozicija poverioca je takva jer se i sama obaveza gasi raskidom, tj. istekom roka, i nadalje dužniku preostaje samo pravo da zahteva naknadu štete u visini pozitivnog ugovornog interesa.

Na prvi pogled, može se stvoriti utisak da je zakonodavac novim zakonskim propisom klatno, koje je više težilo ka polu naturalnog izvršenja, sada, malo više nego što je to potrebno, izmestio ka vrednosnom izvršenju. To navodimo iz razloga što se može primetiti da je u ovom slučaju samo vrednosno izvršenje moguće, tj. da poverilac ne može da optira u pravcu naturalnog izvršenja svog potraživanja.

Međutim, takva je teza u osnovi pogrešna. Poveriocu je omogućeno pravo da optira, jer je rok po prirodi stvari nebitan element ugovora. Ugovor se da zaključiti i bez roka. Da bi rok postao fiksni, on mora da bude podignut na nivo bitnog elementa ugovora. Otuda je dispozitivno pravilo da rok nije fiksni, osim ukoliko nije ugovoreno suprotno.

Ugovarajući fiksni rok, poverilac je unapred stavio do znanja dužniku da nije zainteresovan za zadocnelo izvršenje obaveze ili za naturalno prisilno izvršenje svog potraživanja. Odnosno, unapred je dužniku kroz fiksni rok izjavio eventualni raskid ukoliko se obaveza ne izvrši redovnim putem nakon njenog dospeća. Tako se ugovor kasnije, ako redovno izvršenje izostane, raskida po snazi zakona, a može se reći i po snazi samog ugovora, dok poverilac postaje titular prava naknade štete u visini pozitivnog ugovornog interesa raskinutog ugovora.

Otuda proizilazi da je ugovaranjem fiksnog roka kao bitnog elementa ugovora, poverilac unapred optirao ka raskidu umesto ka naturalnom prisilnom izvršenju obaveza, za slučaj da obaveze iz zaključenog ugovora ne budu redovne nakon dospeća dužnikove obaveze.

Još više u prilog tvrdnji da poveriocu, u slučaju fiksnog roka, nije uskraćeno pravo da optira između naturalnog i vrednosnog izvršenja ugovora, tj. pravo poverioca iz čl. 125, st. 2 ZOO-a. Ova odredba predviđa mogućnost da poverilac i pored fiksnog roka održi ugovor na

---

<sup>891</sup> Čl. 266, st. 1 ZOO, a identično i čl. 211 Skice o zakoniku o obligacijama ugovorima

snazi. Ali da bi sprečio *ex lege* raskid ugovora, poverilac je dužan da obavesti dužnika o tome, odmah po isteku roka bez odlaganja, na način što će od njega zahtevati ispunjenje ugovora<sup>892</sup>.

## 2.4. Zaključak

Iz prethodno analizirane pravne regulative može se uočiti da su na generalnom nivou naturalno prisilno izvršenje i vrednosno izvršenje obaveza izjednačeni. Takvo je rešenje zastupljeno u najvećem broju slučajeva i u komparativnom pravu. U slučaju povrede ugovora, neka prava, kao i čl. 262, st. 2 ZOO, poveriocu priznaju zahtev za izvršenje ugovornih obaveza u naturi, npr. § 919 ABGB, § 241, Ab. 1 BGB, Art. 1453, paragraf 1 GZ Italije, Art. 62 i 46 CISG, čl. 9:102 PECL, a ne samo pravo na naknadu štete<sup>893</sup>.

Ipak, u nekim pravnim tradicijama, vrednosno izvršenje je pravilo, a naturalno izuzetak koji je dozvoljen samo pri određenim uslovima. Tako u Common law-u, gde je tužba za izvršenje ugovora u naturi (*action for specific performance*) priznata samo izuzetno, samo kad se radi o imovinskim obavezama, ako se interes za izvršenje u naturi ne da adekvatno ostvariti novčanom naknadom<sup>894</sup>.

Najzad, u srpskom pravu poverilac ima pravo da optira između oba rešenja, odnosno da zahteva kako naturalno, tako i vrednosno izvršenje svog potraživanja. Ovim pozicioniranjem srpskog zakonodavca, međutim, pitanje izvršenja ličnih obaveza ostaje i dalje otvoreno.

## 3. (Ne)spvodivost prinudnog zaključenja glavnog ugovora

Nadalje, važno je takođe utvrditi da li pojedini izvor obaveza ili sama priroda konkretne obaveze utiče na način da neka od dve prethodno razmatrane opcije njenog izvršenja u pojedinim slučajevima postane pravno ili realno nesprovodiva. Imajuću u vidu fokus teze, dalja analiza će biti sprovedena na ugovore i sporazume koji prethode zaključenju konačnog ugovora. Tu se misli na ugovor o pregovorima, ugovor o opciji i predugovor iz čl. 45 ZOO-a.

### 3.1. Prisilno izvršenje opcionog ugovora

Imajući u vidu da ugovor o opciji rađa jedno potestativno pravo za poverioca, a da je dužnik zaključenjem predugovora već dao svoju konačnu saglasnost i u vezi sa zaključenjem konačnog ugovora, pitanje prisilnog izvršenja dužnikove obaveze, bilo naturalno, bilo vrednosno, pod uticajem pravne prirode ugovora o opciji, izostaje. Sudbina zaključenja konačnog ugovora je isključivo u rukama poverioca, tj. beneficijara prava na opciju. Beneficijar stiče pravo na opciju u trenutku zaključenja ugovora o opciji. Nije potrebno da mu davalac opcije to pravo naknadno potvrdi, niti je potrebno da davalac opcije ponovo izjavi saglasnost volje, da bi se konačni ugovor mogao zaključiti.

Čak i ukoliko nakon zaključenja ugovora o opciji, davalac opcije ospori beneficijaru pravo na opciju, tužba beneficijara opcije, putem koje on zahteva da sud utvrdi postojanje prava opcije, predstavljaće pravno sredstvo putem kojeg se traži deklaratorna zaštita. Sud bi

---

<sup>892</sup> Vid. čl. 125, st. 2 ZOO

<sup>893</sup> V. Vodinelić, *Uvod i opšti deo građanskog prava*, JP Službeni glasnik i Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu, Beograd 2012, 504

<sup>894</sup> *Ibid.*

u tom slučaju prethodno ispitivao postojanje pravnog interesa beneficijara kao tužioca za vođenje takvog postupka u smislu čl. 194, st. 1 i 2 ZPP-a<sup>895</sup>.

Međutim, i u slučaju kada sud nađe postojanje pravnog interesa, petitum tužbenog zahteva uslovljava da presuda u korist beneficijara bude deklaratorna. U slučajevima u kojima se pružaju deklaratorna i konstitutivna pravna zaštita, dakle oblici pravne zaštite koji se sastoje u utvrđivanju postojanja određenih pravnih odnosa, odnosno u njihovom pravnom preobražaju, pravna se zaštita (u pravilu) definitivno pruža *ex lege* pravosnažnošću odluka donesenih u kognicijskom postupku<sup>896</sup>. Otuda, pošto kod deklaratornih presuda izostaje izvršenje, ne bi se ponovo postavilo pitanje prirode izvršenja, odnosno da li poverilac ima pravo da ono bude naturalno ili vrednosno, jer izvršenja jednostavno nema.

### 3.2. Prisilno izvršenje ugovora o pregovorima

S druge strane, ugovor o pregovorima samo dodatno generiše obaveze na terenu savesnog vođenja pregovora<sup>897</sup>. Možda je bolje reći da ovaj sporazum kroz svoju sadržinu konkretizuje ono šta znači savesno pregovaranje ugovornih strana sadržano u čl. 30, st. 2 ZOO, kao i da takvo poimanje savesnosti proširuje dodatnim obavezama pod kojima su se ugovorne strane dogovorile da takođe podrazumevaju savesnost. Ali ono što je važno da se napomene jeste da, bez obzira na to šta zakonodavac ili ugovorne strane preko sporazuma o pregovorima podrazumevaju pod povredom dužnosti savesnog pregovaranja, sankcija protivpravnog ponašanja propisana je u samom zakonu. A to je da nesavesna strana u tom slučaju „odgovara za štetu nastalu vođenjem pregovora”<sup>898</sup>, tj. za *culpa in contrahendo*.

*Culpa in contrahendo* je odgovornost za vođenje pregovora, koja onom sapregovaraču kome su povređena imovinska prava zbog nesavesnosti sapregovarača daje pravo na naknadu štete u visini negativnog imovinskog interesa. Ono što treba da sanira negativni ugovorni interes, odnosno što determiniše njegov obim, jeste, kako je zakonodavac propisao, šteta nastala vođenjem pregovora<sup>899</sup>. To znači da pravno pravilo sanira štetu tako što vraća sagovornika, čija su imovinska prava pregovorima zbog nesavesnosti sapregovarača povređena, u poziciju kao da se pregovori uopšte nisu ni vodili.

Ne može oštećeni da zahteva da se ugovor o kome su vođeni pregovi zaključi, jer sapregovarač nije preuzeo takvu obavezu ni sporazumom o vođenju pregovora, niti on takvu obavezu ima na osnovu zakona. Štaviše, on ne može biti vezan ni da ostane u pregovaračkom procesu, jer njegovo pravo iz čl. 30, st. 1 ZOO-a da može pregovore da prekine kada hoće nikad nije derogirano, niti na drugi način dovođeno u pitanje. Jedino je nesavesno korišćenje tog prava sankcionisano pravom drugog pregovarača da zahteva naknadu štete u visini negativnog ugovornog interesa.

Jedino što je nadalje moguće jeste to da su pregovarači putem sporazuma o pregovorima, za povredu dužnosti savesnog pregovaranja, eventualno predvideli strožu sankciju. Ipak, i stroža sankcija bi se morala propisati putem ugovorne kazne. Međutim, i u

---

<sup>895</sup> Čl. 194, st. 1 Zakona o parničnom postupku (ZPP; “Sl.glasnik RS, br.72/2011, 49/2013 – odluka US, 74/2013–odluka US, 55/2014, 87/2018, 18/2020). Tužilac može u tužbi da traži da sud samo utvrdi postojanje, odnosno nepostojanje nekog prava ili pravnog odnosa, povredu prava ličnosti ili istinitost, odnosno neistinitost neke isprave. St. 2 – Tužba za utvrđenje može da se podnese ako tužilac ima pravni interes da sud utvrdi postojanje, odnosno nepostojanje nekog spornog prava ili pravnog odnosa, pre dospelosti zahteva za činidbu iz istog odnosa ili istinitost, odnosno neistinitost neke isprave, ili ako tužilac ima neki drugi pravni interes.

<sup>896</sup> M. Dika, *Građansko ovršno pravo*, Narodne novine, Zagreb 2008, 12

<sup>897</sup> Načelno je moguće prekinuti pregovore u svakom trenutku (vid. čl. 30, st. 1 ZOO), ali obaveza pregovarača je da pregovore savesno vode (vid. čl. 30, st. 2 i 3 ZOO).

<sup>898</sup> Vid. čl. 30, st. 2 i 3 ZOO

<sup>899</sup> Vid. čl. 30, st. 2 ZOO



slučaju postojanja ugovorne kazne sa ciljem pooštavanja odgovornosti za nesavesno pregovaranje, obaveza plaćanje ugovorne kazne je obaveza novčane prirode.

Ono što se može zaključiti kod ugovora o pregovorima je da njegova pravna priroda sužava izbor pravnih lekova poverioca za ostvarenje njegovog potraživanja. Čak nailazimo i na poteškoće kada govorimo o klasičnoj obavezi. Ne bi bilo primereno da se kaže da dužnik ima obavezu da savesno vodi pregovore, odnosno da ima obavezu činjenja (*facere*), zato što je pravna pretpostavka u pravnom prometu da se subjekti savesno ophode. Zapravo, cenimo da nije najpreciznije ni stanovište da se dužnikova obaveza sastoji od obaveze nečinjenja (*non facere*), a da dužnik ima obavezu da se uzdrži od nesavesnog postupanja, jer *culpa in contrahendo* je odgovornost za delikt.

Ipak, ono što je za ovu analizu važno, jeste to da poverilac, iako na generalnom nivou, povredu svoje obaveze čini kroz mogućnosti zahtevanja naturalnog i vrednosnog prisilnog izvršenja, u konkretnom slučaju može zahtevati samo vrednosno prisilno izvršenje (naravno prisilno u krajnjoj instanci, ukoliko prethodno izostane dobrovoljno izvršenje u paricionom roku). Ovom prilikom jedino je vrednosno izvršenje pravni lek koji bi odstranio povredu dužnika postupanja suprotno njegovoj obavezi, tako što će obim naknade štete za poverioca biti tako utvrđen da dovede oštećenog u imovinsku poziciju u kojoj bi se nalazio kad bi se pregovori vodili savesno ili kad se nikad ne bi ni vodili. To je jedina mogućnost da posledica štetnog dejstva dužnika u celosti bude restituirana.

### 3.3. Prisilno izvršenje predugovora iz čl. 45 ZOO-a

Imajući u vidu navedeno, treba istaći da ipak najviše dilema od svih sporazuma i ugovora koji prethode zaključenju konačnog ugovora budi prisilno izvršenje predugovora iz čl. 45 ZOO-a. U kontekstu prethodno otpočete analize, treba najpre proveriti koja je pravna i realna mogućnost za prisilno naturalno izvršenje predugovora.

Analiza treba da se kreće u okviru dveju primarnih odlika obaveze, čije se prisilno naturalno izvršenje razmatra. Prva je ta da je predugovor jedna vrsta ugovora, zato što je narativ zakonskog rešenja u tom kontekstu nedvosmislen (čl. 45, st. 1 ZOO). Druga je odlika da predugovor stvara precizno definisane obaveze za jednu ili obe ugovorne strane, a to je obaveza da se kasnije zaključi glavni ugovor.

Otuda, ona obaveza koja identitetski pripada predugovoru jeste obaveza da se izjavi volja u određenom pravcu. Preciznost te izjave je pojačana još i zahtevom da je takva obaveza prilikom preuzimanja, tj. prilikom zaključenja ugovora sadržinski snabdevena svim bitnim elementima konačnog ugovora. Zahtev da predugovor u svojoj sadržini obuhvata sve bitne elemente konačnog ugovora za njega je od egzistencijalnog značaja, odnosno kvantum saglasnosti volja saugovornika da se zaključi predugovor mora u sebi da sadrži sve bitne sastojke i glavnog ugovora (čl. 45, st. 3 ZOO).

Tako, kod predugovora govorimo o obavezi koja ima jasne karakteristike, tj. radi se o izjavi volje sa unapred, putem predugovora, utvrđenom sadržinom. Zbog toga, obaveze koje proizilaze iz predugovora svrstavaju se u grupu obaveza činjenja (*facere*). Takođe, jasno je da ne može u konkretnom slučaju da poverilac ili treće lice izvrši obavezu dužnika, a za račun dužnika. Poverilac je zainteresovan da zaključi glavni ugovor jedino sa dužnikom, tj. sa drugom ugovornom stranom iz predugovora (ili sa putem predugovora određenim trećim, jer je upravo takvu svoju volju ugradio u sam predugovor).

Kada navedenom dodamo i pravila o autonomiji volje, karakteristiku da ugovori imaju pravno dejstvo samo između ugovornih strana, kao i pravilo *pacta sunt servanda* (misleći na

predugovor), jasno je da izjava volje u pravcu zaključenja glavnog ugovora mora proisteci od dužnika lično ili od određenog lica koje u pravnom prometu zastupa dužnik, pa daje izjavu u njegovo ime.

### 3.3.1. Prepreke za naturalno izvršenje obaveze zaključenja glavnog ugovora

Najpre treba poći od toga da li, kako kod nas tako i u komparativnom pravu, postoje pravne prepreke za naturalno izvršenje jedne konkretne obaveze činjenja (*facere*), tj. izjave volje, a nakon dospeća obaveze dužnika da tu izjavu da.

#### 3.3.1.1 Britansko pravo

Britanski Sales of Goods Act iz 1979. godine razmatra pitanje pravnih lekova (*actions/remedies for breach of contracts*), odnosno prava kupca u slučaju neisporuke ugovorenih dobara kupcu. Takva obaveza predstavlja obavezu činjenja (*facere*) koju dužnik mora da izvrši u korist poverioca. Zakon uređuje da „ukoliko prodavac protivno pravu odbije ili nepažnjom propusti da isporuči dobra kupcu, kupac može zahtevati od prodavca naknadu štete za neisporuku<sup>900</sup>. „Obim štete je u visini očekivane štete koja je direktno i pri redovnom toku stvari rezultat prodavčeve povrede ugovora”<sup>901</sup>, što znači da i britansko pravo ugovornu odgovornost svodi na predvidivu štetu koja je rezultat neizvršenja ugovora od strane dužnika.

Naturalno izvršenje obaveze je u britanskom pravu ograničeno jedino na slučajeve u kojima na tome insistira poverilac, tj. tužilac, a čiji zahtev sud ceni kao legitiman jer bi se jedino naturalnim izvršenjem obaveze dužnika mogao zadovoljiti ugovoreni imovinski interes poverioca<sup>902</sup>. Takav zahtev Britanci nazivaju Action for specific performance. Iako pod određenim uslovima, britansko pravo ipak omogućava naturalno izvršenje obaveze činjenja dužnika.

#### 3.3.1.2. SAD (Restatement (Second) of Contracts)

U ugovornom pravu SAD, Restatement (Second) of Contracts ugovornu odgovornost, odnosno pozitivni ugovorni interes definiše kao očekivani interes (*expectation interest*) i utvrđuje ga kao interes sticanja koristi od određenog ugovora tako što poverilac biva stavljen u istu onu poziciju u kojoj bi se našao, kada bi ugovor bio izvršen<sup>903</sup>. Nadalje, „povređena strana ima pravo na naknadu štete za svaku povredu ugovora načinjenu od one strane prema kojoj ugovor proizvodi pravno dejstvo...”<sup>904</sup>.

Pored naknade štete na osnovu pozitivnog ugovornog interesa, ugovorno pravo SAD predviđa mogućnost za poverioca da on može da optira i u pravcu zahteva za naknadu za *reliance interest*. *Reliance interest*, Restatement of Contracts definiše kao „interes koji bi nadoknadio pouzdanje u ugovor na način da bi se ugovorna strana dovela u poziciju kao da ugovor nije nikada zaključen”<sup>905</sup>, što bi se u kontinentalnoj pravnoj tradiciji nazvalo naknada štete u visini negativnog ugovornog interesa.

Pored toga, Restatement of contracts pominje i *liquidation damages* što je u suštini američka verzija ugovorne kazne, a koja se ograničava na obim koji bi bio ekvivalentan razumno očekivanom obimu štete koji bi poveriocu bio prouzrokovan, ukoliko se ugovor ne

---

<sup>900</sup> Art. 51 al. 1 UK Sales of goods Act 1979

<sup>901</sup> *Ibid.*, art. 51, al. 2

<sup>902</sup> *Ibid.*, art. 52 al. 1

<sup>903</sup> Art. 344, al. 1.1 Restatement (Second) of Contracts

<sup>904</sup> *Ibid.*, art. 346

<sup>905</sup> *Ibid.*, art. 344 al. 1.2

ispuni redovnim putem. Nerazumno postavljeni nivo *liquidation damages* bio bi ništavan kao suprotan javnom poretku<sup>906</sup>.

Pored naknade štete u visini pozitivnog ili negativnog imovinskog interesa i ugovorne kazne predviđene u približno istom obimu, valja primetiti da američko ugovorno pravo ne predviđa mogućnost za poverioca da zahteva od suda, a nakon presude i izdejstvuje, prisilno naturalno izvršenje dužnikove obaveze. Jednostavno, takav instrument otklanjanja povrede poveriočevog prava načinjene neizvršenjem od strane dužnika američko obligaciono pravo ne propisuje. Svaka se neizvršena obaveza svodi na naknadu za *expected interest, reliance interest* ili *liquidation damages*. Otuda, u ovom pravnom sistemu, valja rezimirati da postoji pravna prepreka, odnosno nemogućnost za prisilno naturalno izvršenje bilo koje obaveze, a još više, obaveze činjenja (*facere*).

### 3.3.1.3. Francusko pravo

Situacija u francuskom pravu je takođe specifična. Stari Art. 1142 francuskog Code Civil-a je materijalnopravnom odredbom uređivao da „sve obaveze činjenja ili nečinjenja se rešavaju kroz naknadu štete u slučaju neizvršenja od strane dužnika“<sup>907</sup>. Poverilac nije mogao da zahteva naturalno prisilno izvršenje svog potraživanja, nego je uaturi jedino mogao da sam, umesto dužnika, izvrši konkretnu obavezu, a o dužnikovom trošku<sup>908</sup>. Tako je praktično data mogućnost dužniku jedne takve obaveze da može uvek iz te obaveze da stvori drugu, u odnosu na nju fakultativnu obavezu. Obaveza bi uvek bila novčana i vrednosno ekvivalentna primarnoj. Stvara je dužnik tako što namerno odlučuje da ne ispuni primarnu obavezu redovnim putem<sup>909</sup>.

Pretpostavljamo da je primarna ideja zakonodavca u Art. 1142 CC-a da je smatrano da bilo kakva mogućnost za naturalno prisilno izvršenje obaveze činjenja ili nečinjenja predstavlja nasrtaj na ličnost dužnika. Jer bi u tom slučaju sredstvo izvršenja bio sam dužnik, a ne njegova imovina. Takav bi epilog prevazilazio granice ugovorne, odnosno imovinske odgovornosti dužnika, koja je jedina moguća u ugovornom pravu, pa iz tih razloga nije bila propisana mogućnost naturalnog prisilnog izvršenja obaveze činjenja i nečinjenja.

Međutim, pomenuto rešenje je u francuskom pravu još ranije bilo drastično relativizirano putem odredaba iz zakona Loi. no. 91-650 du 9 juillet 1991, koji predstavlja modernizaciju francuskog građanskog izvršnog prava. On u Art. 1 propisuje da „svaki poverilac, pod zakonski propisanim uslovima može da izvršava svoja potraživanja prema svom dužniku“<sup>910</sup>. Kasnije, novim francuskim Code des procedures civiles d'execution, identični je član premešten u glavu zakona „Poverilac i izvršni naslov“ kao Art.L 111-1<sup>911</sup>.

---

<sup>906</sup> *Ibid.*, art. 356

<sup>907</sup> Art. 1142 créé par Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 (Code civile iz 1804. g.), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C4EA211A43B9F10112DB07F43102D024.tplgfr39s2?idSectionTA=LEGISCTA000006150243&cidTexte=LEGITEXT000006070721&daeTexte=20160930>, [pristupljeno 24.03.2018]

<sup>908</sup> Vid. Art. 1144, *ibid.* Ideja je slična pravilu prodaje/kupovine radi pokrića iz srpskog čl. 525 ZOO-a.

<sup>909</sup> Jedina je razlika što pri ovakvim odlukama dužnika da namerno ne izvrši obavezu, on odgovara i za nepredvidivu štetu, pa bi na kraju moglo lako da se desi da je fakultativna obaveza znatno teža u odnosu na primarno ugovorenu.

<sup>910</sup> Art. 1, al. 1 loi. no. 91-650 du 9 juillet 1991, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000172847> [pristupljeno 23. 03.2018]

<sup>911</sup> Vid. Art. L111-1 Code des procedures civiles d'execution donešen Ordonnansom no. 2011-1895 du 19 decembre 2011, Code des procedures civiles d'execution, [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=A6167D2CD6A834138F5A0EFE51C11999.tplgfr30s\\_1?cidTexte=LEGITEXT000025024948&idArticle=LEGIARTI000025025642&dateTexte=20180323&categorieLien=id#LEGIARTI000025025642](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=A6167D2CD6A834138F5A0EFE51C11999.tplgfr30s_1?cidTexte=LEGITEXT000025024948&idArticle=LEGIARTI000025025642&dateTexte=20180323&categorieLien=id#LEGIARTI000025025642), [pristupljeno 23.03.2018]

Takođe je kasnije i CC reterirao od svog stava, tako što je reformom učinjenom Ordonansom no. 2016-131 du 10 fevrier 2016 predvideo naturalno izvršenje obligacije kao jedne od sankcija propisanih novim Art. 1217. Nadalje, ovu sankciju neizvršenja, koja poveriocu stoji na raspolaganju prema dužniku koji nije ispunio ili je neuredno ispunio svoju obavezu, konkretno uređuje novi Art. 1221. On propisuje da poverilac može od dužnika, nakon naknadnog poziva dužniku da ispuni obavezu (francuski institute *mise en demeure*), da zahteva naturalno prisilno izvršenje obaveze, osim ukoliko to nije moguće ili postoji disproporcija između troškova koje bi takvim izvršenjem snosio dužnik, u odnosu na ono što bi poverilac time dobio<sup>912</sup>. Takvo je rešenje i danas na snazi.

U francuskoj pravničkoj javnosti se po pitanju naturalnog izvršenja obaveze odvija živa debata. Argumenti se kreću između stavova da li da se izvršenje obaveza *facere* i *non facere* uopšte dozvoli ili da se dozvoli sa određenim izuzecima. U drugom slučaju postavlja se pitanje koliki treba da bude krug izuzetaka i kako da se oni definišu na pozitivnopravnom nivou.

Jedan od principa francuske pravne tradicije jeste zabrana da se neko prisili da nešto uradi, odnosno na latinskom: *nemo precise cogi potest ad factum*, a na engleskom: *one can bring a horse to the water, but nobody can make him drink*<sup>913</sup>, što bi značilo da možete dovesti konja do reke ali ne možete ga naterati da pije vodu. Takav je princip imao svoje uporište u starom Art. 1142 CC.

Ipak je francuski zakonodavac, kao što smo već naveli, u velikoj reformi, Ordonansom od 10. februara 2016. godine omogućio naturalno izvršenje obaveze, uključujući takvu mogućnost i za obaveze *facere* i *non facere*. Tako, ako priznamo da je efikasno izvršenje ugovora primarni cilj koji su ugovorne strane imale u vidu u trenutku kad su se složile da zakluče ugovor, jedna od najboljih usluga koju zakon može obezbediti je efikasna, odgovarajuća i efikasno primenjiva sankcija u cilju dobijanja ugovorom utvrđene satisfakcije<sup>914</sup>. Novo rešenje u CC-u omogućilo je ovakav stepen pravne zaštite.

Art. 1221 CC-a promovisao je princip naturalnog prisilnog izvršenja u skladu sa tradicijom kontinentalnog prava. Treba da se omogući izvršenje prema dužniku koji je dužan da poštuje uslove svog obavezivanja. To je pitanje ugovornog morala<sup>915</sup>. Ne može se ignorisati ni činjenica da naturalno izvršenje donosi prednosti. Zato što se ne traži ništa manje, niti više, nego implementacija onoga što je ugovorom predviđeno, a to je pravo poverioca da zahteva izvršenje ugovora, koje nije podređeno dokazivanju da je ugovor povređen<sup>916</sup>.

U kontekstu mogućnosti za naturalno izvršenje svake obaveze, nezavisno od njenih karakteristika, tj. nezavisno od toga da li je reč o obavezi *dare*, *facere*, *non facere* ili *pati*, govori i pravilo iz Principa evropskog obligacionog prava. Naime Art. 9:102 uređuje, tj. kao *soft law* predlaže da, „(1) poverilac jedne nenovačne obaveze ima pravo da zahteva naturalno izvršenje uključujući i ispravljanje neurednog izvršenja obaveze. (2) Ipak naturalno izvršenje nije moguće u slučajevima kada bi (a) naturalno izvršenje predstavljalo nemoguću ili

---

<sup>912</sup> Art. 1221 CC [https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C4EA211A43B9F10112DB07F43102D024.tplgfr39s\\_2?idSectionTA=LEGISCTA000032009923&cidTexte=LEGITEXT00000607071&dateTexte=20180324](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=C4EA211A43B9F10112DB07F43102D024.tplgfr39s_2?idSectionTA=LEGISCTA000032009923&cidTexte=LEGITEXT00000607071&dateTexte=20180324); a vid. i Art. 1217 CC

<sup>913</sup> P. Malaurie, L. Aynes, Droit des obligations, 7<sup>e</sup> ed., LGDJ, Paris 2017, 533. Slično o tome i M. Fabre-Magnan, niko ne može biti direktno prinuđen da nešto učini. M. Fabre-Magnan, Obligaciono pravo 1-Dogovorot i ednostranata obvrška, Ars Lamina, Skopje 2012, 621

<sup>914</sup> B. Fages, Droit des obligations, LGDJ, Paris 2016, 241

<sup>915</sup> A.-S. Chone-Grimaldi, „Art. 1217”, *La reforme du droit des contrats – Commendatire art. par art. de l’ordonnance du 10 fevrier 2016 portant reforme du droit des contrats, du regime general et de la preuve des obligations* (ed. T.Douville et al.), Caen 2016, 222

<sup>916</sup> B. Fages (2016), 249

protivpravnu radnju, (b) naturalno izvršenje zahtevalo nerazumno veliki napor ili bi prouzrokovalo nerazumno visoke troškove za dužnika i (c) da naturalno izvršenje ne predstavlja izvršenje usluge ili činidbe lične prirode ili koje zavisi od lične relacije<sup>917</sup>.

Legitimnost zaokreta u francuskoj pravnoj teoriji u pravcu omogućavanja naturalnog izvršenja obligacije čini se da je teško osporiti. Prisutnost istog na komparativnom nivou je možda najsnažniji argument u tom pravcu<sup>918</sup>. Otuda, polako, centralno pitanje postaje to u kom obimu ovu mogućnost isključiti. CC pominje dva izuzetka od pravila, a to je u slučaju kada je naturalno izvršenje nemoguće i u slučaju kada postoji disproporcija između troškova za dužnika koji su prouzrokovani ovakvim tipom izvršenja i pribavljene koristi poverioca od dužnika<sup>919</sup>.

Najpre vredni razmotriti u kojim je slučajevima naturalno izvršenje nemoguće. Svaki put kada je neizvršena obligacija ličnog karaktera, nije moguće zahtevati naturalno izvršenje. Kada obligacije činjenja predstavljaju obaveze veoma ličnog karaktera, one ulaze u polje primene prvog izuzetka iz Art. 1221 CC-a, jer one u sebi sadrže jednu moralnu nemogućnost prisilnog izvršenja<sup>920</sup>. Ograničenje je postavljeno tako da štiti slobodu pojedinca koja može biti fizička. Takođe ne može biti prinuđen zaposleni da se ponovo uhvati posla, tada se štiti njegov moralni integritet. Nadalje, zaštita može biti i intelektualna, kada npr. jedan umetnik ne može biti prisiljen da radi na određenom delu<sup>921</sup>. Klasičan primer toga su prestacije jednog glumca ili slikara<sup>922</sup>. Obaveze koje imaju personalni karakter, kao što su obaveze jednog umetnika, ne mogu biti objekt ni osude pod pretnjom instituta *astreinte*<sup>923</sup>.

Otuda proizilazi i zaključak da, uvek kada je jedan ugovor zaključen *intuitu personae*, tj. imajući u vidu lične kvalitete dužnika, nemogućnost naturalnog prisilnog izvršenja je apsolutna: razočarani poverilac može da zahteva samo naknadu štete kao ugovorni interes. Kako ističu J. Flour *et al.*, može se zaključiti da prisilno naturalno izvršenje nikad nije moguće u slučaju činjenja jedne obligacije činidbe koja se svodi na pružanje određene usluge<sup>924</sup>.

Čini nam se da je stav francuske civilističke teorije po ovom pitanju prilično ujednačen. Ipak, ne treba nemogućnost ovakvog izvršenja da od izuzetka preraste u sredstvo ucene<sup>925</sup> u rukama dužnika. Polje izuzetaka treba da se proteže isključivo u gore pomenutim, čvrsto utvrđenim granicama.

Nadalje, u pogledu vrednosnog izvršenja u francuskom pravu, treba ukazati na sledeće. Princip koji dominira na polju novčane restitucije štete, načinjene neizvršenjem jednog ugovora, nalaže da ugovorni interes treba da nadoknadi ukupnu štetu i da predstavlja vrednosni ekvivalent u odnosu na naturalno izvršenje. Ona treba biti uračunata tako da naknadi pretrpljenu štetu zbog nedostatka izvršenja i da zadovolji poveriočeve interese koje bi on izvršenjem dobio (pozitivni interes): naknada za pretrpljenu štetu i pozitivni interes

---

<sup>917</sup> Art. 9:102, <http://www.jus.uio.no/lm//eu.contract.principles.parts.1.to.3.2002/sisumanifest.html>, [pristupljeno 24.03.2018]

<sup>918</sup> Vid. V. Vodinelić, 504

<sup>919</sup> Vid. Art 1221 CC

<sup>920</sup> A.-S. Chone-Grimaldi, 223

<sup>921</sup> P. Delebecque, F.-J. Pansier, *Droit des obligations – 1. Contrat et quasi contrat*, 5e ed., Paris 2012, 280, a slično vid. *ibid.*, 598, J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligation – 3. Le rapport d'obligation*, Sirey 2013, 141-142

<sup>922</sup> R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, Paris 2010, 348

<sup>923</sup> P. Malaurie *et al.*, (2017), 630. Ovaj institut francuskog izvršnog prava najviše sličnosti pokazuje sa institutom sudskih penala iz čl. 294 ZOO-a.

<sup>924</sup> J. Flour *et al.*, 138

<sup>925</sup> R. Cabrillac, 148

treba da dovedu poverioca u situaciju identičnu onoj u kojoj bi se on našao da je ugovor redovno izvršen<sup>926</sup>.

I najnovija verzija projekta Chancellerie iz marta 2017. godine postavlja restituciju kao prvi princip koji promovišu dejstva građanske odgovornosti (*les effets de la responsabilite*)<sup>927</sup>. Kako isti u Art. 1258 propisuje, restitucija<sup>928</sup> ima za cilj da stavi oštećenog (u našem slučaju poverilac čije potraživanje nije izvršeno dospećem) koliko je moguće u onu situaciju u kojoj bi se on našao ukoliko se šteta ne bi dogodila. Rezultat treba biti takav da oštećeni neće imati ni dodatne štete ni dodatne koristi od restitucije<sup>929</sup>.

Nadalje, projekat predviđa i kumulaciju naturalne i vrednosne restitucije ukoliko bi se tako lakše osigurala integralna, tj. celosna restitucija<sup>930</sup>. Znači da ukoliko se radi o deljivoj obavezi koja u jednom delu može naturalno da se izvrši, poverilac može da zahteva u tom delu naturalno, a za ostatak do ukupne vrednosti neispunjene obaveze, vrednosnu restituciju. Isti bi trebalo da bude i slučaj kada poverilac poziva dužnika na ugovornu odgovornost sa zahtevom za izvršenje više dospelih, a neizvršenih obaveza istog ugovora, u situaciji kada se za jedan deo obaveza može zahtevati naturalna restitucija, a za drugi deo obaveza samo vrednosna restitucija.

Ovakva mogućnost kumulacije do ukupne, tj. integralne naknade štete, u našem slučaju u visini ugovornog imovinskog interesa (jer se radi o ugovornoj odgovornosti), predstavlja još jednu nedvosmisleno potvrdu francuske civilistike o stanovištu da poverilac može da optira između zahteva za naturalno i vrednosno izvršenje svog potraživanja, i to uvek kada su obe vrste restitucije moguće i dopuštene. Štaviše, Art. 1261, st. 1 Projekta uređuje da „naturalno izvršenje ne može biti nametnuto oštećenom“.

Nadalje, Projekat predlaže i odredbu koja glasi „ne može se zahtevati naturalno izvršenje u slučaju nemogućnosti ili disproporcije između troškova koje to izvršenje prouzrokuje dužniku u odnosu na koristi koje od toga dobija oštećeni“<sup>931</sup>. Imajući u vidu da je ova odredba identična sa Art. 1221 CC-a, ovim rešenjem tvorci Projekta potvrđuju da je promena CC-a iz 2016. godine načinjena u dobrom pravcu i izražavaju svoje zalaganje da takva odredba bez daljih promena u tekstu zaživi u pravnom prometu na duži rok.

Kod drugog izuzetka od naturalnog izvršenja ukazuje se na to da se prisilno izvršenje ne može zahtevati u slučaju kada je šteta koju snosi poverilac zbog neizvršenja inferiorna u odnosu na troškove koje treba da snosi dužnik da bi izvršio svoju obavezu. Cilj ovakvog propisa je da se izbegne zloupotreba prava od strane poverioca, kada njegov zahtev za izvršenje zapravo sadrži nameru da se dužniku prouzrokuje šteta, tako što poverilac od svog

---

<sup>926</sup> P. Mauraie *et al.*, (2017), 533-534

<sup>927</sup> Projet de la Chancellerie govori o ugovornoj odgovornosti kao jednoj vrsti građanske (civilne) odgovornosti tako što neizvršenje ili zakasnelo izvršenje vidi kao jednu vrstu povrede koja povlači ugovornu odgovornost (vid. Art. 1250 Projet de la Chancellerie). Ostale povrede predstavljaju delikti koji povlače vanugovornu odgovornost. Krajnje, obe vrste odgovornosti projekat svodi pod pojam građanske odgovornosti (*responsabilite civile*).

<sup>928</sup> Francuska civilistika koristi termin „reparacija“ (*reparation*), a što kod nas podrazumeva samo naturalnu restituciju, a ne i vrednosnu. Otuda, u daljem tekstu, radi terminološke preciznosti svojstvene za srpsko pravo koristićemo termin „restitucija“, iako u citiranim odredbama francuska civilistika koristi termin „reparacija“.

<sup>929</sup> Art. 1258 Projet de la Chancellerie, [http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet\\_de\\_reforme\\_de\\_la\\_responsabilite\\_civile\\_13032017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf), [pristupljeno 27.03.2018]

<sup>930</sup> Vid. Art. 2159 Projet de la Chancellerie

<sup>931</sup> Art. 1261, al. 2 Projet de la Chancellerie



dužnika zahteva izvršenje koje bi po njemu prouzrokovalo troškove izvršenja, a poverilac neizvršenjem obaveze zapravo ne trpi nikakvu ili trpi neznatnu štetu<sup>932</sup>.

Ideja preveniranja zloupotrebe prava poverioca prisutna je i u srpskom pravu. Naime, ZOO predviđa da „ugovor se ne može raskinuti zbog neispunjenja neznatnog dela obaveze”<sup>933</sup>. Poverilac kome je prava namera zapravo da se ugovor ne ispuni do kraja, nego suprotno, da ga poništi i nadalje prouzrokuje povratak datog, ne može da raskine ugovor zato što dužnik nije ispunio neznatni deo obaveze.

Međutim, kontekst u kome nastaje navedeno pravilo u srpskom pravu je drugačiji. Po pitanju izvršenja obaveza srpski zakonodavac, za razliku od francuskog, propisuje da „poverilac je ovlašćen da od dužnika zahteva ispunjenje obaveze u svemu kako ona glasi”, istovremeno ne uslovljavajući da se njegov zahtev odnosi na značajni deo obaveze<sup>934</sup>.

Pošto je u srpskom pravu, kako smo već naveli, nemoguć raskid ugovora zbog neispunjenja neznatnog dela obaveze, ukoliko bi se i naturalno izvršenje uslovljavalo na isti način, poverilac bi se, za jedan minoran deo obaveze, doveo u podređenu poziciju u odnosu na dužnika. U takvom slučaju, poverilac ne bi mogao da od dužnika zahteva niti naturalno izvršenje niti vrednosno namirenje, pa na neki način svaka dužnikova obaveza u jednom ne značajnom, ali ipak pravno postojećem delu, svodila bi se na naturalnu obligaciju. Poverilac bi u takvoj situaciji mogao da zaštiti svoje potraživanje u potpunosti samo ukoliko se za isto, prilikom zaključenja ugovora može (i prethodno ili naknadno) ugovoriti ugovorna kazna.

Dalja analiza u ovom pravcu nije potrebna iz sledećih razloga. Predugovor generiše obavezu zaključenja glavnog ugovora, odnosno obavezu izjave volje. Pa tako, obligacija davanja izjave volje ne može biti delimično ispunjena. Ispunjenje obaveze iz predugovora ne može biti neuredno, jer se u slučaju sadržinskog odstupanja dužnikove izjave volje od one dogovorene, zapravo ne radi ni o kakvom ispunjenju obaveze, pa ni o rđavom. Jedino je moguće neuredno ispunjenje ukoliko se pod tim terminom podrazumeva zakasnelo ispunjenje. Docnju bi u tom slučaju označavao period između dospeća obaveze i davanja predugovorom utvrđene izjave<sup>935</sup>.

Zaštita francuskog prava prema pomenutoj ličnoj (fizička, moralna i intelektualna) slobodi od prisilnog naturalnog izvršenja proteže se i na institut *astreinte*, iako je nametanje *astreinte*-a posebno korisno kod obaveze činjenja i nečinjenja<sup>936</sup>. *Astreinte*<sup>937</sup> predstavlja dodatnu pretnju upućenu dužniku od strane suda sa ciljem učvršćenja primarnog sudskog zaduženja<sup>938</sup>. Ukoliko dužnik ne postupi u skladu sa zaduženjem suda u paricionom roku, nadalje, pored primarne obaveze dužan je platiti i sumu novca koja je utvrđena *astreinte*-om<sup>939</sup>. Strah od preteranog rasta ukupnog duga očekuje se da će privoleti dužnika da naturalno izvrši obavezu<sup>940</sup>, odnosno da ispuni primarno zaduženje iz sudske presude u

---

<sup>932</sup> A. S. Chone-Grimaldi, 223

<sup>933</sup> Vid. čl. 131 ZOO

<sup>934</sup> Vid. čl. 262 ZOO

<sup>935</sup> Sama docnja može takođe biti sankcionisana zahtevom za naknadu štete ukoliko je šteta po poverioca zbog docnje nastala ili ukoliko je za docnju bila predviđena ugovorna kazna.

<sup>936</sup> R. Cabrillac, 345

<sup>937</sup> Vid. Art. L 131-1 Code des procedures civiles d'execution (dernier modification 01.01.2018) <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=94A109A0C3AB2DF5FF2CDC24B1B0A84E.tplgfr41s1?idSectionTA=LEGISCTA000025026698&cidTexte=LEGITEXT000025024948&dateTexte=20180328>, [pristupljeno 28.03. 2018]

<sup>938</sup> Primarna je pretnja mogućnost zahtevanja štete za period nakon izvršnosti sudske odluke, odnosno trajanje zakonske kaznene kamate ukoliko je u pitanju zaduženje da se izvrši novčana obligacija.

<sup>939</sup> Slično o tome vid. R. Cabrillac, 344, J. Flour *et al.*, 140, Y. Buffelan-Lanore *et al.*, 571

<sup>940</sup> J. Flour *et al.*, 140

paricionom roku. Primarno sudsko zaduženje sadržano je u dispozitivu kognicijske presude i kondemnatornog je karaktera. Cilj *astreinte*-a je da se osigura njegovo poštovanje. Može se reći da *astreinte* kao sudski zaprećena kazna podseća na sudske penale, iako može biti dosuđena i *ex officio*, za razliku od sudskih penala koje sud uvek izriče na predlog poverioca<sup>941</sup>.

Ipak, francusko pravo zabranjuje dosuđivanje *astreinte*-a za one obaveze za koje nije dopušteno da se zahteva naturalno izvršenje. Samo su dva u francuskom pravu ograničenja koja onemogućavaju sprovođenje *astreinte*-a, odnosno kada se radi o slučaju više sile ili zbog određenih činjenica na strani dužnika, tj. kada je u pitanju obaveza koja je previše lična, odnosno koja zadire u dužnikovu slobodu<sup>942</sup>. Viša sila sprečava izvršenje izrečene *astreinte*, zbog toga što nakon njenog nastupanja izvršenje više ne zavisi od dužnika. Štaviše, izvršenje nadalje postaje apsolutno nemoguće. S druge strane, lični karakter obaveze koji bi u slučaju zahteva za prisilno izvršenje doveo do preteranog upada u sferu dužnikove lične slobode, sprečava samo izricanje *astreinte*-a.

#### 3.3.1.4. Nemačko pravo

Nemačko pravo ne pravi gradaciju po pitanju izvršenja obaveza na osnovu njihovih karakteristika. Kako BGB propisuje, po snazi obligacionog odnosa poverilac je ovlašćen da od dužnika zahteva izvršenje obaveze. Obaveza se može sastojati i u propuštanju<sup>943</sup>. Pod obligacionim odnosom u konkretnom kontekstu nemački zakonodavac podrazumeva relaciju koja predstavlja osnov za jedno ili više potraživanja<sup>944</sup>. Takva obaveza daje poveriocu ovlašćenje (*Anspruch*) od dužnika da zahteva da dužnik nešto učini ili propusti<sup>945</sup>.

Nemački BGB postavlja kao uslov jedino postojanje jednog obligacionog odnosa u smislu posebne pravne veze, pri čemu ugovorne strane i sadržina obaveze moraju biti određeni ili makar određivi<sup>946</sup>. U odnosu na predugovor, nemačko pravo zahtev za odredivost sadržine utvrđuje prema mogućnosti njegovog naturalnog prisilnog izvršenja. Pa tako, predugovor mora da konkretizuje glavni ugovor do tog stepena da se može podići tužba za izvršenje glavnog ugovora i ukoliko je potrebno da se dispozitiv izvrši u skladu sa § 894 nemačkog izvršnog zakona ZPO (*Zivilprozessordnung*)<sup>947</sup>.

Otuda, u nemačkom pravu, ukoliko dužnik okleva da dâ izjavu volje u pravcu zaključenja ugovora, on može za takvu izjavu biti osuđen, a volja će, u skladu sa § 894 ZPO-a, važiti za izjavljenu u trenutku pravosnažnosti presude<sup>948</sup>. Mogućnost neizvršenja izjave volje usmerene na zaključenje glavnog ugovora, sa obrazloženjem da je reč o ličnoj obavezi, strana je nemačkom pravu.

#### 3.3.1.5. Austrijsko pravo

Gradaciju po pitanju izvršenja obaveza na osnovu njihovih karakteristika ne pravi ni austrijsko pravo. Naturalno izvršenje je moguće jer poverilac stiže na osnovu § 936 ABGB-a pravo da zahteva naturalno izvršenje glavnog ugovora, odnosno njegovo zaključenje<sup>949</sup>.

---

<sup>941</sup> Vid. čl. 294, st. 1 ZOO

<sup>942</sup> R. Cabrillac, 345

<sup>943</sup> § 241, Ab. 1 BGB

<sup>944</sup> Vid. D. Olzen, „§ 241“, *J. Staudinger BGB Einleitung zum Schuldrecht §§ 241-243, Treu und Glauben*, (hrsg. D. Looschelders, D. Olzen, G. Schiemann), Sellier & de Gruyter, Berlin 2015, 146-7

<sup>945</sup> D. Olzen, 172

<sup>946</sup> C. Grüneberg, „§ 241“, *Palandt BGB*, 74 Aufl. C.H. Beck, München 2015, 260

<sup>947</sup> R. Bork, 163

<sup>948</sup> K. Larenz (2012), 409

<sup>949</sup> Umesto mnogih vid. F. Gschnitzer (1968), 578-9



Ugovor i u austrijskom pravu postaje zaključen u trenutku pravosnažnosti presude kojom se zaključenje nalaže. Ovakvo pravno dejstvo je predviđeno izvršnim propisima, konkretno u § 367, Ab. 1 EO (Executionsordnung).

Pa tako, spor o (ne)mogućnosti izvršenja predugovora, zbog toga što se izjava volje usmerena ka zaključenju glavnog ugovora može smatrati za ličnu obavezu, ne pojavljuje se ni u austrijskom pravu<sup>950</sup>.

### 3.3.1.6. Obaveza zaključenja glavnog ugovora u srpskom pravu

Centralno pitanje u vezi sa izvršenjem predugovora je da li se izjava volje treba smatrati ličnom obavezom ili ne, odnosno da li obavezu mora striktno sam dužnik da izvrši ili se određenim sredstvima izvršenja njegova volja može zameniti? Ovo pitanje predstavlja glavno raskršće za samo izvršenje, a njegov odgovor određuje u kom će se pravcu isto nadalje i sprovoditi. Takođe, time je predodređena i vrsta restitucije i priroda sredstava izvršenja.

Različiti putevi ujedno vode i do različitih daljih prepreka i poteškoća. Na putu ka naturalnom izvršenju obaveze nailazi se na polje lične slobode pojedinca i pitanje je kako da izvršenje zaobiđe takvo polje, a da ga pritom ne povredi. Štaviše, da li je moguće takvu jednu prepreku zaobići ili naturalno izvršenje obaveza, koje su imanentno povezane sa ličnosti dužnika, jednostavno predstavlja slepu ulicu? S druge strane, najveća prepreka na putu vrednosnog izvršenja predugovora, tj. vrednosne restitucije jeste utvrđivanje samog obima pozitivnog ugovornog interesa.

Valja primetiti da su različite pravne tradicije po ovom pitanju zauzele različite stavove i time definisale različite puteve izvršenja obaveza. U ovoj analizi rešenja ne posmatramo uopšteno, već ih posmatramo kroz prizmu izvršenja izjave volje, kao obavezu iz predugovora. Vredi posmatrati i pravni posao kao izvor obligacije, tj. obaveze izjave volje, jer ne isključujemo mogućnost da nas i sama njegova pravna priroda dovede do priželjkivanog raspleta. Prethodna analiza u ovom delu teze je imala jedinstveni cilj da iscrta konture svih puteva koji slede nakon određivanja različitih pravaca na ovom tzv. pravnom raskršću, kako bi se olakšalo naše dalje kretanje tim putevima u sadržini koja sledi.

Ono što se od samog početka sa sigurnošću može potvrditi jeste to da srpski zakonodavac nije po uzoru na francuskog sprečio, još na zakonodavnoj ravni, naturalno izvršenje određenih obligacija. Srpsko pravo je pri stavu da je dužnik svojom voljom u saradnji sa poveriocem stvorio individualni zakon koji se odnosi na njega samog i da je pritom poverilac, vođen svojim imovinskim interesima i ciljevima ovlašćen da na osnovu zakona zahteva da se dužnik prinudi da svoje postupke uskladi sa onim što je ugovorom, tj. individualnim zakonom propisano. „Dužnik je dužan ispuniti obavezu u svemu kako ona glasi”, kaže ZOO u čl. 262, pritom ne praveći razliku između naturalnog izvršenja onih obaveza koje su imanentno vezane za ličnost dužnika i ostale dužnikove obaveze.

Jedini slučaj koji isključuje mogućnosti naknadnog zahteva za naturalno prisilno izvršenje lične obaveze jeste kada je dužnikova obaveza fiksnog roka, tj. kada je rok obaveze bitan sastojak ugovora<sup>951</sup>, jer se u tom slučaju sam ugovor raskida po snazi zakona. Zbog takvog raskida, nadalje poveriocu stoji na raspolaganju jedino mogućnost da zahteva vrednosnu restituciju. Ovo ističemo zato što su lične obaveze često obaveze fiksnog roka. Neispunjenje obaveze jednog muzičara da otpeva zakazani koncert ili jednog novinara da izveštava o nekom aktuelnom događaju jesu obaveze fiksnog roka. Teško je u ovakvim

<sup>950</sup> Umesto mnogih vid. Mayrhofer, 200 i Koziol *et al.* (2014), 158

<sup>951</sup> Vid. čl. 125, st. 1 ZOO

slučajevima zamisliti da je i nakon neispunjenja dužnikove obaveze u roku ostao neki interes kod poverioca da zahteva naturalno izvršenje, pa ako treba i prisilnim putem.

Međutim, pogrešno je rezimirati da su sve lične obaveze istovremeno i obaveze sa fiksnim rokom. Jer, na kraju, i da je to tako, poverilac uvek može fiksni rok da jednostrano otkloni tako što će održati ugovor na snazi, time što će po isteku roka, bez odlaganja, obavestiti dužnika da zahteva ispunjenje ugovora<sup>952</sup>. U tom slučaju bi lična obaveza i dalje ostala na snazi, a poverilac bi u skladu sa čl. 262, st. 1 ZOO-a bio i dalje ovlašćen da zahteva njeno prisilno naturalno izvršenje.

Otuda, treba rezimirati da srpsko pravo ne poznaje pravne prepreke za naturalno prisilno izvršenje određene obaveze zbog njenog ličnog karaktera. Stav da naturalno izvršenje jedne takve obaveze prevazilazi sankcije imovinskog prava i zadire u ličnu slobodu dužnika nije našlo uporište u srpskom pravu. Ovakav koncept je zastupljen, kako smo već pokazali, i u austrijskom i nemačkom pravu.

### 3.4. Zaključenje glavnog ugovora kroz pravosnažnost presude koja obavezuje dužnika na odnosno zaključenje

Da bi poverilac mogao da zahteva prisilno naturalno izvršenje, uslov je da se prethodno utvrdi da je obaveza dospela i da je dužnik nakon dospeća nije ispunio, ili je neuredno ispunio. Pošto smo ranije rekli da kod izjava volje ne može biti reč o neurednom ispunjenju, preostaje da se utvrdi da je obaveza dospela i da nije ispunjena. Postupak utvrđenja takvih činjenica sprovodi sud u kognicijskom postupku.

Poverilac u kognicijskom postupku zahteva od suda da presudom zaduži dužnika da zaključi konačan ugovor<sup>953</sup>. Presuda u korist poverioca nadalje, nakon isteka paricionog roka, predstavlja izvršnu ispravu. Svojstva izvršne isprave ima samo kondemnatorna presuda ili kondemnatorno rešenje suda, i to bez obzira da li sadrži osudu na činjenje, nečinjenje, propuštanje ili trpljenje<sup>954</sup>. Presuda je preduslov pokretanja izvršnog postupka, jer se izvršni postupak u pravilu sprovodi u situaciji u kojoj je u jednom prethodnom (redovno) kognicijskom (parničnom, vanparničnom, kaznenom, upravnom itd.) postupku na nesumnjiv način izvršnom ispravom utvrđeno izvršno potraživanje, što opravdava primenu takvih metoda prisile prema izvršnom dužniku kojima će se to potraživanje potpuno i konačno ostvariti, dakle, kojima će se protivpravno činjenično stanje dovesti u sklad sa pravim<sup>955</sup>.

Izvršni postupak pokreće se radi prinudnog izvršenja odluke kojom je utvrđeno da ima mesta pravnoj zaštiti i kojom je sud osudio dužnika na neko činjenje ili nečinjenje<sup>956</sup>. Izvršnost sudske odluke znači da njen titular može da traži da se ona i prinudno izvrši upotrebom mere državne prinude protiv lica koje je naznačeno kao dužnik u sudskoj odluci<sup>957</sup>.

Izvršni postupak ima za cilj *naturalnu* egzekuciju – ostvarenje potraživanja poverioca u onom sadržaju i obliku u kojem je ono utvrđeno u izvršnoj ispravi, a ne eventualno pružanje

---

<sup>952</sup> Čl. 125, st. 2 ZOO

<sup>953</sup> Takav petitum tužbenog zahteva unapred diktira kondemnatornu pravnu prirodu presude, jer sud ne može odlučiti o nečemu što nije bilo traženo tužbenim zahtevom (što nije bilo predmet spora). On, dakle, ne sme usvojiti ni odbiti traženja tužioca za nešto što ovaj nije zahtevao, niti mu dosuditi više nego što je odredio. B. Poznić, V. Rakić-Vodinić, *Građansko procesno pravo*, sedamnaesto izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta Union u Beogradu & JP Službeni glasnik, Beograd 2015, 167

<sup>954</sup> A. Jakšić, *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2017, 903

<sup>955</sup> M. Dika, 9

<sup>956</sup> B. Poznić *et al.*, 27

<sup>957</sup> A. Jakšić, 167-8

poveriocu novčanog ekvivalenta njegovog potraživanja, kao što je to, na primer, po pravilu bio slučaj u rimskom pravu (*omnia iudicia pecuniaria esse debent*). Samo izuzetno, u slučaju neuspeha naturalne egzekucije, poveriocu se u izvršnom postupku omogućava da neposredno ostvari novčanu protivvrednost svog potraživanja<sup>958</sup>.

Ovakav stav pokazuje doslednost izvršnog prava prema odredbi iz čl. 262, st. 1 ZOO-a, odnosno prema stavu zakonodavca da je dužnik dužan svoju obavezu ispuniti u svemu kako ona glasi. Vredi primetiti da je ovakva doslednost krasila još jugoslovensko pravo u trenutku donošenja oba systemska zakona, onog prvog i materijalnog, Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine i onog drugog, takođe systemskog, ali procesnog, Zakona o izvršnom postupku iz 1978. godine<sup>959</sup>.

U teoriji se često ističe da se izvršni postupak pokreće jedinstveno na osnovu kondemnatorne presude koja ima svojstvo izvršnosti. Takav je stav razumljiv, a iz razloga koji slede. U slučajevima u kojima se pružaju deklaratorna i konstitutivna pravna zaštita, dakle oblici pravne zaštite koji se sastoje u utvrđivanju postojanja određenih pravnih odnosa, odnosno u njihovu pravnu preobrazbu, pravna se zaštita (u pravilu) definitivno pruža *ex lege* pravosnažnošću odluka donesenih u kognicijskom postupku<sup>960</sup>. Dok, kada je u pitanju pružanje kondemnatorne pravne zaštite, kognicijska funkcija i funkcija prisilne realizacije pravne zaštite sprovode se u posebnim, međusobno funkcionalno sukcesivnim i komplementarnim postupcima<sup>961</sup>. Svaka kondemnatorna presuda mora da sadrži i tzv. paricioni rok, rok u kome je stranka koja je obavezana na činidbu ovu dužna da izvrši (čl. 345, st. 1 ZPP-a Republike Srbije)<sup>962</sup>.

Imajući ovo u vidu i analizirajući postojeća zakonodavna rešenja dolazi se do zaključka da izvršenje izjave volje, odnosno izvršenje predugovora, predstavlja izuzetak od pravila. Naime, srpski zakonodavac je izvršenje izjave volje uređio na sledeći način, odnosno „izvršni dužnik koji je obavezan na davanje izjave volje, smatra se da je dao u času pravosnažnosti odluke”<sup>963</sup>.

Ovakvo rešenje nije sporno ni u građansko-procesnoj teoriji. Kako B. Poznić *et al.* navode, ako je dužnik izvršnom ispravom obavezan da dâ određenu izjavu volje (npr. *clausula intabulandi*), pa to ne učini dobrovoljno i u paricionom roku, Zakon propisuje da je pravosnažnošću odluke, odnosno dospelošću poravnanja, izjava data. Sud, prema tome, ne donosi nikakvo rešenje o izvršenju. Za izvršenjem nema ni potrebe, zbog propisivanja navedene fikcije. Ali ovu fikciju bi trebalo propisati u nekom drugom procesnom zakonu, a ne u ZIP-u, koji uređuje radnje prinudnog ostvarenja potraživanja<sup>964</sup>.

Identičan je stav koji iznose i S. Triva *et al.*, da radi ostvarenja obaveze *davanja izjave volje* nije potrebno sprovesti posebno izvršenje, jer se ta obaveza smatra ispunjenom pravosnažnosti odluke u kojoj je sadržana, odnosno danom svoje dospelosti ako je sadržana u

---

<sup>958</sup> S. Triva, V. Belajac, M. Dika, *Sudsko izvršno pravo – opći deo*, Informator, Zagreb 1980, 7

<sup>959</sup> Kako navodi *ibid.* u prethodnom stavu, a kojeg temelji na Zakon o izvršenju i obezbeđenju SFRJ (Sl. list SFRJ, br. 20/78)

<sup>960</sup> M. Dika, 12, a skoro identično o tome vid. A. Jakšić, 547

<sup>961</sup> M. Dika, 12

<sup>962</sup> A. Jakšić, 546

<sup>963</sup> Vid. čl. 390, st. 1 ZIP R. Srbije, a identično o tome vid. čl. 276, st. 1 Ovršnog zakona R. Hrvatske („Narodne novine RH”, br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16 I 73/17) – OZ RH i čl. 239, st. 1 Zakon za izvršivanje na R. Makedonija („Služben vesnik na RM”, br. 72/2016)- ZI RM

<sup>964</sup> B. Poznić *et al.*, 640

poravnanju, a kad njeno ispunjenje zavisi od ispunjenja obaveze poverioca, smatraće se da je dužnik izjavu dao kada poverilac ispuni svoju obavezu (čl. 243 ZIP 1978)<sup>965</sup>.

I A. Gams *et al.* u istom pravcu naglašavaju da, pošto se i predugovor smatra ugovorom, ako jedna strana odbije da zaključi konačan ugovor, druga strana može zahtevati njegovu zaključenje sudskim putem (čl. 45, st. 4 ZOO). U tom slučaju sudska odluka zamenjuje konačan (glavni) ugovor<sup>966</sup>.

Isto ističe i N. Bodiroga da, ako je sudskom odlukom izvršni dužnik obavezan na davanje izjave volje, onda je rok za dobrovoljno ispunjenje obaveze bez značaja, jer se prema izričitoj zakonskoj odredbi smatra da je izvršni dužnik dao izjavu volje u trenutku kada je odluka postala pravosnažna<sup>967</sup>.

Ovi autori nisu našli za potrebno da u navedenim delima zakonsko rešenje podvrgnu kritici, niti su izrazili svoje eventualno neslaganje sa zakonodavcem po istom pitanju, putem eventualnog *de lege ferenda* stava. Štaviše, ovakvu praksu M. Dika smatra naročito korisnom i *de lege ferenda* dodaje da tehniku izvršenja samoostvarivanjem trebalo bi koristiti kad god je to moguće s obzirom na prirodu slučaja<sup>968</sup>.

Ovakvo zakonsko rešenje predstavlja izuzetak od stava da se naredba iz svake kondemnatorne presude, ukoliko se dobrovoljno ne ispuni u paricionom roku, u stvarnosti zaživljava u pravnom prometu preko sprovedenog (prisilnog) izvršnog postupka. U konkretnom slučaju kondemnatorna presuda davanja izjave volje, koja bi glasila „Zadužuje se tuženi (dužnik) da zaključi glavni ugovor sa tužiteljem (poveriocem) u roku od 15 dana od pravosnažnosti ove presude”, izvršava se po snazi zakona. Štaviše, izvršenje nastaje u trenutku pravosnažnosti, a ne izvršnosti odluke<sup>969</sup>, pa je otuda paricioni rok, bez obzira što se određivanje istog nalaže čl. 345, st. 1 ZPP-a, nepotreban.

Zapravo, rekli bismo da u slučaju neutvrđivanja paricionog roka u presudi kojom se dužniku nalaže da zaključi glavni ugovor, sud ne čini povredu zbog pogrešne primene prava, jer smatramo da čl. 390, st. 1 ZIO-a koji uređuje izvršenje obaveze davanja izjave volje predstavlja *lex specialis* u odnosu na čl. 345, st. 1 ZPP-a, odnosno istog abrogira za ovaj konkretan slučaj<sup>970</sup>.

### 3.5. Kritika rešenja iz čl. 390, st. 1 ZIO-a

#### 3.5.1. Rešenje koje je predviđao Zakon o izvršenju i obezbeđenju Kraljevine Jugoslavije iz 1930. godine

---

<sup>965</sup> S. Triva *et al.*, 142

<sup>966</sup> A. Gams, Lj. Đurović, *Opšti deo građanskog prava*, Savremena administracija, Beograd 1985, 221

<sup>967</sup> N. Bodiroga, *Teorija izvršnog postupka*, Beograd 2016, 602

<sup>968</sup> M. Dika, 144

<sup>969</sup> Vid. čl. 390, st. 1 Zakona o izvršenju i obezbeđenju R. Srbije („Sl. glasnik RS”, br. 106/2015 - autentično tumačenje, 113/2017- autentično tumačenje i 54/2019) – ZIO, a identično o tome vid. i čl. 276, st. 1 OZ RH i čl. 239, st. 1 ZI RM.

<sup>970</sup> Malo je neuobičajeno da jedna norma ZIO derogira drugu normu koju propisuje ZPP, ali smatramo da nije problem u samim normama, nego kao što su i B. Poznić *et al.* primetili, ovu fikciju bi trebalo propisati u nekom drugom procesnom zakonu, a ne u ZIP-u, koji uređuje radnje prinudnog ostvarenja potraživanja (B. Poznić *et al.*, 640). Otuda, pod uslovom da je postojanje jedne ovakve fikcije u srpskom zakonodavstvu opravdano, pravnim normama koje nju uređuju, čini se da je prirodnije mesto u ZPP-u, konkretno u delu u kome se opisuju karakteristike pravosnažnosti presude, odnosno u Glavi XXV Presuda – 6. Pravosnažnost presude

Da bi u pravnoj teoriji i zakonodavstvu našli i drugi model izvršenja izjave volje, pored gore navedenog, trebalo bi da se vratimo dublje u prošlost, odnosno do Zakona o izvršenju i obezbeđenju Kraljevine Jugoslavije iz 1930. godine.

Komentarišući odredbe ZIO Kraljevine Jugoslavije koje se odnose na izvršenje izjave volje, B. Blagojević navodi da ako izvršenik (misli se na izvršnog dužnika) mora prema sadržini izvršnoga naslova izjaviti određenu volju (npr. da izda priznanicu, punomoćstvo, neko odobrenje, da zaključi ugovor, oprostí dug itd.), a on to ne učini u određenom roku, ovlašćeno lice može zahtevati od suda nadležnog za dozvolu izvršenja da on izda dozvolu izvršenja. Izda li sud dozvolu izvršenja, on će u isti mah i sprovesti izvršenje, a to sprovođenje će se sastojati u tome što će se s jedne strane zaključkom, a s druge strane na samom izvršnom naslovu naznačiti da se ima smatrati da je izvršenik izjavio volju na šta je bio obavezan u smislu izvršnog naslova<sup>971</sup>.

U isti mah sud će označiti i momenat od kada se ima smatrati da je volja izjavljena, i to tako da taj momenat, ako se kao izvršni naslov pojavljuje presuda, odgovara momentu kada je presuda u pitanju postala pravosnažna<sup>972</sup>.

Na taj način, dozvolom izvršenja sprovodi se i završava se i samo izvršenje no, u svakom slučaju, i kod izvršenja radi izdejstvovanja izjave volje, prisustvujemo obrazovanju jednog izvršnog postupka koji, za razliku od ostalih, s obzirom na prirodu materijalno-pravnog zahteva koji treba da bude ostvaren, karakterišu posebne vrednosti izvršnih sredstava koja ga sačinjavaju<sup>973</sup>.

Nadalje, kohezivnost tadašnjeg pravnog sistema ogleda se i u komunikaciji između suda koji sprovodi izvršenje presude kojom se dužniku nalaže da izvrši predugovor, tj. da zaključi glavni ugovor, i zemljišnoknjižnog suda koji bi trebao da sprovede upis u slučajevima kada bi zaključenje konačnog ugovora predstavljalo pravni osnov za prenos svojine nepokretnosti.

Takva bi situacija nastala u slučaju zaključenja konačnog ugovora, koji bi istovremeno bio i ugovor o kupoprodaji. Ugovorne strane su se, u ovakvom slučaju, predugovorom obavezale da zakluče konačni ugovor o kupoprodaji određene nepokretnosti. Prilikom izvršenja predugovora, tj. zaključenjem konačnog ugovora, prodavčeva izjava volje može da sadrži bezuslovnu dozvolu za upis (*clausula intabulandi*) u korist kupca kao druge ugovorne strane. Tako je kupac, na osnovu zaključenog glavnog ugovora (čije zaključenje predstavlja ispunjenje obaveze iz predugovora), u mogućnosti da uknjižbom stekne svojinu.

Komunikaciju između suda koji sprovodi izvršenje izvršne isprave i zemljišnoknjižnog suda uredio je Zakon o izvršenju i obezbeđenju iz 1930. godine, čineći to na sledeći način. Dozvoli li izvršenje ovog posebnog oblika dužnog činjenja sadržanog u izjavi određene volje, sud dozvole izvršenja, pošto bude konstatovao da sam izvršni naslov, odnosno dozvola izvršenja izdata na osnovu njega zamenjuje dužnu izjavu, narediće (ako je sam zemljišnoknjižni sud), odnosno zamoliće da se u javnoj knjizi zasnuje, prenese, ograniči ili ukine izvesno pravno ovlašćenje, a sve prema obimu i sadržini dužnog činjenja izvršenika<sup>974</sup>.

---

<sup>971</sup> B. Blagojević, *Sistem izvršnog postupka*, Geca Kon, Beograd 1938, 588

<sup>972</sup> *Ibid.*

<sup>973</sup> *Ibid.*, a kako i sam autor nadalje navodi, ovakvo rešenje samo odgovara prirodi i shvatanju ovog oblika izvršenja kao egzekucionog postupka. Većina pak autora smatra da kod ovog izvršenja nije potrebna dozvola izvršenja, već je, po pravilu, dovoljno samo nastupanje pravosnažnosti (Walker, *op. cit.*, 353), odnosno izvršivosti (Pollak, *op. cit.*, 1027).

<sup>974</sup> *Ibid.*, 589

Razlika između navedenih koncepata je fundamentalna. Zakonodavstvo iz 1978. godine i nadalje uređuje da je kondemnatorna presuda koja sadrži zaduženje tuženoga, odnosno dužnika, da dá izjavu volje u pravcu zaključenja konačnog ugovora, samoizvršiva u trenutku njene pravosnažnosti. Takvo se izvršenje naziva izvršenjem *ex lege* i objašnjava se kao dejstvo imperativnih normi izvršnog prava. Zapravo, izvršni postupak i ne postoji. Kognicijska je presuda, bez obzira na kondemnatorni karakter, samopreobražavajuća, isto kao da je u pitanju konstitutivna ili deklaratorna presuda. Ovakvo rešenje je ujedno i presedan na polju izvršenja kondemnatornih odluka.

S druge strane, koncept ZIO Kraljevine Jugoslavije poznaje izvršenje presude kojom se dužnik zadužuje da izjavi volju u pravcu zaključenja konačnog ugovora. Ovakav je izvršni postupak zbog prirode zaduženja specifičan i kratak, ali ipak postoji. Sastoji se, kako je prethodno navedeno, u donošenju zaključka izvršnog suda da se zaduženje izrečeno u izvršnoj ispravi smatra izvršenim, a klauzula o tome da je takva fikcija stvorena upisuje se i u izvršnu presudu. Izvršni sud nadalje zastupa poverioca i pred zemljišnoknjižnim sudom, u cilju da se poveriočevo pravo uknjiži na osnovu izvršne isprave. Ukoliko je isti sud i izvršni i zemljišnoknjižni, on samo daje naređenje da se upis sprovede u zemljišnu knjigu koju sam vodi.

### 3.5.2. Težnja za najadekvatnijim rešenjem

Smatramo da svaki zakonodavac, kada odabira ili projektuje određeni model uređenja, treba da teži ka onom modelu koji u pravnom prometu daje najbolje rezultate uz najmanju potrošnju sredstava. Uostalom, tako se i kreira što je moguće bolje poslovno okruženje. Pritom je najčešće ostvarenje određenog zakonom priznatog prava jednog titulara, istovremeno nauštrb (iako opravdano) drugog subjekta. Otuda, od svakog modela se traži zadovoljavanje dveju težnji, koje su uglavnom suprotstavljene.

U konkretnom slučaju tražilo bi se od modela da obezbedi najefikasnije ostvarenje poveriočevog prava, ali istovremeno sa što je moguće manjom štetom po dužnika. Idealni balans bi se ogledao u tome da postupak bude što brži i efikasniji po poverioca, a da pritom ne zadire u neka elementarna prava dužnika i da za istog ne generiše više obaveza nego što je potrebno. To nadalje determiniše i sama sredstva izvršenja. Naravno, fundamentalni duh pravnog poretka treba biti zapažen prilikom njihovog projektovanja. Uostalom, načela za to i služe, da budu ideja vodilja svakog zakonodavca i da ga štite da eventualno ne zaluta na putu ka osmišljavanju konkretnih rešenja.

Težnja da postupak izvršenja predstavlja najveće moguće zadovoljenje zahteva poverioca, ali i da se, time što se moralo pristupiti prinudnoj egzekuciji, nanese što manja šteta po interese izvršenika, posebno se ističe u ideji specijalizacije, individualizacije izvršnih sredstava, tako da se kod svakog pojedinog slučaja izvršenja ima postupiti baš u onom pravcu i u onoj meri kako je i koliko je ne samo potrebno nego i najbolje da se zadovolji zahtev tražioca izvršenja, a da šteta, koja skoro neizbežno nastupa po dužnika, bude što je moguće manja<sup>975</sup>.

Ovako posmatrano, čini se da koncept *ex lege* samoizvršenja kondemnatorne presude (kojom se dužniku naređuje da zaključi glavni ugovor) u trenutku pravosnažnosti objedinjuje sve ono što se od izvršnog postupka zahteva. Najpre, postupak je efikasan do stepena kada efikasniji ne može biti, jer opravdano se govori da izvršnog postupka praktično i nema. S druge strane se od dužnika niti traži nešto dodatno, niti mu se nameće neka dodatna obaveza.

---

<sup>975</sup> *Ibid.*, 4

Štaviše, i pravna teorija je, čini se, jedinstvena u stavu da je ovakav koncept najprikladniji i da ga ne treba menjati.

U takvoj situaciji cenimo da je naročito važno da izrazimo svoje neslaganje sa datim konceptom, a koje temeljimo na nizu njegovih fundamentalnih nedostataka. Uporište za našu argumentaciju u tom pravcu tražili smo, između ostalog, i u određenim stavovima autora koji jedan ovakav koncept podržavaju.

### 3.5.3. Rešenje iz čl. 390 ZIO – povreda načela dispozicije u izvršnom postupku

Prva tačka našeg neslaganja sa datim konceptom sadrži se u izvršivosti kondemnatorne presude po snazi zakona. Naime, suština ovakve izvršivosti ispoljava se u tome što je presuda sama po sebi izvršiva i da je dalje vođenje izvršnog postupka nepotrebno. Međutim, jedan takav stav izlazi iz petituma tužbenog zahteva poverioca, a sud je uvek vezan za tužbeni zahtev. Kao što su B. Poznić *et al.* naveli, sud ne može odlučiti o nečemu što nije bilo traženo tužbenim zahtevom (što nije bilo predmet spora), iako rezultat rasprave možda pruža podlogu za jednu takvu odluku. On, dakle, ne sme usvojiti ni odbiti traženja tužioca za nešto što ovaj nije zahtevao, niti mu dosuditi više nego što je odredio<sup>976</sup>.

U konkretnom slučaju rasprava možda pruža podlogu za samoizvršnost sudske presude, međutim, izvršivost nije tužbom zahtevana. Poverilac se upustio u kognicijski postupak kako bi izdejsstvovao da sud zaduži dužnika da zaključi glavni ugovor, odnosno kako bi pribavio izvršnu ispravu i ništa više. Poverilac tužbom ima za cilj da dobije izvršnu ispravu, a nadalje njegovo je dispozitivno pravo kako će tu izvršnu ispravu da iskoristi.

Hipotetički poverilac ne mora nikad da zahteva izvršenje, nego može da pravo potvrđeno izvršnom ispravom iskoristi kao sredstvo za trgovinu sa dužnikom prilikom ugovaranja eventualnog sudskog poravnjanja koje bi regulisalo odnose između stranaka u jednom širem kontekstu. Ukoliko poverilac proceni da je ova druga opcija povoljnija po njegove imovinske interese, treba mu se omogućiti da istu i iskoristi. Za takvu mogućnost potrebno je da ima pravo da optira da li da se upušta u izvršenje ili da investira datu izvršnu ispravu u buduće sudsko poravnjanje, koje uređuje širi kontekst odnosa između stranaka.

Takvo pravo optiranja omogućava upravo načelo dispozicije pokretanja izvršnog postupka koje je konceptom samoizvršivosti kondemnatorne presude povređeno. Ovakva situacija pokazuje zapravo da brže rešenje ne mora samo po sebi da predstavlja i efikasnije, tj. bolje rešenje po poverioca.

Treba podsetiti da je načelo dispozicije osnovni princip koji odlikuje građansko izvršno pravo. U suprotnom, došlo bi se u situaciju da je izvršni postupak samo prosti nastavak, ili štaviše poslednja faza parničnog postupka. Ukoliko se dispozicija ogleda samo u mogućnosti podnošenja tužbe, a kognicijski postupak se po inerciji produžava u izvršni, ne može se govoriti o funkcionalnoj nezavisnosti izvršnog od parničnog postupka.

Funkcionalna zavisnost izvršnog od parničnog postupka, karakteristična za rimsko pravo, svakako nije u duhu modernog srpskog, a prethodno ni jugoslovenskog izvršnog prava. Štaviše, kod nas još od kraja XIX veka preovlađuje stav da se izvršni postupak smatra posebnim u odnosu na parnični, najviše zato što se kao izvršne isprave mogu pojaviti i odluke koje ne potiču od parničnog suda (o odnosu parničnog i izvršnog postupka, detaljnije Dika, GOP, 34-5)<sup>977</sup>. Zapravo, i austrijski *Executionsordnung* iz 1896. godine i, po njegovom uzoru, jugoslovenski Zakon o izvršenju i obezbeđenju iz 1930. godine, i na zakonodavnom planu

---

<sup>976</sup> B. Poznić *et al.*, 167

<sup>977</sup> B. Blagojević, 574

potvrđuju procesnu samostalnost izvršnog postupka. Novi jugoslovenski Zakon o izvršnom postupku (misli se na ZIP iz 1978. god.) u celosti sledi koncepciju ovih zakona<sup>978</sup>. Takva praksa nije promenjena ni do današnjeg dana<sup>979</sup>.

Kako je još B. Blagojević u odnosu na ZIO iz 1930. godine isticao, postupak izvršenja se pokreće uvek inicijalnom procesnom radnjom koja se naziva predlogom za dozvolu za izvršenje i mora odgovarati izvesnim određenim uslovima (čl. 50 ZIO iz 1930. god.)<sup>980</sup>. Postupak utvrđenja i postupak izvršenja, s obzirom na mogućnost da faktičko stanje bude voljno dovedeno u saglasnost sa hipotetičkim imperativom pravnog poretka i na nužnost da to stanje bude sredstvo državne, neposredne ili posredne prinude, dovedeno u takvu saglasnost, pojavljuju se kao deo samostalne, iako ne i nezavisne pojave, koje ne moraju, neminovno i uvek, biti vezane tako da se nalaze u odnosu kauzalne zavisnosti, da se jedna, dakle, javlja uvek i u svakom slučaju kao uslov, odnosno posledica druge i obratno<sup>981</sup>.

Kako M. Dika navodi, materijalne građanske pravne norme i norme građanskog izvršnog prava su komplementarne. Ta komplementarnost nije na nivou odnosa materijalnog i procesnog prava, već komplementarnost koja postoji između jedne materijalnopravne norme, norme koja propisuje dužno poštovanje (primarne ili/i sekundarne dispozicije) i jedne pravozaštitne norme koja u sebi integriše kvalitet materijalnopravne i procesne norme, norme koja predviđa sankcije kao meru prisile zbog povrede te prve norme<sup>982</sup>. I Jakšić ističe, pošto građansko procesno pravo služi ostvarenju i zaštiti subjektivnih građanskih prava, da je sasvim logično da princip autonomije volje stranaka iz građanskog prava ima svoj korelat u građanskom procesnom pravu, i to u vidu vladavine principa dispozicije stranaka<sup>983</sup>.

Danas je nesporno da izvršni postupak predstavlja samostalnu celinu, jer ne samo da se izvršni postupak može sprovesti bez prethodno vođenog i okončanog parničnog ili nekog drugog kognicijskog postupka, već su njegova načela, priroda i zadaci bitno drugačiji od načela, prirode i zadataka parničnog postupka<sup>984</sup>. Prva faza izvršnog postupka, tj. odlučivanje o predlogu za izvršenje je u pretežnom delu oblikovana delovanjem načela dispozicije, dok je faza sprovođenja izvršenja pod uticajem načela oficijelnosti<sup>985</sup>.

Sam Zakon o izvršnom postupku nedvomisleno uređuje da „izvršni postupak i postupak obezbeđenja pokreću se tako što izvršni poverilac podnosi predlog za izvršenje na osnovu izvršne isprave ili verodostojne isprave ili predlog za obezbeđenje, a po službenoj dužnosti pokreću se samo ako je to zakonom određeno”<sup>986</sup>. Pritom nije sporno da zakonodavac pokretanje izvršnog postupka po službenoj dužnosti propisuje kao mogućnost za one slučajeve kod kojih pored privatnog postoji i javni interes za sprovođenje izvršenja. Takav je primer izvršenje odluke prinudnog oduzimanja deteta kao izvršenje odluke u vezi sa porodičnim odnosima<sup>987</sup>, a i izvršenje rešenja o izricanju novčane kazne javnom izvršitelju, koje rešenje ima dejstvo rešenja o izvršenju<sup>988, 989</sup>. Međutim, kod zaključenja glavnog ugovora kao obaveza iz predugovora iz čl. 45 ZOO-a javni interes u pomenutom kontekstu ne postoji.

---

<sup>978</sup> S. Triva *et al.*, 23

<sup>979</sup> Vid. čl. 3, st. 1 ZIO

<sup>980</sup> B. Blagojević, 6

<sup>981</sup> *Ibid.*, 13

<sup>982</sup> M. Dika, 16

<sup>983</sup> A. Jakšić, 56, a ponovo slično o tome vid. *ibid.*, 169

<sup>984</sup> N. Bodiroga, 16

<sup>985</sup> *Ibid.*, 213, a ponovo slično o tome vid. *ibid.*, 246

<sup>986</sup> Čl. 3, st. 1 ZIO

<sup>987</sup> Vid. čl. 368 ZIO

<sup>988</sup> Vid. čl. 543 ZIO



Otuda, valja konstatovati da zakon ostavlja mogućnost za *ex officio* pokretanje izvršnog postupka samo kada o izvršenju kognicijske odluke postoji i javni interes. Čl. 3, st. 1 ZIO-a ne otvara mogućnost za *ex officio* pokretanje onog izvršenja koje predstavlja jedinstveno privatni interes, odnosno dispozicija pokretanje postupka se ne dovodi u pitanje.

Treba rezimirati da u izvršnom postupku kao osnovno polazno pravilo važi dispozicioni princip, tj. da pokretanje postupka izvršenja i obezbeđenja treba da bude povereno licima koja se javljaju kao nosioci – aktivni subjekti – materijalno-pravnih ovlašćenja<sup>990</sup>. Kao što tužilac suvereno odlučuje da li će da podnese tužbu radi zaštite svojih subjektivnih prava, tako i poverilac suvereno odlučuje hoće li zahtevati prinudno namirenje svog potraživanja. Pri tome, izvršni poverilac je vezan sadržinom izvršne isprave<sup>991</sup>.

#### 3.5.4. Abrogacija paricionog roka i sudskih penala kroz čl. 390 ZIO-a

Koncept *ex lege* samoizvršenja kondemnatorne presude kojom se zadužuje dužnik da izjavi volju u pravcu zaključenja konačnog ugovora, pored ostalog, čini suvišnim i sam paricioni rok, a nadalje, kada je reč o izvršenju obaveze za izjavu volje, abrogira i institut sudskih penala. O uticaju člana ZIO-a koji uređuje da je presuda *ex lege* izvršena u trenutku pravosnažnosti na član ZPP-a koji nalaže da svaka kondemnatorna presuda mora da sadrži paricioni rok, bilo je reči prethodno. Ono što se pritom dâ primetiti je da dužniku uopšte nije data šansa da dobrovoljno ispuni zaduženje izrečeno od strane suda.

Kod izvršenja izjave volje se ipak može zastupati teza da je ukidanje paricionog roka više tehničko pitanje ili eventualno teorijska nedoslednost, a ne i suštinska. Za razvitak ovakve teze je pritom neophodno da se pitanje prevazilaženja okvira tužbenog zahteva za trenutak ostavi sa strane. Naime, u konkretnom slučaju ne preskače se paricioni rok da bi se odmah nakon pravosnažnosti ušlo u neki izvršni postupak, nego je presuda izvršena po snazi zakona. Problem bi nastao kada bi se direktno ulazilo u izvršni postupak, koji bi nadalje proizveo dodatne troškove za dužnika kao izvršnog dužnika, a da prethodno istom nije data mogućnost da dobrovoljno ispuni obavezu iz presude i da na taj način prevenira pokretanje izvršnog postupka, i samim tim i povećanje svojih troškova.

Ovako, sa dužnikovih leđa je *ex officio* skinuta jedna obaveza koja istog nije koštala dodatnih troškova, a s druge strane ostvareno je i poveriočevo pravo onako kako glasi u dispozitivu presude. Otuda, problematično je to što je povređeno pravo poverioca na dispozitivno pokretanje izvršnog postupka, to što je izvršni postupak funkcionalno spojen sa parničnim i što je takav koncept faktički *extra petitum* radnja, dok samo izostavljanje paricionog roka, izolovano posmatrano, ne šteti samo po sebi ni interesima dužnika niti interesima poverioca.

Nadalje, u kontekstu analiziranog koncepta treba razmotriti i pitanje abrogacije sudskih penala. Rekli bismo da je abrogacija pre posledica nepoštovanja načela dispozitivnosti u slučaju pokretanja izvršnog postupka, nego što je povezana sa nepostojanjem paricionog roka. Srpsko pozitivno pravo institut sudskih penala uređuje tako da „kad dužnik ne izvrši u roku neku svoju nenovčanu obavezu utvrđenu pravosnažnom odlukom, sud može, na traženje poverioca, odrediti dužniku naknadni primeren rok i izreći, a u cilju uticanja na dužnika i nezavisno od svake štete, da će dužnik, ako ne izvrši svoju

---

<sup>989</sup> Takođe, kako M. Dika navodi za hrvatski OZ, izuzetno, u slučajevima u kojima se pokreće po službenoj dužnosti, izvršni postupak i postupak osiguranja su jednostranački postupci u kojima u osnovi postoji samo pasivna stranka (čl. 3, 31/9, 88, 237 OZ). M. Dika, 8

<sup>990</sup> B. Blagojević, 48

<sup>991</sup> A. Jakšić, 827-828

obavezu u tom roku, biti dužan isplatiti poveriocu izvesnu svotu novca za svaki dan zadocnjenja, ili za koju drugu jedinicu vremena, počev od isteka tog roka<sup>992</sup>.

Otuda, pored toga što je poveriocu, kao titularu prava iz izvršne isprave uskraćena mogućnost da izvršnu ispravu kao kapital investira u daljem eventualnom sudskom poravnanju sa dužnikom za razrešenje većih, tj. značajnijih međusobnih sporova, on takođe ne može da zahteva ni izricanje sudskih penala, jer se izvršna isprava izvršava *ex lege*.

Ipak, uskraćenje ove mogućnosti, takođe, ne bi trebalo da predstavlja naročiti problem. Jer suština izvršnog postupka je da poverilac dobije ono što je presudom utvrđeno da mu pripada. Idealno bi bilo kada bi on ta svoja prava ostvario bez dodatnog imovinskog opterećenja dužnika u tom pravcu. Sudski penali bili bi dodatni teret po dužnika, a obračunali bi se u zavisnosti od dužine perioda između njihovog izricanja (uslovi za izricanje bi se stvorili u trenutku izvršnosti presude) i konačnog izvršenja obaveze od strane dužnika, onako kako je to njemu presudom naloženo. Na kraju, poverilac bi dobio i određeni iznos na ime sudskih penala i namirio bi svoje potraživanje onako kako ono glasi.

Međutim, stav da u takvom slučaju sudski penali ne predstavljaju neosnovano ili bar nemoralno bogaćenje poverioca brani se sledećim argumentima. Prvo, dužnikova je krivica što je dopustio da sudski penali budu izrečeni i da teku za određeni vremenski period, jer nije izvršio obavezu ni nakon isteka paricionog roka. Takođe, u sudske penale je ukalkulisana i eventualna šteta koju poverilac docnjom dužnika trpi. Dok, ukoliko je ta šteta veća nego iznos sudskih penala, poverilac je ovlašćen da zahteva od dužnika da mu štetu namiri do ukupnog iznosa, tj. u integralnom iznosu (isto tako, moguće je i šteta da bude manja od visine sudskih penala ili uopšte da ne nastane, a poverilac, bez obzira na to, ima pravo da naplati iznos sudskih penala u visini u kojoj je izrečen).

Uzimajući u vidu gore navedeno, ipak se može zameriti stavu da ni uskraćenje sudskih penala ne škodi ni poveriocu ni dužniku. Naime, srpski zakonodavac nije našao ništa nelegitimno ili nemoralno u tome da poverilac jedne činidbe, nakon sticanja izvršne isprave, najpre koristi svoje pravo da zahteva sudske penale, onda u određenom roku ostavi da oni zbog neizvršenja obaveze od strane dužnika teku, pa na kraju zahteva prisilno naturalno izvršenje, istovremeno tražeći da naplati i iznos na ime sudskih penala za period u kome su oni tekli. Oni prestaju da teku u trenutku kada poverilac podnese predlog za prisilno naturalno izvršenje<sup>993</sup>.

Ovakva mogućnost za poverioca ne samo da nije nemoralna ili nelegitimna, nego je i zakonom propisana. Štaviše, iako je težnja zakonodavca da obezbedi izvršenje potraživanja sa što manjom (opravdanom) štetom po dužnika, ipak ne može zakon da dužnikove imovinske interese štiti više nego on sam. Sudski penali su sredstvo pritiska na dužnika. Njega ništa dodatno, u imovinskom smislu, ne košta da dâ izjavu u pravcu zaključenja konačnog ugovora. Otuda, ukoliko on sam voljno odoleva ispunjenju svoje obaveze i po cenu preuzimanja dodatnih obaveza, kao što je novčana obaveza na ime sudskih penala, nije ni na zakonodavcu da mu pruži dodatnu zaštitu.

Međutim u konkretnom slučaju izostaje potreba za sudskim penalima. Pošto izvršenje nastupa *ex lege*, otpada i eventualna potreba za sudskim penalima. Otuda, zakonodavcu se pomenuta posledica iz čl. 390 ZIO-a u odnosu na sudske penale ne može zameriti, jer poverilac koji pledira da izvrši svoje potraživanje iz predugovora time nije u svom izvršenju ničim uskraćen u odnosu na druge izvršne poverioce iz ostalih izvršnih postupaka.

---

<sup>992</sup> Vid. čl. 294, st. 1 ZOO

<sup>993</sup> Vid. čl. 340 ZIO

### 3.5.5. Čl. 390 ZIO-a i ugovorna kazna

Koncept *ex lege* samoizvršivosti kondemnatorne presude ima svoje reperkusije i na polju materijalnog prava, u pogledu instituta ugovorne kazne. Otuda, nije u pitanju samo posledica koja utiče na ugovornu kaznu, nego i posledica koja utiče na polje autonomije volja ugovornih strana, na način što istu ograničava. Naime, ugovorna kazna može biti ugovorena, pored za slučaj neizvršenja, i za slučaj zakašnjenja, pri čemu zakonodavac predviđa da „kad je kazna ugovorena za slučaj da dužnik zadocni sa ispunjenjem, poverilac ima pravo zahtevati i ispunjenje obaveze i ugovornu kaznu“<sup>994</sup>.

Pri normalnim okolnostima, ugovorna kazna teče od trenutka dospevanja glavne obaveze do trenutka kada poverilac, na osnovu kognicijske presude kao izvršne isprave, zatraži njeno prisilno izvršenje. Međutim, koncept *ex lege* samoizvršivosti kondemnatorne presude utiče tako da u trenutku pravosnažnosti kondemnatorne presude ukida ugovornu kaznu za nadalje. To je tako iz razloga što je primarna obaveza *ex lege* izvršena, pa ugovorna kazna kao akcesorna obaveza u odnosu na primarnu takođe prestaje da postoji.

U konkretnom slučaju, izvršna isprava gasi ugovornu kaznu. Nije ostavljena mogućnost poveriocu, pošto je pribavio izvršnu ispravu, da se i nadalje pouzda u primarno sredstvo pritiska, odnosno u ugovornu kaznu, pa da pusti da ona i dalje teče, a sve do trenutka podnošenja predloga za prisilno naturalno izvršenje obaveze na osnovu kondemnatorne presude, nego se ona prosto gasi u trenutku pravosnažnosti presude. Poverilac je u pomalo neobičnoj situaciji u smislu da, ukoliko i dalje polaže veru u ugovornu kaznu kao sredstvo pritiska, treba da odloži pokretanje parničnog postupka i pribavljanja izvršne isprave. To vidimo kao još jednu anomaliju zakonskog koncepta, a koja je ponovo posledica povrede dispozitivnosti po pitanju pokretanja izvršnog postupka.

### 3.5.6. Dalje poteškoće u pravnom sistemu zbog čl. 390 ZIO-a

Još jedan značajan problem predstavlja upotrebnost vrednost jedne takve presude u pravnom prometu van kognicijskog postupka i van suda koji je taj postupak sproveo. Naime, zamislivo je da presuda sadrži samo klauzulu pravosnažnosti, a ne i potvrdu izvršnosti. Pritom se zahteva dalje tumačenje u smislu da bi trebalo da svako treće lice na tu pravosnažnost doda normu iz čl. 390, st. 1 ZIO-a, da bi na kraju zaključilo da je obaveza dužnika iz presude izvršena.

Zaista, u skladu sa čl. 43 ZIO-a, koji propisuje da sudska odluka koja glasi na davanje ili činjenje postaje izvršna ako je postala pravosnažna i ako je protekao rok za dobrovoljno ispunjenje obaveze, stranka može podneti predlog za izdavanje potvrde o izvršnosti u smislu čl. 44, st. 2 u vezi sa st. 1 ZIO-a. Kao alternativu za tužitelja nameće se i rešenje da on čeka protok paricionog roka da bi presudu snabdeo potvrdom o izvršnosti, bez obzira što čl. 390 ZIO-a takav rok isključuje<sup>995</sup>. Međutim, u oba slučaja potvrda svedoči o izvršnom svojstvu presude, a ne o tome da je ona izvršena. Otuda je tumačenje norme iz čl. 390, st. 1 ZIO-a i dalje neophodno. Takva situacija vodi ka sledećem problemu.

---

<sup>994</sup> Čl. 273, st. 4 ZOO

<sup>995</sup> Može se razmišljati i u pravcu da čl. 390 ZIO derogirajući pravilo o paricionom roku ovlašćuje sud da istovremeno sa klauzulom o pravosnažnosti u presudi upiše i njenu izvršnost, međutim konkretna zakonska norma koja ukazuje na ovakvo ovlašćenje izostaje, pritom čineći ovu mogućnost u najmanju ruku spornom. Štaviše u konkretnom slučaju sud ne treba da upiše klauzulu o izvršnosti kao procesnoj karakteristici presude, nego da je presuda izvršena, čime se teži stvaranju nove materijalnopravne posledice u pravnom prometu, da je glavni ugovor zaključen.

Naime, problem se ispoljava, kako smo naveli, u tome što presuda koja treba da se u pravnom prometu nadalje koristi u svom dispozitivu sadrži zaduženje za zaključenje glavnog ugovora, a ne konstataciju da je on zaključen. Pa tako, recimo da izvršna isprava nalaže zaključenje konačnog ugovora koji je ugovor o kupoprodaji nepokretnosti. Njegovim zaključenjem redovnim putem prodavac daje dužniku bezuslovnu dozvolu za upis, tj. prenosi pravo svojine predmetne nepokretnosti na kupca. Ali da bi kupac stekao svojinu nad nepokretnosti, njemu nije dovoljna samo dozvola upisa od prodavca, nego mora da takav upis i sprovede, jer „[...] se svojina i druga stvarna prava na nepokretnostima i vodovima stiču, prenose i ograničavaju upisom u katastar, a prestaju brisanjem tog upisa[...]”<sup>996</sup>.

Pritom, poverilac svoj zahtev za uknjižbu temelji na samoizvršenoj kondemnatornoj presudi. Posao katastra nepokretnosti je nadalje da jedinstveno ispita da li je presuda po sadržini i formi podobna za upis. Međutim, prilikom ispitivanja njene sadržine, Katastar nepokretnosti nailazi na zaduženje da tuženi zaključi pravni posao na osnovu kog bi poverilac kasnije mogao da zahteva uknjižbu. Ni na jednom mestu u presudi ne stoji da je takav pravni posao stvoren. Fikcija o njegovom stvaranju nije poznata Katastru nepokretnosti, jer nije na izvršnoj ispravi nikakvim tragom, odnosno klauzulom obeležano da je takva fikcija stvorena.

Katastar nepokretnosti, da bi uvažio zahtev, mora da se u obrazloženju pozitivne odluke pozove na čl. 390, st. 1 ZIO i da kaže da je pravni posao nastao na osnovu pomenute zakonske odredbe. Međutim, u tom slučaju ovaj organ izlazi iz svoje stvarne nadležnosti. Jer Katastar nepokretnosti je dužan u skladu sa čl. 34 Zakona o postupku i upisu u katastar nepokretnosti i vodova da vrši upis jedino na osnovu dostavljenih isprava. U presudi pritom stoji da je tuženi zadužen da zaključi glavni ugovor, a ne da je glavni ugovor zaključen.

Nije na Katastru nepokretnosti da primenjuje odredbe iz ZIO sa ciljem da opravda uknjižbu, nego se njegova stvarna nadležnost kreće jedino u okviru ispitivanja formalnih uslova za upis u smislu čl. 33, st. 1 Zakona o postupku i upisu u katastar nepokretnosti i vodova<sup>997</sup>.

Nije isključeno da ovakav koncept prouzrokuje i druge probleme u pravnom prometu, kako drugim upravnim organima tako i privatnim trećim licima. Npr. u zakonodavstvu je prisutan niz odredaba iz poreske sfere koji vezuju trenutak dospeća poreske obaveze za trenutak zaključenja kupoprodajnog ugovora<sup>998</sup>, a zaključenje se u ovom slučaju sprovodi kroz samoizvršenje kondemnatorne presude u trenutku njene pravosnažnosti. Pošto samoizvršivost „nije publikovana” donošenjem kondemnatorne presude, jeste sporno da li je u okviru stvarne nadležnosti poreskih organa da oni primene čl. 390, st. 1 ZIO-a, kako bi konstatovali da je ugovor nastao, a poreska obaveza dospela.

### 3.5.7. Rezime kritike rešenja iz čl. 390 ZIO-a

Zaključak u vezi sa konceptom *ex lege* samoizvršivosti kondemnatorne presude koja sadrži zaduženje na izjavi volje je sledeći. Koncept ispoljava niz sistemskih anomalija. Pa tako, rešenje iz čl. 390 ZIO-a povređuje funkcionalnu samostalnost izvršnog postupka i dispozitivno pravo poverioca na njegovo pokretanje. Na taj način ono abrogira i sudske penale i suspenduje ugovornu kaznu od trenutka pravosnažnosti kognicijske presude, pa

<sup>996</sup> Čl. 3. st. 1, t. 1 Zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova

<sup>997</sup> Vid. čl. 33, st. 1 Zakona o postupku upisa u katastar nepokretnosti i vodova

<sup>998</sup> Primer kada je predmet kupoprodaje softverska licenca; vid. čl. 16, st. 1, t. 1 u vezi sa čl. 14, st. 1, t. 3 Zakona o porezu na dodatu vrednost („Sl. glasnik RS”, br. 84/2004, 86/2004 – ispr., 61/2005, 61/2007, 93/2010, 108/2013, 6/2014 – usklađeni din. izn., 68/2014 – dr. zakon, 142/2014, 5/2015 – usklađeni din. izn., 83/2015, 5/2016 – usklađeni din. izn., 108/2016, 7/2017 – usklađeni din. izn., 113/2017 i 13/2018 – usklađeni din. izn.)

nadalje. Takođe, čini i paricioni rok suvišnim, što je presedan kod kondemnatornih presuda<sup>999</sup>.

Koncept kreira i ispravu koja, imajući u vidu dispozitiv presude, nije podobna za upis stvarnih prava pri Katastru nepokretnosti i vodova. Ovakva odredba generiše problem i poreskim organima u sprovođenju propisa iz poreske sfere. Takođe, imajući ponovo u vidu dispozitiv presude, teško je reći i da poverilac ima čvrst dokaz u pravnom prometu prema trećim privatnim licima, o tome da je glavni ugovor zaključen. Dokaz bi mu koristio u slučaju da želi da raspolaže, npr. da cedira prava iz glavnog ugovora.

Iz navedenog se može uočiti da ono što znači brzo ostvarenje poveriočevih prava ne mora istovremeno da znači i njihovo efikasno ostvarenje. I pored toga što ovakav koncept ima i brojne prednosti, kao što je ostvarenje poveriočevog potraživanja, a da se uopšte ne vodi izvršni postupak i bez dodatnih troškova na strani dužnika, ipak on sadrži mnoštvo suštinskih nedostataka, pa otuda smatramo da se od njegovog daljeg postojanja u pozitivnom pravu treba odstupiti.

### 3.6. Zaključak za peti deo - *De lege ferenda* rešenje

#### 3.6.1. Primena ostalih postojećih sredstava izvršenja

Ukoliko se prihvati navedeni zaključak, postavlja se pitanje koji koncept umesto *ex lege* samoizvršivosti kondemnatorne presude valja primeniti? Jedna mogućnost je da i za ovu situaciju važe pravni propisi izvršnog prava koji na generalnom nivou uređuju puteve i oblike izvršenja obaveza činjenja.

Najpre vredi konstatovati da, u slučaju kada se kondemnatorna presuda ne izvršava *ex lege* u trenutku njene pravosnažnosti, postojanje paricionog roka nije suvišno. Sud bi u tom slučaju morao u skladu sa čl. 345 ZPP-a da dužniku odredi paricioni rok u kome bi njemu bila ostavljena mogućnost da dobrovoljno izvrši zaduženje iz presude. Ukoliko i nakon proteka paricionog roka dužnik ne izvrši ono što se od njega presudom zahteva, ona postaje izvršna isprava.

Potom, kada poverilac ima izvršnu ispravu u rukama, on ne mora odmah da se upusti u njeno prisilno izvršenje. Mogućnost odabira trenutka otpočinjanja izvršnog postupka omogućava mu načelo dispozicije u vezi sa pokretanjem istog postupka. Poverilac može da dopusti da i dalje teče ugovorna kazna, ukoliko je takva prethodno ugovorena. Pritom, ugovorna kazna kao sredstvo učvršćenja obaveze deluje tako da stvara pored osnovne i dodatnu novčanu obavezu, a čiji se iznos protekom vremena sve više povećava.

Ukoliko pak ugovorna kazna nije ugovorena, nakon izvršivosti presude, poverilac bi mogao da zahteva izricanje sudskih penala u skladu sa čl. 294, st. 1 ZOO-a i čl. 340, st. 1 ZIO-a. Izvršni poverilac može podneti predlog za izricanje sudskih penala sve dok ne podnese predlog za izvršenje izvršne isprave kojom je utvrđena nenovčana obaveza izvršnog dužnika<sup>1000</sup>. Obaveza da se plate sudski penali prestaje kad izvršni dužnik ispuni obavezu ili kad izvršni poverilac podnese predlog za izvršenje izvršne isprave kojom je utvrđena nenovčana obaveza izvršnog dužnika<sup>1001</sup>.

Pritom treba istaći da se funkcija i ugovorne kazne i sudskih penala sastoji u tome što oba instrumenta vrše pritisak na dužnika da izvrši svoju obavezu, odnosno da dá izjavu volje

---

<sup>999</sup> Što samo po sebi nije štetno po interese niti poverioca niti dužnika, ali valja ga istaći kao sistemsku anomaliju.

<sup>1000</sup> Čl. 340, st. 3 ZIO

<sup>1001</sup> Čl. 341, st. 4 ZIO

u pravcu zaključenja konačnog ugovora. One su zapravo sredstva izvršenja koja prethode izvršnom postupku, ali imaju isti cilj kao i sam izvršni postupak, a to je da se privoli dužnik (ili da se slomi njegov unutrašnji otpor) da on postupi u skladu sa obavezom koju je sam prethodno preuzeo, a čije su punovažnost i dospelost konstatovane kroz potonje sudske presude.

Nadalje, poverilac se na osnovu izvršne isprave može upustiti u izvršenje zaduženja koje je u njoj sadržano. Ukoliko se dosledno poštuje dispozitivno načelo pokretanja izvršnog postupka, iskazano putem čl. 3, st. 1 ZOI-a, izbor podnošenja predloga je na samom poveriocu. U slučaju podnošenja predloga za izvršenje, kako zakon uređuje, „izvršna isprava podobna je da se na osnovu nje donese rešenje o izvršenju, ako sadrži podatke o izvršnom poveriocu, izvršnom dužniku i predmet, vrstu i obim ispunjenja obaveze”<sup>1002</sup>. Kondemnatorna presuda koja tuženom nalaže zaključenje glavnog ugovora sadrži te podatke.

Dok, s druge strane, zbog prirode obaveze koja se traži, poverilac nije u mogućnosti da zahteva da se rešenjem o izvršenju ovlasti da u određenom roku i o trošku izvršnog dužnika sam preduzme radnju ili je poveri drugom licu<sup>1003</sup>. Ovakva mogućnost izvršnom poveriocu nije na raspolaganju iz razloga što se prisilno izvršava obaveza po kojoj dužnik treba da sa poveriocem zaključi glavni ugovor. Otuda je jasno da ni poverilac ni treće lice ne mogu da umesto dužnika ispune dužnikovu obavezu.

Dalji izvršni instrument kojim se dužnik može naterati da ispuni dispozitivom presude naloženu obavezu jeste izricanje novčanih kazni. Naime, kada radnju može preduzeti samo izvršni dužnik, u rešenju o izvršenju može se odrediti primereni rok za radnju i izvršnom dužniku se izriče novčana kazna ako radnju ne preduzme u roku, posle čega sud po službenoj dužnosti donosi rešenje o izvršenju novčane kazne<sup>1004</sup>.

Istovremeno, a na predlog izvršnog poverioca, sud donosi novo rešenje kojim određuje novi primereni rok za radnju i izriče novu novčanu kaznu izvršnom dužniku, višu od prethodne, ako radnju ne preduzme u roku. Ako dužnik opet propusti rok, sud po službenoj dužnosti opet donosi rešenje o izvršenju novčane kazne<sup>1005</sup>. Postupak se ponavlja sve dok izvršni dužnik ne preduzme radnju<sup>1006</sup>. Tako zakonodavac pokušava da natera dužnika da uskladi svoje ponašanje sa onim što je propisano u obavezi koju je preuzeo.

Pritom, cenimo da nije sporno to što se rešenje kojim se izriče novčana kazna izvršava *ex officio* jer odlučivanje o predlogu za izvršenje jeste faza izvršnog postupka koja je pretežno obeležena načelom dispozicije, dok se u fazi sprovođenja izvršenja primenjuje načelo oficijelnosti<sup>1007</sup>. Poverilac je svoju saglasnost po pitanju primene konkretnog sredstva izvršenja izrazio u samom predlogu o izvršenju. On je prethodno pribavio izvršnu ispravu i podneo predlog za izvršenje i na taj način je omogućio da se određeno sredstvo izvršenja primeni u izvršnom postupku.

Štaviše, zahtevi za dodatnu aktivnost poverioca, umesto doslednog uvažavanja načela dispozicije, pretvorili bi se u gomilanje obaveza koje bi od poverioca zahtevale više nego potrebnu aktivnost u izvršnom postupku. Trebalo bi da njegova uloga u izvršnom postupku bude što jednostavnija, odnosno da se svodi na što je manje moguće procesnih radnji, od kojih bi centralna naravno bila pokretanje samog postupka.

---

<sup>1002</sup> Čl. 47, st. 1 ZIO

<sup>1003</sup> Vid. čl. 360, st. 1 ZIO

<sup>1004</sup> Čl. 363, st. 1 ZIO

<sup>1005</sup> Čl. 363, st. 2 ZIO

<sup>1006</sup> Čl. 363, st. 3 ZIO

<sup>1007</sup> N. Bodiroga, 246

Imajući u vidu navedene opcije, ipak smatramo da zakonodavac treba da ponudi i efikasniji koncept izvršenja presude koja obavezuje na zaključenje glavnog ugovora. Efikasnost bi se sastojala u tome da se obaveza sprovede što je brže moguće kako ona glasi, i da pritom izvršenje prouzrokuje što je manje moguće troškova za dužnika.

### 3.6.2. Izvršenje presude na zaključenje ugovora putem rešenja o izvršenju

U potrazi za najprikladnijim rešenjem treba krenuti od toga da li se može dužnikova obaveza, koja glasi na davanje izjave volje od strane dužnika, a u pravcu zaključenja konačnog ugovora, smatrati kao radnja čije je naturalno prisilno izvršenje nemoguće u smislu čl. 363, st. 5 ZIO-a.

Odgovor će nam odrediti pravac u kome treba nadalje da razvijamo konkretna sredstva izvršenja. Zauzme li se stav da je za ispunjenje jedne takve obaveze neophodna saradnja dužnika, onda sredstva izvršenja treba da budu pogodna da privole dužnika da ispuni svoju obavezu, tj. da izjavi zahtevanu volju. S druge strane, ukoliko se ne zahteva njegova saradnja, sredstvo izvršenja bi trebalo biti takvo da može ovlašćeni organ u izvršnom postupku zahtevanu izjavu dati u ime i za račun dužnika, odnosno da on stvori fikciju u pravnom prometu sa dejstvom kao da je sam dužnik dao zahtevanu izjavu.

Nalazimo da ovo pitanje na pozitivnopravnom nivou u Republici Srbiji nikad nije bilo sporno. Naime, i ZIO koji je trenutno na snazi predviđa naturalno izvršenje izjave volje u izvršnom postupku<sup>1008</sup>, a isto važi i za ZIP SFRJ iz 1978. godine<sup>1009</sup> i za Zakon o izvršenju i obezbeđenju Kraljevine Jugoslavije iz 1930. godine. I na komparativnom planu u okruženju, tj. u hrvatskom ovršnom zakonu<sup>1010</sup> i u makedonskom zakonu o izvršenju<sup>1011</sup>, situacija je identična.

Imajući u vidu navedeno, nadalje se treba usmeriti ka nalaženju što prikladnijeg sredstva za izvršenje obaveze za izjavu volje. U kontekstu toga, treba reći da su indirektna sredstva izvršenja često neefikasan model, jer se može desiti da u jednom značajnom periodu dužnik odoleva njihovom pritisku. Naročito je važna činjenica da koliko je taj period duži, toliko je veća šansa da kasnije zaključenje konačnog ugovora više ne odgovara interesima poverioca, iz razloga što se dinamično poslovno okruženje u međuvremenu ubrzano menja. Štaviše, takvo odolevanje gomila (iako opravdano) i novčane obaveze na račun dužnika, što nije primarni cilj izvršnog postupka, jer je cilj izvršnog postupka da se izvrši ono što je izvršnom ispravom naloženo.

Otuda, eventualna fikcija sa svojim prednostima nameće se kao najbolje rešenje. Postavlja se u ovakvom kontekstu i pitanje – da li takvo nametanje fikcije, odnosno zaključenje konačnog ugovora bez ikakve saradnje dužnika, a koji je ugovorna strana u tom ugovoru, povlači po njega nekakve negativne konsekvence?

Imajući u vidu sredstva izvršenja koja se primenjuju kod drugih obaveza činjenja, kod kojih može da se sprovede direktno izvršenje (tj. kada nije potrebna dužnikova saradnja), teško je graditi tezu u pravcu da nametnuta fikcija povređuje ličnost izvršnog dužnika. Takve su situacije kada se izvršava predaja individualno određenih i zamenljivih pokretnih stvari i ispražnjenje i predaja nepokretnosti.

---

<sup>1008</sup> Vid. čl. 390, st. 1 ZIO Republike Srbije

<sup>1009</sup> Vid. čl. 243, st. 1 Zakona o izvršnom postupku SFRJ i SRJ („Sl. list SFRJ”, br. 20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 i 35/91, „Sl. list SRJ”, br. 27/92)

<sup>1010</sup> Vid. čl. 276, st. 1 OZ RH

<sup>1011</sup> Vid. čl. 239, st. 1 Zakon za izvršivanje na Republika Makedonija

Naime, kod predaje pokretnih stvari ZIO propisuje da „individualno određene pokretne stvari koje se nalaze kod izvršnog dužnika javni izvršitelj oduzima izvršnom dužniku i predaje izvršnom poveriocu uz potvrdu”<sup>1012</sup>. Otuda proizilazi i ovlašćenje da javni izvršitelj oduzme pokretne stvari i u situaciji kada se tome izvršni dužnik protivi. U tom slučaju, pošto se plenidbom stvari dejstvuje suprotno od dužnikove volje, pored pokretnih stvari, u jednoj fazi sprovođenje izvršnih dejstava i sam izvršni dužnik postaju izvršni objekat, odnosno plenidba kao izvršno sredstvo nije usmerena samo ka preuzimanju predmeta, nego i ka suprotstavljanju volji i postupcima dužnika, koji se toj plenidbi ne želi povinovati.

Takođe, i kod ispražnjenja i predaje nepokretnosti javni izvršitelj je ovlašćen da sprovodi izvršna dejstva i kada su ona suprotna volji izvršnog dužnika. Kako zakon uređuje, „izvršenje radi ispražnjenja i predaje nepokretnosti sprovodi se iseljavanjem lica i uklanjanjem stvari iz nepokretnosti i predajom nepokretnosti izvršnom poveriocu u državinu ili samo predajom nepokretnosti izvršnom poveriocu u državinu ako iseljavanje lica ili uklanjanje stvari nije potrebno ili samo iseljavanjem lica i uklanjanjem stvari iz nepokretnosti koja je već u državini izvršnog poverioca”<sup>1013</sup>. Izvršno dejstvo usmereno ka iseljavanju dužnika iz nepokretnosti ponovo čini njega samog objektom izvršenja.

Tu se, zapravo, još jasnije nego kod predaje pokretnih stvari, vidi opredeljenje zakonodavca da ovakve situacije u kojima je izvršni dužnik istovremeno i izvršni objekat ne predstavljaju povredu ličnosti izvršnog dužnika. Štaviše, one su odgovarajući način da se prisilno ispuni ona obaveza koja je naložena kognicijskom presudom, a koju je ranije sam dužnik preuzeo, a potom nakon njenog dospeća odbio da dobrovoljno ispuni.

U kontekstu navedenog važno je napomenuti da se i kod indirektnih sredstava, kao što su sudski penali i novčana kazna za neizvršenje nakon naknadnog roka, primenjuju direktna sredstva izvršenja prema dužnikovoj imovini uvek i u onoj meri u kojoj specifična priroda jednog takvog izvršnog postupka dozvoljava.

Naime, po pitanju sudskih penala, „sud koji je izrekao sudske penale donosi, na predlog izvršnog poverioca i u istom izvršnom postupku, rešenje o izvršenju rešenja o izrečenim sudskim penalima, pre njegove pravnosnažnosti”<sup>1014</sup>. Takvo rešenje sudskih penala se direktno, odnosno bez ikakve saradnje dužnika, izvršava tako što se iznos u visini sudskih penala naplaćuje od dužnikove imovine, a za račun izvršnog poverioca.

Takođe, izrečene novčane kazne se nakon proteka naknadnog roka i neizvršenja radnje od strane dužnika izvršavaju iz dužnikove imovine bez njegove saradnje. Štaviše, one se izvršavaju i *ex officio*, odnosno za izvršenje novčane kazne nije neophodan ni poseban poveriočev predlog.

Otuda vredi konstatovati da i kod onih izvršnih postupaka kod kojih se zbog prirode obaveze primenjuju indirektna izvršna sredstva, direktno izvršenje se koristi uvek kada same potrebe postupka to nalažu. Pošto se u ovim slučajevima jedno takvo izvršenje zapravo svodi na izvršenje određenih novčanih obaveza dužnika (koje je stekao ne postupajući po naređenjima ni u naknadnim rokovima), još je jasnije da zakonodavac ovakva direktna izvršenja ne vidi kao povredu dužnikove ličnosti, nego kao odgovarajuću sankciju.

U dosadašnjoj analizi izneli smo navedenu argumentaciju sa ciljem da ona podupre tezu da stvaranjem fikcije da je dužnik iz predugovora ispunio svoju obavezu, odnosno da je izjavio volju u pravcu zaključenja konačnog ugovora, nije ni na koji način povređena ličnost

---

<sup>1012</sup> Čl. 344, st. 1 ZIO

<sup>1013</sup> Čl. 354 ZIO

<sup>1014</sup> Čl. 342, st. 1 ZIO



dužnika. Direktno izvršenje je za izvršni postupak redovni način poravnanja faktičkog stanja sa onim što je u izvršnoj ispravi navedeno, a indirektno izvršenje, pri kojem je neophodna saradnja dužnika, primenjuje se samo u situaciji kada se to zbog specifične prirode dužnikove obaveze zahteva. Ali krajnji je stav zakonodavca, kao što smo u prethodnoj analizi videli, da se direktno izvršenje primeni uvek kada je to moguće. Otuda, stvaranje fikcije da je konačni ugovor zaključen, odnosno da je dužnik ispunio obaveze iz predugovora, čini se kao veoma fino rešenje za izvršenje kognicijske presude. Naš je *de lege ferenda* stav da pomenuta fikcija i nadalje bude pozitivnopravno rešenje za izvršenje izjave volje.

Međutim, ono što je po nama neprimereno jeste to da se fikcija stvara po snazi zakona, u trenutku pravosnažnosti presude. Jer, kako smo i prethodno naveli, takvo rešenje stvara niz problema u daljem pravnom prometu, krši određene osnovne principe građanskog procesnog prava i često ne pomaže dužniku da ostvari svoj cilj, zbog kojeg je inače i pokrenut sam parnični postupak.

Otuda je jasno da nije problem samo stvaranje fikcije da je konačni ugovor zaključen, nego način na koji je ta fikcija stvorena. Naš *de lege ferenda* stav pledira u prilog zakonskom rešenju iz ZIO iz 1930. godine. Naime, predlažemo da se *ex lege* stvaranje fikcije ukine, a da se njeno stvaranje uredi u kasnijem izvršnom postupku. Takav bi se postupak pokretao po predlogu poverioca, kao tužitelja i stranke koja je u kognicijskom postupku ishodovala željenu izvršnu ispravu. Na taj način ne bi se izlazilo iz petituma tužbenog zahteva. Takođe, bilo bi ispoštovano i dispozitivno pravo poverioca kao titulara prava iz izvršne isprave na pokretanje izvršnog postupka. Na njemu bi tada bilo da odluči da li će, na osnovu izvršne presude, zahtevati da se dužniku izreknu sudski penali ili će pustiti da još teče ugovorna kazna kao sredstvo pritiska, ili će svoj kapital stečen izvršnom ispravom eventualno investirati u budućem sudskom poravnanju sa dužnikom.

Cenimo kao prikladno da, umesto *ex lege*, javni izvršitelj bude ovlašćen da izradom zaključka stvori fikciju da je kognicijska presuda izvršena, odnosno da je dužnik dao izjavu onako kako mu je naložio sud, tj. u pravcu zaključenja konačnog ugovora. Naravno, prethodno bi takođe sam poverilac morao da izjavi volju u pravcu zaključenja konačnog ugovora u odgovarajućoj formi. Dok bi kod dužnika forma izjave uvek bila zadovoljena, jer je zaključak javna isprava, pa shodno tome, ispunjava najstrožu formu u pravnom poretku. Za trenutak zaključenja glavnog ugovora smatrao bi se trenutak pravosnažnosti javnoizvršiteljskog zaključka.

Nadalje, takva bi javna isprava omogućila dužniku da nakon sprovedenog izvršenja uknjiži svoja eventualna prava naodređenu nepokretnost, ukoliko konačni ugovor sadrži безусловnu dozvolu upisa (*clausula intabulandi*) koju dužnik izjavljuje poveriocu. I poreski organi bi putem zaključka nedvosmisleno došli do saznanja da je konačni ugovor zaključen. To bi bilo važno zbog dospeća određenih poreskih obaveza i omogućilo bi poreskim organima da sprovode propise iz svoje nadležnosti.

Takođe, izvršiteljski zaključak koristio bi poveriocu i u pravnom prometu prema trećim privatnim licima kao dokaz da je konačni ugovor zaista zaključen i da je poverilac postao titular odnosnih potraživanja iz konačnog ugovora.

Shodno navedenom, rezimiramo da je naš *de lege ferenda* stav po pitanju prinudnog izvršenja predugovora iz čl. 45 ZOO-a sledeći: presuda kojom se dužniku nalaže da izvrši svoju obavezu iz predugovora, tj. da zaključi konačni ugovor, nakon njene izvršnosti, izvršava se u redovnom izvršnom postupku koji bi bio pokrenut od strane poverioca kao izvršnog poverioca, po njegovoj volji. U izvršnom postupku bi javni izvršitelj doneo zaključak da se

sudsko naređenje iz izvršne isprave smatra izvršenim, odnosno da se konačni ugovor smatra zaključenim. Pravosnažnošću zaključka nastao bi glavni ugovor.

## ZAKLJUČAK

U radu smo se bavili pitanjima koje vidimo kao značajna za srpsko pravo i za pravnu praksu. Obradivanje konkretnih problema nije bilo naročito naporno jer su postavljena pitanja odranije bila privukla našu naučnu radoznalost. Na kraju valja predstaviti rezultate do kojih smo stigli.

Pojam predugovor se može posmatrati u dvema dimenzijama, odnosno u širem i u užem smislu. Konceptija je poznata i francuskoj pravnoj teoriji. U širem smislu pod pojam predugovora mogu se svrstati ugovori koji uređuju proces pregovora, kao prethodne radnje koja može dovesti do zaključenja glavnog ugovora. Otuda, reč je o ugovorima koji indirektno teže ka zaključenju glavnog ugovora.

Pa tako, sa terena autonomije volje proizilazi ugovor o pregovorima, u svim njegovim modalitetima. Ugovor o pregovorima pooštrava odgovornost za savesno pregovaranje u smislu da širi osnove za nesavesnost ili pooštrava sankciju za povredu obaveze na savesno pregovaranje. Takvo pooštavanje zakonskih pravila koji uređuju proces pregovora vidimo kao stvaranje novih obaveza, pri čemu su zakonske iskorišćene samo kao polazna osnova. Misli se, na primer, na ugovorno utvrđivanje paralelnog vođenja pregovora kao nesavestan čin ili propisivanje nepravde ugovorne kazne za slučaj skrivenog vođenja ili prekida pregovora.

Nadgradnja odnosa između sapregovarača znači odstupanje od zakonskih pravila i nametanje novih obaveza, koje su ugovornog karaktera. Rađanje novih obaveza, različitih od zakonskih, karakteristika je koja ukazuje na svrsishodnost ugovora o pregovorima kao njihovog izvora i na njegovu zasebnost kao institut ugovornog prava. Otuda ugovor o pregovorima, bez obzira na to što je neimenovani ugovor, vredi svrstati pod pojam predugovora u širem smislu.

Pod isti pojam se nadalje ipak ne mogu svrstati delimični sporazumi, punktacije, a ni okvirni sporazum. Delimičnim sporazumom utvrđuje se samo jedan deo sadržine glavnog ugovora, međutim, ne uređuje se ukupna sadržina. Delimični sporazum ne rađa obavezu zaključenja glavnog ugovora, niti obavezu da se ugovori nastave po svaku cenu, a sve dok se ne zaključi glavni ugovor. Delimični sporazum obavezuje samo na prost nastavak ugovora, odnosno ostavlja mogućnost da se pregovori prekinu zbog opravdanog razloga. Otuda on u pravni promet ne unosi nov kvalitet, odnosno ne rađa novu obavezu. Obaveza da se nastave pregovori i savesno vode postoji već na osnovu zakona, dok je delimični sporazum samo dokaz da se njegovi stvaraoci nalaze u procesu pregovora.

Iste tvrdnje se mogu izneti i po pitanju punktacija i okvirnog sporazuma. Ukoliko pak okvirni sporazum obavezuje na zaključenje kasnijeg pojedinačnog ugovora, čija je sadržina u celosti utvrđena, ne radi se više o okvirnom sporazumu, nego je reč o predugovoru iz čl. 45 ZOO.

Pravna praksa u Francuskoj je izrodila i preferencijalni pakt. Međutim, potreba za njegovim pandanom u srpskom pravu izostaje, a zbog načina sticanja stvarnih prava kroz registar. Pa tako, za srpsko pravo je dovoljno da preferencija kao ugovorno pravo prvenstva bude zabeležana u onom registru u kome se beleži pravo koje ona tereti. Na taj način bi se u srpskom pravu ostvarili isti one ciljevi čiju garanciju u Francuskoj pruža preferencijalni pakt. Zbog toga, srpsko pravo poznaje pravo preče kupovine (čl. 527–532 ZOO), odnosno rešenje koje je bliže nemačkom pravu (Vorkaufsrecht, § 1098 BGB).

I ovi ugovori, bez obzira što su korak bliže zaključenju glavnog ugovora u odnosu na ugovore o pregovorima, ipak ne ulaze u uži pojam predugovora, nego u širi. Takvo

svrstavanje objašnjavamo činjenicom da ni kod ovih ugovora težnja za zaključenjem glavnog ugovora nije bezuslovna. Ne radi se samo o tome šta je potrebno da se jedna strana reši da određenu stvar otuđi, a da titular preferencije ili prava preče kupovine želi da iskoristi svoje pravo, nego je neophodno ispunjenje još jednog objektivnog uslova koji je van okvira volje saugovornika, a to je postojanje trećeg lica koje pretenduje da npr. stekne svojину na stvar koja je opterećena preferencijom ili pravom preče kupovine.

Otuda, pod pojam predugovora u užem smislu svrstavamo samo institut predugovora iz čl. 45 ZOO-a kao centralnog pojma, jer je reč o ugovoru koji prethodi glavnom ugovoru i neposredno teži ka njegovom zaključenju.

Međutim, problem kod ovog instituta je to što on u pravnom prometu ne pokazuje autentične kvalitete. U sadržinskom smislu predugovor je prosta tautologija sadržine glavnog ugovora, dok u procesnom smislu predstavlja nepotreban zaobilazni put ka stvaranju obaveza iz glavnog ugovora. Predugovor usložnjava pravni odnos između saugovarača, jer u suštini nalaže da se ista saglasnost postigne dvaput.

U sistemu sticanja stvarnih prava putem titulusa i modusa, kakav je srpski, upotreba predugovora u pravcu odlaganja nastupanja pravnih dejstava iz glavnog ugovora postaje bespredmetna. Tezu potkrepljuje i činjenica o izumiranju realnih ugovora, kako u srpskom tako i u komparativnom pravu. Određene pravne posledice u smislu uključenja trećeg lica u obligacioni odnos daju se ostvariti putem neposrednog zaključenja ugovora u korist trećeg. Takođe, i sve neizvesnosti između zaključenja predugovora i glavnog ugovora mogu se prevazići putem uslovljenog ili opcionog ugovora.

Imajući u vidu navedeno, naš je *de lege ferenda* stav da predugovor u užem smislu ne treba biti percipiran kao zaseban pravni institut u pravnom prometu i da ne treba biti deo zakonskog teksta buduće kodifikacije srpskog građanskog prava. Pozivanje na autonomiju volje smatramo da nije dovoljno da odbrani njegovu autentičnost i potrebu za njegovim normativnim uređenjem. Jedino što se zakonodavcu može sugerisati je zadržavanje pravila o paralelizmu forme između predugovora i glavnog ugovora u zakonski tekst, a po uzoru na italijanski Codice Civile. Iako se i ovo pravilo može neposredno izvesti iz imperativnosti konkretnih normi, koje za određene pravne poslove nalaže određenu formu kao uslov *ad solemnitatem*.

Bezuslovnom zaključenju glavnog ugovora, u smislu lišenosti daljih objektivnih uslova, teže i uslovljeni ugovor i opcioni ugovor. Za uslovljeni ugovor treba istaći da se radi o već zaključenom glavnom ugovoru, čija su samo pravna dejstva odložena do nastupanja suspenzivnog uslova. S druge strane, i opcioni ugovor ne zavisi od nastupanja daljih objektivnih uslova, ali ni od saradnje dužnika ili države, u smislu pružanja sudske zaštite.

Pa tako, zaključenje glavnog ugovora nadalje zavisi jedino od titulara opcije. Prema tome, opcioni ugovor je najbliži institut predugovoru iz čl. 45 ZOO-a. Štaviše, za zaključenje glavnog ugovora nije potrebno ponavljanje volje od strane dužnika, nego je dužnik svoju saglasnost na zaključenje glavnog ugovora dao već u trenutku sklapanja opcionog ugovora. Takođe, nije neophodna ni sudska zaštita, odnosno vođenje sudskog spora, jer glavni ugovor nastaje prostom izjavom volje titulara opcije. Dužnik nije u stanju da povuče prethodno izjavljenu volju u pravcu zaključenja glavnog ugovora. Otuda smatramo da se o opcionom ugovoru može govoriti kao o instrumentu koji na prikladniji, odnosno na efikasniji način obezbeđuje ostvarenje ciljeva kojima se predugovorom teži. Može se, cenimo, zbog toga zastupati teza da opcioni ugovor predstavlja moderniju, odnosno poboljšanu verziju predugovora iz čl. 45 ZOO-a, odnosno predugovora u užem smislu.

Međutim, da bi opcioni ugovor postao normativni deo nove srpske građanske kodifikacije, neophodno je potvrditi njegovu svrsishodnost i autentičnost. Pitanje svrsishodnosti da se dokazati putem svojstva opcije. Naime, titular opcije je u opcionim ugovorom stvorenoj poziciji da i dalje vaga svoje imovinske interese i da kasnije jednostrano odluči o nastajanju glavnog ugovora. Time zaključenje opcionog ugovora postaje razumljivo.

S druge strane, ono što je sporno po pitanju unošenja opcionog ugovora u novi SGZ jeste njegova autentičnost. Naime, pravna situacija u kojoj se titular opcije nalazi, da se stvoriti i putem fiksne ponude. Fiksna ponuda ispoljava sve pravne osobine u smislu da stavlja ponuđenog u identičnu pravnu poziciju u odnosu na onu u kojoj se nalazi titular opcije.

Uvođenje jednostranog obećanja kao zakonski ugovor o opciji u Code Civil ne treba da bude uzor za srpsko pravo, jer je u francuskom pravu i fiksna ponuda opoziva. Dok se u srpskom pravu fiksna ponuda nikako ne može opozvati. Otuda smatramo da i opcioni ugovor treba ostati neimenovani ugovor u srpskom pravu i da se nadograđuje jedino putem sudske prakse. Održivost ovakvog rešenja je pokazalo nemačko pravo. S druge strane, uvođenje opcionog ugovora u zakonski tekst u funkciji njegovog pojašnjenja svakako ne može da škodi.

Zaključujemo sa tim da se o autohtonim i svrsishodnim ugovorima u predvorju glavnog ugovora može pričati samo ukoliko je reč o nekom ugovoru u kome je bar jedna ugovorna strana zadržala mogućnost da ne zaključi glavni ugovor. Kao takvi izdvajaju se ugovor o pregovorima, preferencijalni pakt ili ugovor o pravu prvenstva i opcioni ugovor. Ipak, bez obzira na njihovu autonomiju, nismo našli dovoljno čvrste argumente da oni postanu imenovani ugovori. Zbog toga predlažemo da ih srpsko pravo i nadalje tretira kao neimenovane i da ih ostavi autonomiji volja i sudskoj praksi na dalje razvijanje.

Za kraj želimo naćeti i pitanje o eventualnoj teleološkoj redukciji u pogledu principa paralelizma formi, odnosno propisa iz čl. 45, st. 2 ZOO-a, i i ostaviti ga otvorenim sa ciljem da ono posluži, pre svega novim generacijama, kao inspiracija za dalju naućnu obradu instituta predugovora. Dalje istraživanje predugovora u tom smislu dovelo bi do još temeljnijih zakljućaka po pitanju njegove pravne prirode. Ne iskljućujemo ni mogućnost da upravo teleološka redukcija po pitanju forme trasira nov pravac razvoja predmetnog instituta. U tom kontekstu treba ukazati na to da je srpski zakonodavac već putem čl. 191, st. 2 Nacrta SGZ-a iz 2015. godine počeo da razmišlja u tom pravcu. Naš je primarni stav po pitanju zakonskog rešenja, koje bi otelotvorilo iznesenu ideju, ipak skeptićan.

## L I T E R A T U R A

Adler, Karl, „Realcontract und Vorvertrag“, *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 31, 1892, 190-279;

Aebi-Müller, Regina E., Müller Christoph (hrsg.), *Berner Kommentar – Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen Art. 1-18 OR*, Bern 2018;

Antić, Oliver, *Obligaciono pravo*, Beograd 2012;

Antonmattei, Paul Henri, Raynard, Jacques, *Contrats spéciaux*, Paris 2008;

Apathy, Peter, Riedler, Andreas, „§ 885“, *Praxiskommentar ABGB, Band 4 §859-1089*, (hrsg. Michael Schwimann), Wien 2006;

Arandelović, Dragoljub, *Osnovi obligacionog prava – opšti deo*, Beograd 1929 ;

Becker, Herрман (Hrsg), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch – Obligationenrecht 1 Abteilung Allgemeine Bestimmungen*, Bern 1941;

Beckmann, August von, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, Bd.II/1, Erlangen 1965;

Benac-Schmidt, Françoise, *Le contrat de promesse unilaterale de vente*, Paris 1983;

Bianca, Massimo, *Diritto Civile, 3 Il contratto*, Milano 1984;

Binder, „§ 983“, *Kommentar zum ABGB Bd. IV, Halbband I*, (hrsg. Heinrich Klang, Franz Gschnitzer), Wien 1968;

Blagojević, Borislav, *Sistem izvršnoga postupka*, Beograd 1938;

Bodiroga, Nikola, *Teorija izvršnog postupka*, Beograd 2016;

Bork, Reinhard, „Vorbem zu §§ 145-146“, *J. Staudinger, Allgemeiner Teil BGB 4b §§ 139-163*, Berlin 2015;

Bork, Reinhard, „Vorbem zu §§ 145-156“, *J. von Staudingen Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Buch 1 AT §§ 134-163 (AT 4)*, Berlin 2003;

Böttlicher, Eduard, „Besinnung auf das Gestaltungsrecht und das Gestaltungs-klagerecht“, *Festschrift für H. Dolle* (hrsg. Ernst von Caemmerer, Arthur Nikisch, Konrad Zweigert), Tübingen 1963;

Boyer, Laurent, *Encyclopedie Dalloz, Civil VII Pri-Seq*, Paris 1992

Boyer, Laurent, „Les promesses synallagmatiques de vente“, *Revue Trimestrielle de Droit civil* 1949, 1-35;

D.Brüggemann, „Causa und Synallagma im Recht des Vorvertrages“, *Juristische Rundschau*, 1968;

Bucher, Eugen, „Art. 22“, *Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, (hrsg. Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand.), Basel 2011;

Bucher, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bern 1979;

Bucher, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Zürich 1988;

Buffelan-Lanore, Yvaine, Larribau-Terneyre, Virginie, *Droit civil – Les obligations*, Paris 2017

Busche, Jan, „Vor §145 BGB“, *Münchener Kommentar BGB AT §§ 1-240 BGB*, (hrsg. Franz Jürgen Säcker) München 2015;

Bydlinski, Peter, *Grundzüge des Privatrechts*, Wien 2007;

Bydlinski, Peter, „§ 886“, *Kommentar ABGB*, (hrsg. Helmut Koziol, Peter Bydlinski, Raimund Bollenberger), Wien - New York 2007;

Cabrillac, Rémy, *Droit des obligations*, Paris 2010;

Call G., „Bestimmtheit beim Vorvertrag“, *Festgabe für A. Hedlitzka zu seinem 75. Geburtstag*, (hrsg. F. Horak, W. Waldstein, W.Fink), München&Salzburg, 1972;

Casper, Matthias, *Der Optionvertrag*, Tübingen 2005;

Cendon, Paolo (dir.), „Art. 1351“, *Commentario al Codice Civile Art.1342-1469*, Milano 2010;

Cendon, Paolo (dir.), „Art. 1351“, *Commentario al Codice Civile*, Torino 1991;

Chone-Grimaldi, Anne-Sophie, „Art. 1217“, *La réforme du droit des contrats – Commendataire art. par art. de l’ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (ed. Thibault Douville et al.), Caen 2016;

Collart-Dutilleul, Françoise, *Les contrats préparatoires a la vente d’immeuble*, Paris 1988;

Degenkolb, Heinrich, „Zur Lehre vom Vorvertrag“, *Archiv für die civilistische Praxis* 1887, 1-92;

Degenkolb, Heinrich, *Der Begriff des Vorvertrages*, Freiburg 1871;

Delebecque, Phillippe, Pansier, Frédéric-Jérôme, *Droit des obligations – 1. Contrat et quasi contrat*, Paris 2012;

Demogue, René, *Traité des obligations en général, Sources des Obligations, t. II*, Paris 1923;

Dika, Mihajlo, *Grđansko ovršno pravo*, Zagreb 2008;

Draškić, Mladen, *Zaključenje ugovora o prodaji*, Beograd 1986;

Draškić, Mladen, „Član 30“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima Knjiga I* (ur. Borislav Blagojević, Vrleta Krulj), Beograd 1983;

von Einem, Henning, *Die Rechtsnatur der Option*, Berlin 1974;

Ellenberger, Jürgen, „Einführung v. § 145“, *Palandt BGB*, München 2014;

Fabre-Magnan, Miruel, *Droit des obligations 1 – Contrat et engagement unilateral*, Paris 2012;

Fabre-Magnan, Miruel, *Obligaciono pravo 1 – Dogovorot i ednostranata obvrška*, Skopje 2012;

Fabre-Magnan, Miruel, *Droit des obligation 1 – Contrat et engagement unilateral*, Paris 2007;

Fabre-Magnan, Miruel, Le mythe de l'obligation de donner, *Revue Trimestrielle de Droit civil* 1996, 85-107;

Fages, Bertrand, *Droit des obligations*, Paris 2016;

Fages, Bertrand, „Le processus de formation des contrats dans”, *La réforme du droit des obligations en France 5èmes Journées Franco-Allemandes* (sous la direction de Reiner Schulze, Guillaume Wicker, Gerald Mäsch, Denis Mazeaud), Paris 2015;

Flour, Jacques, Aubert, Jean-Luc, Savaux, Eric, *Les obligations – 3. Le rapport d'obligation*, Paris 2013;

Flume, Werner, *Allgemeiner Teil des BGB, II Band, Das Rechtsgeschäft*, Berlin - Heidelberg 1979;

Freitag, Robert, „Specific performance“ und „causa –Lehre“ über alles im Recht des Vorvertrags?, *Archiv für die civilistische Praxis* 2007;

Gams, Andrija, Đurović Ljiljana, *Opšti deo građanskog prava*, Beograd 1985;

Gass, Wolfram, Lange Knut Werner, *Rahmenverträge für moderne Produktionsformen*, München 1999;

Gauch, Peter, Schluemp, Walter R., Schmid, Jörg, Reu, Heinz, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I*, Zürich – Basel 2003;

Gautier, Pierre-Yves, „Contrats spéciaux”, *Revue Trimestrielle de Droit civil* 2002, 115-120;

Gazzoni, Francesco, „Contrato preliminare”, *Il Contratto in Generale, Tomo II*, (dir. Guido Alpa, Guisepe Chine, Francesco Gazzoni, Francesco Realmonte, Luigi Rovelle), Torino 2000;

Geiben, Nikolaus, *Der Vorvertrag im Internationalen Privatrecht*, Heidelberg 2006;

Georgiades Apostolos, „Optionsvertrag und Optionsrecht“, *Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag*, München 1973;

Ghestin, Jacques, Viney, Geneviève, Goubeaux, Gilles, *Traité de droit civil – La formation du Contrat*, Paris 1993;

Ghestin, Jacques, Loiseau, Grégoire, Serinet, Yves-Marie, *Traité de droit civil, La formation du contrat, t. 1: Le contrat – le consentement*, Paris 2012;

Ghul, Theo, Koller, Alfred, Schnyder, Anton, Druey, Jean Nicolas, *Das schweizerische Obligationenrecht*, Zürich 2000;

Grundmann, Stefan, Zaccaria, Alessio (Hrsg.), *Einführung in das italienische Recht*, Frankfurt am Main 2007;

Grüneberg, Christian, „§ 241“, *Palandt BGB*, München 2015;



Gschnitzer, Franz, „§ 878“, *Kommentar zum ABGB Bd. IV, Halbband I*, (hrsg. Heinrich Klang, Franz Gschnitzer) Wien 1968;

Gschnitzer, Franz, „§ 885“, *Kommentar zum ABGB, Bd. IV, Halbband I*, (hrsg. Heinrich Klang, Franz Gschnitzer) Wien 1968;

Gschnitzer, Franz, „§ 957“, *Kommentar zum ABGB Bd. IV, Halbband I*, (hrsg. Heinrich Klang, Franz Gschnitzer) Wien 1968;

Stanzl Gustav, „§ 957“, *Kommentar zum ABGB Bd. IV, Halbband I*, (hrsg. Heinrich Klang, Franz Gschnitzer) Wien 1968;

Gschnitzer, Franz, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Wien - New York 1966;

von Hase, Karl, *Vertragsbindung durch Vorvertrag*, Berlin 1999;

Henrich, Dieter, *Vorvertrag, Optionsvertrag, Vorrechtsvertrag*, Tübingen 1965;

Herzog, Nicolas, *Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht*, Zürich 1999;

Hiber, Dragor, Živković, Miloš, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Beograd 2015;

Huet, Jérôme, Decocq, Georges, Grimaldi, Cyril, Lecuyer, Hervé, *Les principaux contrats spéciaux*, Paris 2012;

Jakšić, Aleksandar, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2017;

Josserand, Louis, Evolucija odgovornosti, *Pravni život* 9-10/1992 (tekst preuzet iz Braniča 7-8/1935) (preveo Borislav Blagojević);

Jung, Ute, „Die Einigung über die „essentialia negotii“ als Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages“, *Juristische Schulung* 1999, 28-32;

Köhler, Helmut, *BGB Allgemeiner Teil*, München 2019;

Köhler, Helmut, „Vorvertrag, Optionsvertrag und Festofferte“, *Jura* 1979, 465-470;

Koziol, Helmut, Welser, Rudolf, Kletečka, Andreas, *Grundriss des bürgerlichen Rechts, AT, Sachenrecht, Familienrecht*, Wien 2014;

Konstantinović, Mihailo, *Obligaciono pravo [prema beleškama sa predavanja prof. Konstantinovića]*, Beograd 1969;

Larenz, Karl, Wolf Manfred, *Allgemeiner Teil des BGB*, München 2012;

Larenz, Karl, Wolf Manfred, *Allgemeiner Teil des BGB*, München 1997;

Larenz, Karl, „Die rechtliche Bedeutung von Optionsvereinbarungen“, *Der Betrieb* 1955, 209;

Larroumet, Christian, *Droit Civil, t. 3 Les obligations, le Contrat*, Paris 1996;

Leclerc, Frédéric, *Droit des contrats spéciaux*, Paris 2007;

Linneborn, Walter, *Das Optionsrecht*, Köln 1936 ;

- Lukić, Radomir, „Metodi izučavanja prava“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1965, 32-45;
- Mader, Peter, „§ 456“, *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch II Recht der Schuldverhältnisse Art 433-487*, Leasing, Sellier & De Gruyter, Berlin 2004;
- Malaurie, Phillippe, Aynes, Laurent, Gautier, Pierre-Yves, *Droit des contrats spéciaux*, Paris 2016;
- Malaurie, Phillippe, Aynes, Laurent, Stoffel-Munck, Phillippe, *Droit des obligations*, Paris 2016;
- Malaurie, Phillippe, Aynes, Laurent, Stoffel-Munck, Phillippe, *Droit des obligations*, Paris 2015;
- Maurer, Frank „Vorrechte in der vertragsrechtlichen Praxis“, *Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg* 03/2004, 57-67;
- Mayrhofer, Heinrich, *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Wien 1986;
- Mazeaud, Denis, „Promesse unilaterale de vente : la Cour de cassation a ses raisons“, *Dalloz* 2011, 1457-1460;
- Mazeaud, Henry, Léon et Jean, Chabas François, *Obligations : théorie générale*, Paris 1998;
- Mestre, Jacques, Fages Bertrand, „Obligations et contrat speciaux“, *Revue Trimestrielle de Droit civil* 2006, 301-321;
- Mestre, Jacques, „Obligations und contrats spéciaux“, *Revue Trimestrielle de Droit civil* 1994, 93-106;
- Mestre, Jacques, „Obligations et contrats speciaux“, *Revue Trimestrielle de Droit civil* 1993, 113-130;
- Mousseron, Jean Marc, Guibal, Michel, Mainguy Daniel, *L'avant-contrat*, Paris 2001;
- Mousseron, Jean-Marc, Seube, Alain, „A propos des contrats d'assistance et fourniture“, *Dalloz* 1973 *chronique*, 197-206;
- Najjar, Ibrahim, „La „retraction“ d'une promesse unilaterale de vente“, *Dalloz* 1997, 119-120;
- Neuville, Sébastien, „Promesse de contrat et contrat d'option“, *Melanges Philippe le Tourneau*, Dalloz 2007;
- Olzen, Dirk, „§ 241“, *J. Staudinger BGB Einleitung zum Schuldrecht §§ 241-243, Treu und Glauben*, (hrsg. Dirk Looschelders, Dirk Olzen, Gottfried Schiemann), Berlin 2015;
- Orlić, Miodrag, „Ogled o odgovornosti za prekid pregovora“, *Pravni život* 10/1996, 529-563;
- Orlić, Miodrag, „Predugovorna odgovornost u sudskoj praksi“, *Pravni život* 10/95, 357-370;
- Orlić, Miodrag, *Zaključenje ugovora*, Beograd 1993;
- Orlić, Miodrag, „član 45“, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima Knjiga I* (ur. Borislav Blagojević, Vrleta Krulj) , Beograd 1983;

- Oser, Hugo, Schönenberger Wilhelm (hrsg.), *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch – Das Obligationenrecht, Erster Halbband: Art1-183*, Zürich 1929;
- Paisant, Gilles, Touranafond O, „Droit de la vente”, *Dalloz Somm. com.* 1993, 233-234;
- Perović, Slobodan, *Obligaciono pravo*, Beograd 1990;
- Piper, Helmut, „§ 145“, *Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB (RGRK)*, Berlin - New York, 1982;
- Poletti, Dianora, „Art. 1351”, *Commentario del Codice Civile, Die Contratti in Generale Art. 1350-1386*, (dir. Errico Gabrielli), Torino 2011;
- Poznić, Borivoje, Rakić-Vodinelić, Vesna, *Građansko procesno pravo*, Beograd 2015;
- Rieg, Alfred, „La Punctuation – Contribution a l’etude de la formation successive du contrat”, *Etudes offertes a Alfred Jauffret*, Marseille 1974;
- Sacco, Rodolfo, De Nova Giorgio, *Il Contratto, Tomo secondo*, Torino 1993;
- Saint-Alary-Houlin, Corinne, *Le droit de préemption*, 1979;
- Schellhammer, Kurt, *Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen*, Konstanz 2014;
- Schmidt-Szalewski, Joanna, *Droit des contrats*, Paris 1989;
- Schmidt, Joanna, „Le prix du contrat de fourniture”, *Dalloz 1985 chronique*, 176-180;
- Schmidt, Joanna, *Négociation et conclusion de contrats*, Paris 1982;
- Schloßman „Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte”, *Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts* 45 1903, 1-96;
- Schulze, Gerhard, „Vor §§ 145-147 BGB“, *Nomos Kommentar, BGB AT, EGBGB, Band I*, (hrsg. Thomas Heidel, Rainer Hüßtege, Heinz-Peter Mansel, Ulrich Noack), Nomos, 2012;
- Schwenzer, Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, Bern 1998;
- Seckel, Emdl, *Die Gestaltungsrechte des Bürgerlichen Rechts*, Tübingen 1955;
- Seube, Alain, *Le contrat de fourniture*, Montpellier 1970;
- Terré, François, Simler, Phillippe, Lequette Yves, *Les obligations*, Paris 2013;
- Thöl, Heinrich, *Handelsrecht, Bd. 1*, Göttingen 1854;
- Triva, Siniša, Belajac, Velimir, Dika, Mihajlo, *Sudsko izvršno pravo – opći deo*, Zagreb 1980;
- Viney, Geneviève, Jourdain, Patrice, *Les effets de la responsabilite*, Paris 2010;
- de Visscher, Jacques, *Le pacte de preference – ses applications en droit civil et en droit commercial*, Bruxelles - Paris, 1938;
- Vizner, Boris, Kapor, Vladimir, Carić, Slavko, *Ugovori građanskog i privrednog prava*, Zagreb 1971;

- Vizner, Boris, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima – Knjiga I*, Zagreb 1978;
- Vizner, Boris, *Građansko pravo u teoriji i praksi – III knjiga*, Rijeka 1969;
- Vodinelić, Vladimir, *Uvod i opšti deo građanskog prava*, Beograd 2012;
- Vuković, Mihajlo, *Obvezno pravo*, Zagreb 1964;
- Wabnitz, Bodo, *Der Vorvertrag in rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Betrachtung*, Münster 1962;
- Weber, Martin, „Der Optionsvertrag“, *Juristische Schulung* 1990, 249-256 ;
- Wertenbruch, Johannes, „§ 456“, *Söergel, Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht 4/2*, (hrsg. Kohlhammer) Stuttgart 2009;
- Wiedenkauff W., „§§ 454-456“, *Palandt BGB*, München 2018;
- Wolf, Manfred, Neuner Jörg, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, München 2016;
- Wolf, Manfred, „§ 147“, *Söergel BGB Teil 2 §§ 104-240*, (hrsg. Kohlhammer), Stuttgart 1999;
- Wolf, Manfred, „§ 154“, *Söergel BGB AT §§ 1-240*, (hrsg. Kohlhammer), Stuttgart- Berlin 1988;
- Zöllner, Wolfgang, „Der arbeitrechtliche Vorvertrag“, *Arbeitsrecht und soziale Grundrechte – Festschrift für H. Floretta zum 60. Geburtstag*, Wien 1983;

## Biografija autora

Gjorgji Naumoski je rođen 23. avgusta 1992. godine u Ohridu, Severna Makedonija. Osnovnu školu i gimnaziju završio je u rodnom gradu kao odličan đak u svim razredima. Na Pravni fakultet Justinijan Prvi pri Univerzitetu Sv. Kiril i Metodij u Skoplju upisao se školske 2010/11, a diplomirao je 2013. godine, sa prosečnom ocenom 9,45.

Na istom fakultetu je u školskoj 2013/14. upisao postdiplomske master studije iz oblasti krivičnog materijalnog prava koje je završio sa prosečnom ocenom 9,78 u septembru 2015. godine. U školskoj 2014/15. upisao je na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu postdiplomske master studije iz oblasti građanskog prava (imovinsko-pravni smer I) koje je završio u aprilu 2016. godine, sa prosečnom ocenom 9,75 (uključujući i ocenu 10 dobijenu za odbranu master rada).

Doktorske studije upisuje u novembru 2015. godine u oblasti građanskog prava. Tokom doktorskih studija položio je ispit iz predmeta Metodi naučnoistraživačkog rada sa ocenom 8, a položio je i prvi doktorski ispit iz predmeta Opšti deo građanskog prava, Stvarno pravo i Obligaciono prava i drugi doktorski ispit iz predmeta Zaključenje ugovora i Pravo obezbeđenja potraživanja, oba sa ocenom 10.

Pripravnički staž za polaganje pravosudnog ispita autor je obavio u Osnovnom sudu u Ohridu, Severna Makedonija, u periodu mart 2016 – septembar 2017. Pravosudni ispit je položio u Severnoj Makedoniji u januaru 2018. godine.

Autor je u 2017.god. u časopisu Pravni život 10/2017 objavio rad sa naslovom „Relevantnost zablude jemca o solventnosti glavnog dužnika za poništenje ugovora o jemstvu”, kojeg je izložio u okviru Kopaoničke škole prirodnog prava u decembru 2017. godine.

U periodu jul-oktobar 2019. godine autor je boravio u Institutu za strano i međunarodno privatno i privredno pravo pri Pravnom fakultetu Univerziteta u Hajdelbergu, Nemačka, u svojstvu stranog istraživača (Gastwissenschaftler). Na istom fakultetu je po završetku naučnog boravka upisao pravne studije – pravosudni smer, radi daljeg usavršavanja na polju nemačkog prava. Autor je na Pravnom fakultetu Univerziteta u Hajdelbergu položio Orientierungsprüfung sa ocenom 10,00, a u julu 2021 položio je i Zwischenprüfung sa prosečnom ocenom 8,17. Nakon polaganja pravosudnog ispita u Nemačkoj, autor želi da se trajno naseli u Nemačkoj i da se bavi advokaturom u okviru nemačkog pravosudnog sistema.

Gjorgji Naumoski govori engleski, nemački (DSH-3) i srpski, a pasivno se služi francuskim jezikom.

## Izjava o autorstvu

Ime i prezime autora: Gjorgji Naumoski

Broj indeksa: DS 34/2015

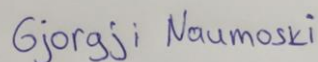
### Izjavljujem

da je doktorska disertacija pod naslovom

### Pojam, punovažnost i izvršenje predugovora

- rezultat sopstvenog istraživačkog rada;
- da disertacija u celini ni u delovima nije bila predložena za sticanje druge diplome prema studijskim programima drugih visokoškolskih ustanova;
- da su rezultati korektno navedeni i
- da nisam kršio/la autorska prava i koristio/la intelektualnu svojinu drugih lica.

### Potpis autora



U Heidelberg-u, Nemačka 16.07.2021

---

Gjorgji Naumoski

## Izjava o istovetnosti štampane i elektronske verzije doktorskog rada

Ime i prezime autora: Gjorgji Naumoski

Broj indeksa: DS 34/2015

Studijski program: doktorske studije prava

Naslov rada: Pojam, punovažnost i izvršenje predugovora

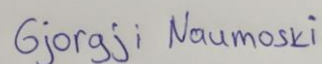
Mentor: Prof. dr Marko Đurđević

Izjavljujem da je štampana verzija mog doktorskog rada istovetna elektronskoj verziji koju sam predao/la radi pohranjivanja u **Digitalnom repozitorijumu Univerziteta u Beogradu**.

Dozvoljavam da se objave moji lični podaci vezani za dobijanje akademskog naziva doktora nauka, kao što su ime i prezime, godina i mesto rođenja i datum odbrane rada.

Ovi lični podaci mogu se objaviti na mrežnim stranicama digitalne biblioteke, u elektronskom katalogu i u publikacijama Univerziteta u Beogradu.

### Potpis autora



U Heidelberg-u, Nemačka 16.07.2021

---

Gjorgji Naumoski

## Izjava o korišćenju

Ovlašćujem Univerzitetsku biblioteku „Svetozar Marković“ da u Digitalni repozitorijum Univerziteta u Beogradu unese moju doktorsku disertaciju pod naslovom:

### **Pojam, punovažnost i izvršenje predugovora**

koja je moje autorsko delo.

Disertaciju sa svim priložima predao/la sam u elektronskom formatu pogodnom za trajno arhiviranje.

Moju doktorsku disertaciju pohranjenu u Digitalnom repozitorijumu Univerziteta u Beogradu i dostupnu u otvorenom pristupu mogu da koriste svi koji poštuju odredbe sadržane u odabranom tipu licence Kreativne zajednice (Creative Commons) za koju sam se odlučio/la.

1. Autorstvo (CC BY)

**(2.)** Autorstvo – nekomercijalno (CC BY-NC)

3. Autorstvo – nekomercijalno – bez prerada (CC BY-NC-ND)

4. Autorstvo – nekomercijalno – deliti pod istim uslovima (CC BY-NC-SA)

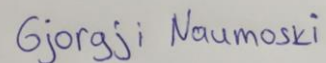
5. Autorstvo – bez prerada (CC BY-ND)

6. Autorstvo – deliti pod istim uslovima (CC BY-SA)

(Molimo da zaokružite samo jednu od šest ponuđenih licenci.

Kratak opis licenci je sastavni deo ove izjave).

### **Potpis autora**



U Heidelberg-u, Nemačka 16.07.2021

---

Gjorgji Naumoski



1. **Autorstvo.** Dozvoljavate umnožavanje, distribuciju i javno saopštavanje dela, i prerade, ako se navede ime autora na način određen od strane autora ili davaoca licence, čak i u komercijalne svrhe. Ovo je najslobodnija od svih licenci.
2. **Autorstvo – nekomercijalno.** Dozvoljavate umnožavanje, distribuciju i javno saopštavanje dela, i prerade, ako se navede ime autora na način određen od strane autora ili davaoca licence. Ova licenca ne dozvoljava komercijalnu upotrebu dela.
3. **Autorstvo – nekomercijalno – bez prerada.** Dozvoljavate umnožavanje, distribuciju i javno saopštavanje dela, bez promena, preoblikovanja ili upotrebe dela u svom delu, ako se navede ime autora na način određen od strane autora ili davaoca licence. Ova licenca ne dozvoljava komercijalnu upotrebu dela. U odnosu na sve ostale licence, ovom licencom se ograničava najveći obim prava korišćenja dela.
4. **Autorstvo – nekomercijalno – deliti pod istim uslovima.** Dozvoljavate umnožavanje, distribuciju i javno saopštavanje dela, i prerade, ako se navede ime autora na način određen od strane autora ili davaoca licence i ako se prerada distribuira pod istom ili sličnom licencom. Ova licenca ne dozvoljava komercijalnu upotrebu dela i prerada.
5. **Autorstvo – bez prerada.** Dozvoljavate umnožavanje, distribuciju i javno saopštavanje dela, bez promena, preoblikovanja ili upotrebe dela u svom delu, ako se navede ime autora na način određen od strane autora ili davaoca licence. Ova licenca dozvoljava komercijalnu upotrebu dela.
6. **Autorstvo – deliti pod istim uslovima.** Dozvoljavate umnožavanje, distribuciju i javno saopštavanje dela, i prerade, ako se navede ime autora na način određen od strane autora ili davaoca licence i ako se prerada distribuira pod istom ili sličnom licencom. Ova licenca dozvoljava komercijalnu upotrebu dela i prerada. Slična je softverskim licencama, odnosno licencama otvorenog koda.