

Slobodan Vukadinović

UGOVORNI I ZAKONSKI REŽIM ISKLJUČENJA I OGRANIČENJA UGOVORNE ODGOVORNOSTI

Apstrakt

U radu se polazi od ugovornog i zakonskog osnova za isključenje i ograničenje ugovorne odgovornosti. U fokusu rada su pitanja koja se otvaraju u vezi sa klauzulama egzoneracije, počev od njihovih klasifikacija do domašaja. Razmatra se i njihova primena u međunarodnom poslovnom i u potrošačkom pravu, u smislu da li su češće klauzule kojima se teži isključenju ili ograničenju odgovornosti. U tom svetlu, ispituje se da li je potrebno, opravdano i korisno izričito navođenje kovida i oružanih sukoba u ugovornim klauzulama, naročito u standardnim modelim ugovora, sa jedne strane u odnosu na mogućnost podvođenja pod zakonske pojmove, pre svega pod pojam više sile i promenjenih okolnosti, sa druge. U kontekstu načina navođenja razloga za isključenje i ograničenje ugovorne odgovornosti, u klauzulama egzoneracije, ukazuje se i na rizike da ovakve klauzule budu kvalifikovane kao nepoštene ugovorne odredbe, te da budu pogođene sankcijom ništavosti. U završnom delu, rad je usmeren na ispitivanje granica isključenja ugovorne odgovornosti, imajući u vidu da mnogi nacionalni propisi, poput našeg Zakona o obligacionim odnosima, sadrže odredbe imperativnog karaktera, saglasno kojima nije moguće isključiti odgovornost za nameru i grubu nepažnju.

***Ključne reči:** ugovorna odgovornost, oslobođenje od odgovornosti, isključenje odgovornosti, klauzule egzoneracije, viša sila, promenjene okolnosti.*

1. Uvod: osnov isključenja i ograničenja ugovorne odgovornosti

Osnov isključenja i ograničenja ugovorne odgovornosti, nesporno može biti u zakonu ili zakoniku nacionalog prava koje je merodavno za dati ugovorni odnos. Osim toga, može postojati ugovorni osnov isključenja odgovornosti. To znači da i strane ugovornice mogu same, kao deo kako glavnog tako i pripremnih ugovora

* Docent Pravnog fakulteta Univerziteta Union u Beogradu i naučni saradnik Instituta za uporedno pravo u Beogradu, <https://orcid.org/0000-0002-4692-321X>, e-mail: slobodan.vukadinovic@pravnofakultet.rs

ili predugovora, pa sve do zaključenja glavnog ugovora precizirati situacije koje će, ukoliko nastupe, predstavljati pravni osnov za isključenje (ili ograničenje) ugovorne odgovornosti. Koliki je domašaj ovog aspekta autonomije volje strana odrediće zakon ili zakonik, jer većina nacionalnih prava, kao i naše pravo, predviđaju ograničenja u pogledu vrsta ili stepena odgovornosti čije se isključenje može ugovarati.

2. Vanredne okolnosti i ugovorna odgovornost

Pandemija kovida 19, a aktuelno i oružani sukobi u određenim državama i ekonomske sankcije, te specijalne operacije i intervencije koje imaju realan potencijal da dovedu do sudara svetova, aktuelizuju pitanje ne samo ugovorne odgovornosti, već i više sile i promjenjivih okolnosti. Ovakvi događaji nisu samo vanredni, oni su sistemski i imaju globalni uticaj, a njihovo trajanje, ublažavanje, prestanak ili pogoršavanje se ne može sa sigurnošću predvideti, pa su njihove posledice neretko, praktično i pravno posmatrano, nesagledive. Tako, na primer, u trenutku pisanja ovog rada (jun 2022. godine) neizvesno je ne samo trajanje aktuelnih dešavanja i sukoba među državama, već njihov uticaj na eventualni nedostatak energenata, što može uzrokovati poremećaje proizvodnih procesa i dovesti u pitanje izvršenje ugovora širom sveta. Ali uz to, imajući u vidu nedavna iskustva sa pandemijom kovid-19, aktuelizuje se i pitanje domašaja ugovornih klauzula kojima se ograničava ili isključuje ugovorna odgovornost. Da li su ovakve odredbe potrebne, primerene i korisne, da li su one prednost za stranu koja ih predlaže, a koje druga strana nije u mogućnosti ili poziciji da odbije zbog potrebe da zaključi ugovor - neka su od pitanja. Međutim, čak i da je ovakva klauzula nesporno ugovorena uz saglasnost volja ugovornih strana, otvara se i pitanje njene punovažnosti spram merodavog prava, polazeći od činjenice da nacionalni pravni poredak određuje nekada i kogentnim normama domen u kome se može ugovornim putem odstupati od zakonskih pravila koja uređuju pitanje isključenja i ograničenja ugovorne odgovornosti. Ograničenja mogućnosti da se ugovornim putem isključi ili ograniči ugovorna odgovornost nisu neočekivana, jer u svim pravnim sistemima postoje uobičajene granice kako slobode ugovaranja, tako i šireg načela autonomije volje.

Ugovorni osnov za oslobođenje i ograničenje ugovorne odgovornosti realizuje se ugovaranjem posebnih ugovornih odredaba koje pravna teorija uglavnom naziva: klauzule egzoneracije. Reč je o tome da ugovorne strane, saglasno principu slobode ugovaranja ili šire posmatrano principu autonomije volje, koriste mogućnost da samostalno i slobodno uredi sadržinu sopstvenog ugovornog odnosa, poštujući granice koje postavlja pravni poredak (one zemlje čije je pravo merodavno za dati ugovorni odnos). U srpskom ugovornom pravu,

saglasno članu 10. Zakona o obligacionim odnosima¹ (dalje: ZOO) granice slobode ugovaranja određene su imperativnim normama, javnim poretkom i dobrim običajima. Međutim, bez obzira na proklamovanu slobodu ugovaranja, postoje različiti razlozi i različite situacije u kojima za jednu ugovornu stranu (nekada možemo reći i slabiju) u praksi faktični nema realnog ostvarivanja slobode oblikovanja ugovornog odnosa u kome učestvuje, odnosno može doći do toga da pristaje na već pripremljene uslove druge ugovorne strane. Razlozi se mogu nalaziti u praktičnoj neophodnosti zaključenja ugovora za jednu (slabiju) stranu zarad zadovoljenja određene opravdane potrebe, zatim to može biti činjenica da strana ne obraća potrebnu pažnju na uslove ugovora prilikom zaključenja ugovora, a razlozi mogu biti i posledica nekih vanrednih okolnosti.

Vanredne situacije i okolnosti, kao što su npr. uslovi pandemije, organičenja načina poslovanja koje je uzrokovano merama o zabrani kretanja ili načinu ponašanja što usporava ili otežava funkcionisanje privrednih aktivnosti, ratovi i sl. sve zajedno može otežati ili onemogućiti pregovore, pa se u tim situacijama opravdano može pretpostaviti da se nekada ili bolje reći neretko prihvataju i ugovori koji sadrže klauzule oslobođenja od ugovorne odgovornosti. U tom kontekstu u ovom radu se ispituje da li se može punovažno isključiti odgovornost za neispunjenje ugovora i naknadu štete putem ugovorne odredbe, odnosno klauzule posebno za slučaj kovida 19 i oružanih sukoba. U tom smislu ovaj rad ima za cilj da podstakne na razmišljanje o tome da li aktuelna situacija može uticati da klauzule o oslobođenju od odgovornosti od pandemije (za koje se u medijima postavlja pitanje i da li nam predstoje novi oblici pandemije) postanu uobičajene, skoro tipične klauzule u modelima ugovora koji se koriste u poslovnim aktivnostima. Drugim rečima otvara se pitanje da li će jedna od posledica iskustva sa kovidom-19 biti i izmena standardnih ugovora koji se koriste u privredi. Idući korak dalje, postavlja se pitanje da li je uopšte potrebno posebno ugovarati ovakve razloge isključenja ugovorne odgovornosti ili su oni adekvatno obuhvaćeni zakonskim pravilima o višoj sili i promenjenim okolnostima.² Na primer, u aktuelnoj situaciji nakon više od dve godine od početka pandemije kovida 19 i kada su mere koje su državni organi uvodili značajno relaksirane u većini država, a ponegde i potpuno ukinute, o kovidu-19 kao o višoj sili iz ugla vremenskog trenutka pisanja ovog rada (jun 2022. god.) ne bi bilo osnovano govoriti, već bi se pitanje kovida-19 moglo eventualno

¹ *Sl. glasnik SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89 – odluka USJ i 57/89, *Sl. list SRJ*, br. 31/93 i *Sl. glasnik RS*, br. 18/20.

² Suštinski problem možda i leži upravo u kvalifikaciji i poštovanju kriterijuma – da li su i koje su konkretne okolnosti u dovoljnoj meri relevantne da zasnuju sud o potrebnim i dovoljnim razlozima za primenu instituta koje građanski zakonic ili zakoni (zavisno od konkretne države čije je pravo nadležno) već poznaju?

razmatrati sa aspekta promjenjenih okolnosti.³ Može se postaviti i pitanje da li će covid-19 i drugi sistemski događaji⁴ koji potresaju svet poslednjih godina, u vremenu pred nama uticati na izmene klauzula u standardnim modelima ugovora i postati jedan od nezaobilaznih razloga koji se izričito navode u odredbama o isključenju i oslobođenju od ugovorne odgovornosti.

3. Klauzule o oslobođenju u standardnim modelima ugovorima i klasifikacija klauzula o (ne)odgovornosti

Klauzule egzoneracije se u standardnim modelima ugovora⁵ mogu naći u različitim oblicima i formulacijama, pri čemu one nekada imaju za cilj pokušaj da suštinski isključe ili tako ograniče da obesmisle odgovornost za neispunjenje ugovora, čak i kada je dužnik za to kriv. Ovo isključenje odgovornosti može da bude sveukupno, tako da obuhvati sve ugovorne obaveze dužnika, a može da se odnosi i samo na pojedine njegove obaveze. U praksi se, za postizanje ovog cilja, pored direktnog isključenja ugovorne odgovornosti, koriste i druge formulacije kojima se teži postizanju istog dejstva – kao, na primer: uklanjanje neke ugovorne obaveze koju bi dužnik po redovnom toku stvari trebalo da ispuni; prebacivanje tereta dokazivanja na drugu ugovornu stranu; predviđanje uslova pod kojima jedna obaveza dužnika prestaje da postoji itd.⁶

Klauzule o odgovornosti je moguće klasifikovati na različite načine, u zavisnosti od merila koje se primeni. U našoj teoriji se uobičajeno polazi od klasifikacije koja je postavljena pod uticajem francuske pravne misli, a

³ Za širu diskusiju o tome, vid. D. Philippe, „Coronavirus: Force Majeure? Hardship? Deferral of Obligations? Some Practical Elements Advice for the Analysis and Drafting of Clauses“, *Coronavirus and the Law in Europe* (eds. E. Hondius et al.), Intersentia 2021, 528-552.

⁴ Sistemski događaji, kakvi su upravo pandemija i oružani sukobi mogu stvoriti i rizik insolventnosti za privredne subjekte. O razmatranju insolventnosti nastaloj za vreme pandemije, kao o objektivnoj nemogućnosti vršenja delatnosti i ispunjavanja obaveza, vid. V. Čolović, „Uticaj pandemije na pokretanje i vođenje stečajnog postupka“, *Pandemija kovida 19: pravni izazovi i odgovori* (ur. V. Đurić, M. Glintić), Institut za uporedno pravo, Beograd 2021, 129-141.

⁵ Ovi ugovorni uslovi su, po pravilu, prilagođeni potrebama strane koja ih je kreirala i oni redovno sadrže ugovorne klauzule o ograničenju ili isključenju ugovorne odgovornosti, poznate i pod nazivom klauzule egzoneracije. Ugovorno ograničenje ili isključenje odgovornosti donosi prednost strani u čiju korist je predviđeno, naročito u situaciji kada za drugu stranu nije ugovoreno isto pravo. Jasno je da se u tom slučaju narušava ravnoteža međusobnih ugovornih davanja i da strana koja je kreirala tipski ugovor koji sadrži takve pogodbe ostvaruje povoljnosti, često i na štetu druge strane koja je te uslove prihvatila.

⁶ S. Vukadinović, *Opšti uslovi poslovanja u obligacionom i međunarodnom trgovinskom pravu: pojam, zaključenje, tipične klauzule i kontrola*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu, 2019, 256.

koja na širokoj osnovi pravi osnovnu trodeobu na: (1) klauzule o isključenju, izmeni i sužavanju pojedinih ugovornih obaveza; (2) klauzule o okolnostima koje sprečavaju izvršenje ugovora i eliminišu ugovornu odgovornost i (3) klauzule o isključenju i ograničenju odgovornosti u slučaju postojanja krivice.⁷ Detaljniju podelu daje profesor Aleksandar Ćirić, pored izložene trodeobe za koju konstatuje da je posebno naglašena u domaćoj pravnoj literaturi, izdvaja tri kriterijuma podela klauzula egzoneracije: (1) prema obimu oslobođenja od odgovornosti vrši se podela na klauzule o isključenju i ograničenju odgovornosti; (2) prema stepenu određenosti oslobađajućih okolnosti razlikuju se specijalne (kod kojih se okolnosti nabrajaju - npr. rat, poplava, požar, štrajk, lokaut, embargo, sneg, karantin itd.) i generalne klauzule (kod kojih se na uopšten način predviđa oslobođenje ili ograničenje od odgovornosti, te se one najčešće sreću kao dodatak specijalnim klauzulama, tako što se posle njihovog nabiranja dodaje izraz „i sve druge okolnosti iste vrste” i sl.); (3) prema kriterijumu vremenskog trajanja oslobođenja, mogu se razlikovati klauzule koje trajno oslobađaju i one koje odlazu dejstvo odgovornosti (npr. elementarna nepogoda ograničenog trajanja), a kao tri posebne vrste klauzula egzoneracije izdvaja: (a) odredbe ugovora kojima se teret dokazivanja (*onus probandi*) prebacuje sa ekonomski jače na ekonomski slabiju stranu; (b) klauzule kojima se ograničava odgovornost do određenog iznosa (na primer, za svaki dan docnje sa isporukom robe, prodavac je dužan da plati ugovornu kaznu u visini od 0,005%, ali ne više od 8% od vrednosti predmeta isporuke) i (c) poseban vid egzoneracije kod tzv. „ugovornog proširenja pojma više sile” kada svojom saglasnošću ugovorne strane vrše izmenu pojma više sile tako što za njeno dejstvo vezuju i obične, svakodnevne pojave, kao što je na primer poledica na putu, kiša, sneg, nedostatak deviznih sredstava, teškoće u transportu i sl. a nekada se teži čak sveobuhvatnom proširenju ovog pojma upotrebnom uopštenih izraza, koji obično čine završni deo teksta klauzule, kao npr. „i druge nepredviđene okolnosti koje su van kontrole ugovornih strana”⁸

⁷ D. Mitrović, *Klauzule neodgovornosti u trgovačkoj kupoprodaji sa stranim elementom* (doktorska disertacija), Univerzitet u Beogradu, Beograd 1966, 19-23, koji definiše klauzule neodgovornosti kao sve odredbe ugovora kroz koje ugovorne strane regulišu na za njih povoljniji način svoj položaj u ugovoru u pogledu njihove odgovornosti, s obzirom na vrstu ugovora i njegovo zakonsko regulisanje, i to isključujući ili modifikujući izvesne svoje obaveze ili isključujući ili ograničavajući svoju odgovornost, po svim ili pojedinim obavezama iz ugovora, uz navođenje određenih okolnosti ili bez njihovog navođenja.

⁸ A. Ćirić, „Klauzule egzoneracije u uporednom i međunarodnom trgovačkom pravu”, *Liber amicorum Dobrosav Mitrović* (ur. V. Rakić-Vodinelic, G. Knežević), Službeni glasnik, Beograd 2007, 137-138.

4. Isključenje ili ograničenje odgovornosti?

Posmatrano na konkretnom nivou, na primer, kada su predmet prodaje generične stvari, a prodavac koji je sačinio standardni model ugovora njima obuhvati i klauzulu koja predviđa da će se smatrati da je ispunjenje obaveze postalo nemoguće ako su sve stvari određenog roda koje se nalaze kod njega propale, tada takva klauzula bez sumnje predstavlja klauzulu o isključenju njegove odgovornosti za neispunjenje ugovora na taj način što ugovorom derogira opšte zakonsko pravilo da rod ne propada.⁹ Slično je i kada opšti uslovi sadrže pravilo po kome prodavac neće biti dužan da izvrši predaju robe koja se nalazi u hladnjačama u njegovom specijalizovanom skladištu, ako je ona propala usled kvara na instalacijama.¹⁰

Posebnu vrstu predmetnih klauzula predstavljaju one u kojima ugovorna strana koja samostalno priprema formularni ugovor u njemu ne odredi dovoljno precizno sopstvene obaveze i tako rezerviše za sebe pravo da naknadno, prilikom izvršenja obaveze, učini njeno konačno preciziranje. To postiže na različite načine - na primer: ugovaranjem roka isporuke neodređenim terminima kao što su: „čim bude moguće“, „oko tog roka“ i sl. čime obezbeđuje sebi mogućnost da robu isporuči u trenutku kada je to upravo strani koja je kreirala takvu klauzulu najpogodnije (istovremeno „razmekšavajući“ rokove) ili predvidi odstupanja od ugovorene količine robe u većem procentu nego što je uobičajeno ili ugovori poseban, dopunski rok u kome dužnik može da ispuni svoju obavezu u slučaju da propusti da to učini na vreme itd.¹¹

4.1. Stanje u međunarodnom poslovnom pravu

Isključenje ili ograničenje odgovornosti vrši se i kada formularni ugovori sadrže klauzule koje pomeraju trenutak prelaska rizika za slučajnu propast ili uništenje stvari kod ugovora o prodaji, što može da bude povoljnost za kupca ili za prodavca, u zavisnosti od toga da li rizik prelazi u nekom ranijem ili kasnijem momentu u odnosu na onaj koji je predviđen merodavnim pravom. Ove klauzule su naročito aktuelne u međunarodnom poslovnom pravu, u kome se pitanje prelaska rizika redovno uređuje pozivanjem na INCOTERMS pravila, koje kao transportne klauzule, uređuju i pitanje prelaska rizika.¹²

⁹ I. Jankovec, „Čl. 265.,” *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (gl. redaktor S. Perović), Beograd 1995, 603. Prema čl. 355. ZOO, ako su predmet obaveze stvari određene po rodu, obaveza ne prestaje čak i kad sve što dužnik ima od takvih stvari propadne usled okolnosti za koje on ne odgovara. Ali, kad su predmet obaveza stvari određene po rodu koje se imaju uzeti iz određene mase tih stvari, obaveza prestaje kad propadne cela ta masa.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ D. Mitrović, 62-63.

¹² S. Vukadinović, 257-258.

U praksi međunarodne trgovine, a u vezi sa naknadnim produženjem roka isporuke, odavno je isticano da svi ugovori London Corn Trade Association (sa izuzetkom ugovora za Kanadu i SAD) sadrže odredbu po kojoj se previđa dodatni rok od 8 dana za ukrcaj u odnosu na ugovorom predviđeni, dok sa druge strane svi ženevski tipski ugovori i opšti uslovi predviđaju mogućnost produženja roka isporuke izuzev slučaj kada je rok bitni uslov ugovora (čvrsti rok¹³).¹⁴ U vezi sa opisanim načinima preciziranja izvršenja obaveza, ako dužnik u konačnom preciziranju opštih uslova poslovanja svoju ugovornu obavezu umanju, može se reći da je onda on isključio svoju ugovornu odgovornost za neispunjenje te obaveze.¹⁵

Kada je reč o učestalosti korišćenja ugovornih odredaba o isključenju odgovornosti u odnosu na učestalost ugovornih odredaba o ograničenju odgovornosti, procenjuje se da se u praksi međunarodne trgovine u ugovore češće unose klauzule o ograničenju odgovornosti. Ovakvo stanje stvari se objašnjava time da ove klauzule često bivaju pogođene sankcijom ništavosti, kao i činjenicom su učesnici međunarodnog poslovanja po pravilu dovoljno stručni da prepoznaju takve klauzule i da na njih ne pristanu.¹⁶ Sa druge strane, pojedini autori koji se takođe bave međunarodnim trgovinskim pravom su na stanovištu da su se klauzule i o isključenju i o ograničenju odgovornosti kroz dosadašnju praksu „ustalile, pa je zbog toga pitanje o njihovoj dopuštenosti postalo suvišno“¹⁷, kao i da je opravdanje njihovog ugovaranja (izvedeno iz ideje

¹³ Određivanje čvrstog roka za izvršenje obaveze, smatra se prvim uslovom za nastanak fiksnog ugovora. O nastanku fiksnog ugovora, fiksnog klauzuli, pravnim posledicama zakašnjenja u ispunjenju obaveze kod koje je ispunjenje o roku bitan uslov ugovora i fiksnom ugovoru kod ugovornih odnosa sa stranim elementom: J. Slavnić, *Fiksni ugovor*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerzitet u Beogradu, Beograd 1968.

¹⁴ Vid. J. Vilus, *Tipski ugovori o međunarodnoj kupoprodaji*, doktorska disertacija odbranjena na Pravnom fakultetu Univerzitet u Beogradu, Beograd 1963, 44-45.

¹⁵ S tim u vezi korisno je ukazati na slučaj u kome je građevinsko preduzeće u opštim uslovima poslovanja unelo klauzulu po kojoj se oslobađa odgovornosti za štetu zbog zakašnjenja sa izgradnjom stana, ako do kašnjenja dođe zbog nedostatka stručne radne snage ili pomanjkanja građevinskog materijala. Sud je odlučio da navedni razlozi ne mogu osloboditi građevinsko preduzeće odgovornosti da kupcu stana naknadi štetu nastalu neispunjenjem ugovora o roku. Vid. presuda Vrhovnog suda Hrvatske GŽ br. 1426/71, navedeno prema: D. Mitrović, „Komentar uz član 263.“ *Komentar Zakona o obligacionim odnosima* (redaktori B. Blagojević i V. Krulj), Beograd 1983, 919.

¹⁶ J. Perović, *Standardne klauzule u međunarodnim privrednim ugovorima*, Centar za izdavačku delatnost Ekonomskog fakulteta u Beogradu, Beograd 2012, 125.

¹⁷ A. Ćirić, 148, koji na istom mestu dodaje i da su ove klauzule „stekle pravo građanstva“, ali istovremeno ukazuje i da su moćni poslovni krugovi određenih profesija veoma uspešno, najpre kroz praksu, a kasnije i posredstvom normativne delatnosti, princip autonomije volje doveli do njene suprotnosti, te upozorava da je neophodno imati u vidu

autonomije volje učesnika posla) sadržano u činjenici o sigurnosti u pogledu obima odgovornosti koja se ugovorom u trenutku njegovog zaključenja želi preuzeti, kao i da se time predupređuju eventualni sporovi koji bi mogli biti posledica isključenja ili ograničenja odgovornosti po osnovu zakona ili opštih normi drugih izvora prava.¹⁸

Međutim, u ugovorima koje zaključuju privredni subjekti relativno su češće klauzule o ograničenju, odnosno umanjuju ugovorne odgovornosti (nego klauzule o isključenju odgovornosti). Na primer, predviđanjem da dužnik obaveze odgovara samo za stvarnu štetu, a ne i za izgubljenu dobit, ili ugovaranjem unapred određenog iznosa na ime naknade štete u slučaju da dužnik ne ispuni ugovor. Ovakav dogovor je suprotan principu potpune naknade štete koji prihvata većina pravnih sistema, uključujući i naš ZOO.¹⁹ Razlog zbog koga se ove klauzule tako često koriste, a naročito u međunarodnom poslovnom prometu, jeste činjenica da bi dužnik, bez navedenog ograničenja, bio izložen riziku plaćanja enormnih iznosa na ime izgubljene dobiti, što naročito dolazi do izražaja u slučaju kada iznos moguće štete zbog povrede ugovora u velikoj meri prevazilazi korist koju dužnik ugovorom ostvaruje.²⁰ Ovde treba imati u vidu da je naknada štete zakonsko pravo koje se ugovorom ne može isključiti. To praktično znači da su moguće tri situacije, od kojih u prvoj ne postoji problem ako je ugovornom unapred predviđen iznos na ime naknade štete koji odgovara šteti. Međutim, moguća je druga situacija u kojoj je unapred ugovori iznos na ime naknade štete veći od štete, u kojoj situaciji se postavlja pitanja kakva je priroda iznosa većeg od štete, te se čini da bi se razlika mogla smatrati ugovornom kaznom.²¹ Treća situacija je ona koja je najviše sporna a to je ako je ugovoreni iznos na ime naknade štete manji od štete. U toj situaciji oštećenom ne stoji ništa na putu da od suda potražuje razliku do punog iznosa štete (koju mora dokazati), ali je sa stanovišta teme ovog rada sporno i to što takve ugovorne odredbe mogu neka lica da odvrate od pokušaja da zatraže

da svaki ugovorni odnos, po oceni ovog autora, sadrži motive špekulativnog karaktera, jer svi trguju sa osnovnim ciljem da zarade.

¹⁸ S. Vukadinović, 259.

¹⁹ Čl. 155. ZOO predviđa da šteta obuhvata običnu štetu i izmaklu korist. Šteta je umanjeње nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njenog povećanja (izmakla korist), kao i nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha (nematerijalna šteta).

²⁰ J. Perović, 129, koja ukazuje i da se klauzulama o ograničenju odgovornosti može isključiti odgovornost dužnika i za druge posebne vrste štete, kao što su na primer indirektna šteta i predvidljiva šteta, ali da u tim situacijama može doći do problema u tumačenju i interpretaciji ovih klauzula zbog činjenice da vrste štete u uporednom pravu nemaju ista značenja niti ista terminološka određenja.

²¹ Vid. K. Jovičić, „Odnos ugovorne kazne i naknade štete“, *Odgovornost za štetu, naknada štete i osiguranje*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2017, 223-224.

razliku do potpune nadoknade štete i što sveukupno kod ugovorne strane koja nema potrebno stručno znanje takva odredba deluje da otežava položaj upravo te ugovorne strane koja je prihvatila takvu odredbu sadržanu u modelu ugovora koji je sastavila druga ugovorna strana.

4.2. Stanje u potrošačkom pravu

Dok se na prethodno opisani način može govoriti o učestalosti primene ovih klauzula u ugovornom pravu međunarodne trgovine i o očekivanju da stručnjaci koji se po pravilu angažuju prilikom razmatranja i zaključenja ugovora u međunarodnom poslovanju, prepoznaju ovakve odredbe, situacija je potpuno drugačija u ugovornom potrošačkom pravu. Drugačija situacija je odraz činjenice da potrošači nisu stručnjaci za ugovorne odredbe i da se od njih ne može očekivati da prepoznaju klauzule egzoneracije niti da prilikom zaključenja ugovora sami pravilno razumenju domašaj primene ovakvih ugovornih odredaba. Čak i kada bi se pitanje stručnog znanja za trenutak ostavilo po strani, ostaje drugo pitanje koje bi se moglo označiti kao „specifična pregovaračka snaga“ a koja u potrošačkim ugovorima polazi od stvarnog stanja da potrošač realno nema dovoljno moći niti mogućnosti da izađe na kraj, tj. izbori se pružaocem usluga ili trgovcem, odnosno da izdejstvuje da se takve ugovorne odredbe izostave iz već pripremljenog modela ugovora. Svakako da potrošač koji prepozna klauzule egzoneracije i ne uspe da postigne promenu predloženog teksta ugovora može odbiti da pristupi takvom ugovoru. Međutim, problem postaje uočljiviji onda kada se potrošač obrati drugom prodavcu, pružaocu usluga, odnosno trgovcu koju nudi istu vrstu robe ili usluga a u svom modelu ugovora koristi doslovno ili suštinski iste klauzule o neodgovornosti, od kojih nije spreman da odstupi. Zbog takvih situacija, od značaja a i pomoći (iz ugla potrošača) jeste danas široko razvijena i rasprostranjena regulativa o nepoštenim ugovornim odredbama, koja omogućava da se na one klauzule o neodgovornosti koje predstavljaju nepoštene ugovorne odredbe primene predviđene pravne posledice, koje dovode do otvaranja pitanja punovažnosti, odnosno opstanka ovakvih ugovornih odredaba. Smatra se da su u savremenom okruženju, klauzule egzoneracije neretko sadržane u raznim tipskim i standardnim ugovorima, a naročito onima koji se odnose na: prodaju vozila, televizora, usluge vezane za parkiranje vozila, turističke aranžmane²² sa

²² Kada je reč o opštim uslovima putovanja turističkih agencija, u praksi se moglo uočiti da neki od njih sadrže i klauzule kojima se predviđa zadržavanje određenog procenta cene aranžmana (20-30-50-60%, čak u pojedinim situacijama i 100% iako putnik ne koristi uslugu putovanja) od strane organizatora putovanja, u zavisnosti od broja dana pre putovanja kada putnik otkaže putovanje, tj. izjavi da raskida ugovor. Ovakav pokušaj oslobođenja obaveze vraćanja cene u slučaju raskida ugovora, tj. smanjenja obaveze vraćanja cene, predstavlja klauzulu egzoneracije u širem smislu. Pored toga, pojedini opšti uslovi predviđaju da turistička organizacija ne odgovara za političke rizike, nemire, štrajkove i sl. koji mogu

all inclusive uslugom, osiguranje protiv krađa i požara, zdravstveno osiguranje, ugovore o kreditu, usluge mobilne telefonije i sl.²³ Osim navedenih klauzula kojima se u užem smislu ograničava odgovornost dužnika, u raznim standardnim i tipskim ugovorima, sreću se i klauzule kojima se primarno ugovara poseban, tj. ugovorni režim garancije za materijalne nedostatke i funkcionalnost proizvoda, a koji se razlikuje od zakonskog. Ovakve klauzule bi se takođe mogle podvesti u širem smislu pod klauzule o (ne)odgovornosti, naročito onda kada se njima nastoji ugovoriti režim koji se razlikuje od zakonskog. Ukoliko se njima potrošač stavlja u nepovoljniji položaj, takve klauzule takođe mogu biti obuhvaćene pravnim sredstvima koja su danas propisana za nepravične ugovorne odredbe.

5. Granice isključenja ugovorne odgovornosti

Kada se govori o pravnom režimu isključenja ugovorne odgovornosti, treba imati u vidu i činjenicu da mnogi pravni sistemi²⁴, među kojima i naš,²⁵ ne dozvoljavaju klauzule egzoneracije kojima bi se saglasnošću volja (ugovorom) isključila ugovorna odgovornosti za nameru ili krajnju nepažnju, jer ta pravila nisu dispozitivne prirode, te ne ovlašćuju strane ugovornice da postave u vezi sa ovim pitanjem drugačije pravilo za svoj ugovorni odnos, već su imperativnog karaktera.²⁶

Navedeno zakonsko ograničenje koje sadrži naš Zakon o obligacionom odnosima nije specifičnost srpskog prava, već takve odredbe srećemo i u građanskim zakonicima i zakonima drugih država. Tako, na primer, italijansko pravo proglašava nevažećim sve klauzule egzoneracije ugovorene za umišljajnu povredu ugovora ili grubu nepažnju učesnika u poslu;²⁷ Građanski zakonik Ruske Federacije u članu 400. predviđa da je sporazum o isključenju ili ograničenju

nastati u inostranstvu i usled kojih nije moguće realizovati ugovoreni program putovanja, što se takođe može smatrati klauzulom egzoneracije. Vid. S. Vukadinović, 259-260.

²³ G. Alpa, „Standard Contract Terms: The Role of the Courts and Moral Persuasion by Independent Authorities”, *Standard Contract Terms in Europe: A Basis for and a Challenge to European Contract Law*, (ed. H. Collins), Kluwer Law International BV, The Netherlands 2008, 86.

²⁴ Nacionalni pravni sistemi, po pravilu, propisuju domašaj mogućnosti ugovornog isključenja ugovorne odgovornosti u smislu da postavljaju granice te mogućnosti i to, u zavisnosti od vrste i stepena nepažnje, odnosno krivice.

²⁵ Srpsko zakonodavstvo i to konkretno čl. 265. st. 1. ZOO, sadrži eksplicitnu odredbu da se odgovornost dužnika za nameru ili krajnju nepažnju ne može unapred ugovorom isključiti. Osim ove odredbe, treba reći i to da sud može na zahtev zainteresovane ugovorne strane poništiti i ugovornu odredbu o isključenju odgovornosti za običnu nepažnju, ako je takav sporazum proizašao iz monopolskog položaja dužnika ili uopšte iz neravnopravnog odnosa ugovornih strana. Vid. čl. 265. st. 2. ZOO.

²⁶ Vid. S. Vukadinović, 260.

²⁷ Čl. 1229. Građanskog zakonika Italije.

odgovornosti dužnika u ugovoru u kome je poverilac fizičko lice (građanin), koji istupa u ulozi potrošača – ništav, a prema pravu Bugarske, a slično i Češke, poverilac i dužnik su u obavezi da se pridržavaju uzajamnih obaveza uz poštovanje morala i savesnosti, a realizacija prava koja su suprotna principima trgovačkih odnosa ne uživa pravnu zaštitu.²⁸

Kada je reč o covid 19 kao potencijalnom razlogu za oslobođenje od odgovornosti, ono otvara prethodna pitanja, među kojima je prvo dilema da li pandemija koju je izazvao ima, pravno posmatrano, karakter više sile ili promenjenih okolnosti. Odvojeno je pitanje koje se takođe može posmatrati kao prethodno da li određeno nacionalno pravo (koje se primenjuje kao *lex contractus*) poznaje zakonski pojam više sile, jer ako poznaje onda je on određen zakonom, ali ako pojam više sile nije određen zakonom,²⁹ imajući u vidu činjenicu da ne poznaju sva nacionalna zakonodavstva višu silu kao (opšti) pravni pojam, to bi onda u tim pravima moglo da otvori mogućnost stranama ugovornicama da u svom ugovornom dokumentu uredi, tj. odrede i pobroje situacije koje oslobađaju od odgovornosti, što bi učinilo izvesnijom sudbinu ugovora kada nastupi opisana situacija.³⁰ Sa druge strane, čini se nespornim da mere koje su nacionalne države donosile u pogledu ograničenja kretanja a koje su bile prinudnog karaktera, možemo posmatrati kao objektivne razloge³¹ koji sprečavaju ispunjenje ugovorne

²⁸ Za uporednopravna rešenja o klauzulama egzoneracije: A. Ćirić, 139-144.

²⁹ Neka nacionalna zakonodavstva koriste višu silu, dok u drugim nacionalnim zakonodavima u kojima ovaj pojam nije zakonom određen, postoji oslobođanje od ugovorne odgovornosti zbog nemogućnosti ispunjenja ugovora ili kao poseban pojam ili kao prepoznavanje situacija koje oslobađaju dužnika od odgovornosti.

³⁰ U srpskom odštetnom pravu, prof. dr Marija Karanikić Mirić grupiše čitav niz mehanizama koji imaju za cilj za ograniče odgovornost za štetu kada je to opravdano, u sledeće kategorije: (1) voljno, sudsko i zakonsko ograničenje odgovornosti, (2) vremensko ograničenje, (3) ograničenje u pogledu osnova, (4) identiteta oštećenika i odgovornog lica, (5) vrste štete, (6) iznosa dugovane naknade, zatim (7) posebni slučajevi isključenja odgovornosti, kao i (8) gubitak prava na naknadu štete usled povrede dužnosti obaveštavanja. Vid. M. Karanikić Mirić, „Ograničenja odgovornosti za štetu u srpskom pravu“, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* 1/2012, 271.

³¹ U tom smislu su i stanovišta iz naše sudske prakse, kako novije, tako i starije. Tako, Vrhovni kasacioni sud u presudi Prevl. br. 137/2015 od 03. 12. 2015. god. zauzima stav: „Samo pozivanje na svetsku ekonomsku krizu kao višu silu i opštepoznatu činjenicu, bez konkretnih dokaza o razlozima neispunjenja obaveze nije dovoljan dokaz da se tuženi oslobodi odgovornosti za neispunjenu obavezu“, a Viši privredni sud u Beogradu u presudi Pž. br. 6381/95 od 15. 11. 1995. godine navodi: „Tuženi nije bio u mogućnosti da izvrši uvoz određene robe iz Nemačke, carinjenje i stavljanje robe na raspolaganje tužiocu, zbog međunarodnih sankcija prema SRJ zbog čega je odbijen zahtev tužioca za naknadu štete.“ Vid. B. Jevđić, „Isključenje i ograničenje ugovorne odgovornosti u srpskom pravu“, *Srpska politička misao* 04/2017, 202.

obaveze ili je odlažu za vreme dok su te mere na pravnoj snazi.

U svetlu razmatranja teme ovog rada, čine se razumnim preporuke Evropskog pravnog instituta iz Beča³² koje idu za tim da, neulazeći u pravni karakter kovida19, praktično reše situaciju uz angažovanje i saradnju obe ugovorne strane, tako što sugerišu ponovne pregovore i „redefinisanje“ ugovora.³³

Iako se postavilo pitanje da li je ugovorno pravo imalo odgovarajuća rešenja za uticaj pandemije kovida 19 na pitanja ugovorne odgovornosti i naknade štete, odgovor na pitanje nije nužno tražiti samo u tekstu ugovora, već i u zakonskim pravilima merodavnog prava za taj ugovor. Ako pođemo tim putem, onda primenom istorijskopravnog metoda možemo lako uvideti da se pravo i do sada nalazilo u relativno sličnim situacijama, naročito onda kada dođe do ratova, pa se rešenje može tražiti i u domenu tehnika tumačenja, odnosno eventualno popunjavanja pravnih praznina.

6. Zaključak

Nakon svega iznetog, čini se da ugovorno „naglašavanje“ razloga za isključenje i ograničenje ugovorne odgovornosti u domenu koji se odnosi na covid19 i oružanih sukoba nije neophodno i to iz najmanje dva razloga. Prvi je taj da su ove okolnosti, po pravilu, već predviđene odgovarajućim pravnim institutima u nacionalnim građanskim zakonicima i zakonima, a to su pre svega viša sila i promenjene okolnosti. Drugi je razlog taj da pokušaj da se izdejstvuje neodgovornost u domenu koji je neprimeren ili nekorektan

³² European Law Institute, Vienna, <https://www.europeanlawinstitute.eu/>. ELI je pripremio 17 principa u vezi sa krizom covid-19, u okviru kojih se princip broj 13 odnosi na pitanje više sile i poteškoća u izvršenju.

³³ Konkretno, princip 17 sadrži tri preporuke: (1) Tamo gde je izvršenje ugovora privremeno ili definitivno sprečeno direktno ili indirektno zbog epidemije covid-19 ili odluka koje su države donele u vezi sa epidemijom covid-19, države bi trebalo da obezbede da postojeća zakonska pravila o nemogućnosti (izvršenja) ili višoj sili budu primenjena na efikasan način i da pružaju razumna rešenja. Naročito, ugovorna raspodela rizika u ovim slučajevima treba da se proceni u svetlu postojećih ugovora, pravnih režima kojima pripadaju i načela savесnosti i poštenja. (2) U situacijama u kojima je kao posledica covid-19 krize i mera preduzetih tokom pandemije, izvršenje postalo preterano teško, uključujući i kada su troškovi izvršenja značajno porasli, države bi trebalo da obezbede da, saglasno načelu savесnosti i poštenja, ugovorne strane stupe u ponovne pregovore čak i ako to nije bilo predviđeno ugovorom ili postojećim zakonskim propisima. (3) U skladu sa principom solidarnosti, države bi trebalo da obezbede da posledice poremećaja ugovornih odnosa, kao što je otkazivanje putnih aranžmana, ne bi trebalo da budu na rizik samo jedne strane, naročito ako je to potrošač ili malo ili srednje preduzeće. Vid. European Law Institute, *ELI Principles for the COVID-19 Crisis* (Consolidated Version of the 2020 ELI Principles for the COVID-19 Crisis and the 2021 Supplement), Vienna 2021, 10.

danas dolazi pod udar nepoštenih ugovornih odredaba, te postoji rizik da bi takva ugovorna odredba o isključenju ugovorne odgovornosti bila pogođena sankcijom ništavosti, a njen sastavljač rizikuje da bi mogao da se, ukoliko ih primenjuje (masovno) u svojim tipskim i standardnim ugovorima, nađe na listi subjekata koji primenju nepoštenu poslovnu praksu i nepoštene ugovorne odredbe što bi, šire posmatrano, štetilo njegovoj reputaciji, odnosno negativno se odrazilo na poslovni ugled, koji jeste jedna od relevantnih okolnosti koje subjekti razmatraju i uzimaju u obzir kada, saglasno slobodi ugovaranja, biraju saugovarača. Treće, čak i da takva ugovorna odredba o isključenju odgovornosti nije pogođena sankcijom ništavosti, mnogi nacionalni propisi, poput našeg ZOO sadrže odredbe imperativnog karaktera, saglasno kojima nije moguće isključiti odgovornost za nameru i grubu nepažnju.

Iako zakoni i zakonici po pravilu poznaju zakonske institute pod koje je moguće podvesti ratove i situacije poput pandemije kovida 19, ukoliko se uzme u obzir i činjenica da je moguće da će biti potrebno dokazivanje pravilnosti njihovog podvođenja pod zakonsku normu (npr. o višoj sili ili o promenjenim okolnostima), to može podrazumevati ili čak zahtevati i ulogu suda što celu situaciju može ne samo vremenski produžiti (naročito u situacijama ograničenog postupanja ili nekada i faktički potpune nemogućnosti postupanja suda ili značajno otežanog rada), već učiniti da je ishod do pravosnažnosti odluke neizvestan. Suprotno tome, ukoliko su konkretne i realno zamislive situacije, odnosno osnovani i opravdani razlozi koji za posledicu imaju neodgovornost, izričito predviđeni tekstom ugovora u vidu ugovorne odredbe, to može obema stranama olakšati situaciju, a posebno je učiniti i izvesnom u raznim situacijama u koje se može doći tokom faze izvršenja ugovora, koja po svojoj prirodi uvek podrazumeva određeni nivo neizvesnosti i rizika. Zato, ovakve ugovorne odredbe mogu biti korisne, u smislu da se izbegnu sporovi, ali da ne bi bile iznenađujuće, treba da budu predmet brižljivog razmatranja obeju strana, tj. preporučljivo je da budu obuhvaćene pregovorima i da su rezultat suštinske oglasnosti volja ugovornih strana. Dakle, iako postoji rizik da ove odredbe budu nepoštene po jednu i to u praksi slabiju ugovornu stranu, one mogu biti i korisne a to je uglavnom onda kada su ugovorne strane približno jednake snage (i po znanju i po finansijskim mogućnostima). To još jednom ukazuje da je u i turbulentnim vremenima, ako je to moguće, mudrije unapred odvojiti vreme za sastavljanje ugovora i ukazuje da uloga pravnika i advokata treba da bude i u preventivnom delovanju, a ne samo onda kada već dođe do spora, koji sam po sebi već podrazumeva štetu, a koja se tokom trajanja postupka može i uvećavati. Ovo naročito u savremenim okolnostima, u kojima su masovni ugovori dobili svoj sistemski izraz kroz standardne ugovore, pa ovakvi sistemski događaji, kakav predstavlja i pandemija kovid 19 ali i oružani sukobi, zahtevaju i sistemsko rešenje. Pojedini pravnički centri već su ponudili određena rešenja u vidu preporuka, kao što je npr. princip 17 za kovid 19 krizu, koji je formulisao Evropski pravni institut iz Beča.

Uz sve prethodno navedeno, ne treba zaboraviti ni to da vanredni događaji, kakav je pandemija i kakvi su oružani sukobi imaju i širi i sistemski uticaj na pravo, i to ne samo u domenu rešavanja pitanja ugovorne odgovornosti za konkretan ugovor, već mogu dovesti i do dodatnog rizika od insolventnosti jedne od ugovornih strana, što uz očekivano usporavanje (a nekada i prekid) rada sudova tokom ovakvih događaja, može praktično biti i od većeg značaja.

To nas još jednom „vraća na početak“ – tj. na načelo slobode ugovaranja i autonomije volje, jer ako su strane ugovornice postigle saglasnost volja o tekstu ugovora, one mogu sarađivati i u vanrednim događajima pregovarati kako da zajednički, npr. aneksom ugovora, reše pitanje i ukoliko je to potrebno i izmene ugovor, odnosno da urede pitanja koja su otvorile vanredne ili izuzetne okolnosti na način da obe ugovorne strane prilagode svoja očekivanja „novoju realnosti“, jer bi insistiranje jedne od strana na svojoj ugovornoj poziciji koja je zasnovana u značajno drugačijim okolnostima koje se nisu mogle predvideti bilo suprotno osnovnim načelima ugovornog prava, a pre svega načelu savesnosti i poštenja.

* * *

CONTRACTUAL AND LEGAL REGIME OF EXCLUSION AND LIMITATION OF CONTRACTUAL LIABILITY

Summary

The paper is based on contractual and legal grounds for exclusion and limitation of contractual liability. The focus of the paper are the questions raised regarding the clauses of limitation and exclusion of liability, from their classifications to their reach. Their application in international business and consumer law is also considered in terms of which clauses are more common – clauses for exclusion or limitation of liability. In that light, the comparison is made whether it is necessary, justified and useful to explicitly mention the Covid-19 and armed conflicts in contractual clauses, especially in standard contracts, to the possibility of qualifying them under the notion of vis major and changed circumstances as prescribed in laws. Depending on the way how the reasons for exclusion and limitation of contractual liability are defined, the risks of qualifying those clauses as unfair contractual provisions that could be affected by sanctions of nullity are examined. In the final part, the limits of exclusion of contractual liability are examined, bearing in mind that many national regulations, such as Serbian Law on Obligations, contain provisions of imperative character, according to which it is not possible to exclude liability for intent and gross negligence.

Keywords: contractual liability, exemption from liability, exclusion of liability, clauses of limitation and exclusion of liability, vis major, changed circumstances.