

Проф. др БРАНКО МОРАИТ

# **ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО**

Књига прва

Бања Лука, 1997. г.

Проф. др БРАНКО МОРАИТ

ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО Књига прва /Облигације и уговори/

Рецензенти:

Проф. др Марко Рајчевић

Проф. др Никола Мојовић

Лектор: Слободан Савић

Компјутерска обрада: "Атлантик ББ"

Издавач: "Атлантик ББ"

За издавача: Бранислав Галић

Штампа: "Атлантик ББ"

Тираж:

500 примјерака

CIP - Каталогизација у публикацији

Народна и универзитетска библиотека "Петар

Кочић", Бања Лука

UDK					
347.4(075.8)					
МОРАИТ,					
Бранко					
Облигационо право	]		М		
/		ранко	ораит.	Бања	
Лука	:	199	Лука	:	
Атлантик ББ,	7 (Бања	Атлантик			
ББ). - 362 стр. ;					
24 цм					
Тираж 500					
ISBN	86-				
82951-02-9					

# ПРЕДГОВОР другом издању

Титаж првог издања Облигационог права (књите прве и друге) исцрпљен је крајем 2006. године. Облигационо право-књига прва из штампе је изашла 1997., а Облигационо право-књига друга 1999. године. Требало је десетак година да се исцрпи невелики тираж обе књиге од којих је прва штампана у 500, а друга у скромних 300 примјерака. За ову дуговјечност скромног тиража књиге аутор сматра одговорним пиратерију на подручју универзитетске књиге, јер је свједок да је књига умножена фотокопирањем у безброј пиратских примјерака.

Упркос таквим неприликама аутор је сматрао да треба и даље да ради на новелирању ове књиге те је приступио припремама за штампу овог, другог издања захваљујући иницијалној донацији Градске скупштине Града Бања Лука и сусретљивости господина Пере Вукелића власника и директора штампарије «Графопапир» из Бања Луке.

У првој књизи измјене се састоје у извјесним скраћењима текста, а унесен је текст «додатка» из друге књиге који обрађује питање престанка облигација без испуњења. Незнатне допуне текста извршене су ради појашњења појединих наставних питања. Ове измјене најчешће се односе на додавање дефиниција појединим појмовима и институтима.

У другој књизи извршена су значајнија проширења и појашњења текста-Изолагање које је носило наслов:» Могућност примјене члана 269. ЗОО» премјештено је с почетка на крај текста о проузроковању штете и задржано је као полицај студентима за њихова властита истраживања у питању односа деликтне и уговорне одговорности.

Измјене и допуне осталих дијелова текста у другој књизи су извршене ради стандардизације излагања како би се студентима и другим заинтересованим читаоцима пружиле основне, јасне и довољне информације о свим важним питањима модерног облигационог права. На овај начин су се настојала смањити одступања и разлике у односу на традиционални начин излагања ове материје који срећемо код наших истакнутих теоретичара. При томе нисам оклијевао да користим закључке других научника односно теоретичара када ми се чинило да имају тежину и ауторитет.

Заједно са Практикумом овај материјал ће студентима који изучавају Облигационо право послужити за лакше праћење предавања, активно учешће у практичним вјежбама, припремање семинарских радова, колоквија и завршних провјера знања.

Мотивација за рад на изучавању стручног правног предмета какав је Облигационо право мора бити усмјерена ка једном, даљем циљу, а то је способност креативне примјене знања. Успјех студената на студијама у циљу овладавања знањем, како јучер тако и данас, није се могао довољно измјерити оцјенама у индексу, стицањем папирнате дипломе, па чак ни апсорбованим знањем, колико је пресудно мјерило било, јесте и остаће способност креативне примјене знања. У том циљу утврђивања способности креативне примјене знања студенти су обавезни приступити тестирању које је могуће научно засновати и њиме егзактно утврдити овај основни параметар студентске успјешности студија Облигационог права. Овако добијени показатељи свједочиће о томе колико су они сами оспособљени за своје будуће занимање, свој животни позив, што ће се,

сразмјерно одразити и на њихове оцјене као и на успјешност наставника и сарадника у својој научно-едукативној дјелатности.

# ОПШТИ

## ДИО

### Глава прва

## УВОД У ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО

### Појам облигационог права

Облигационо право је грана права која систематски уређује (нормира) облигационе односе. Облигационо право као грана права дио је грађанског права као правне области. Као правну област грађанско право можемо поистовјетити са приватним правом. У правном жаргону грађанско право се ставља у однос сразмјерности према кривичном праву. То се вјероватно чини због значаја ове двије гране права за правничко образовање и правничку праксу. Међутим, кривично право је дио јавног права као правне области и у односу на цјелокупно грађанско право као правну област кривично право је само једна грана јавног права.

Као грана грађанског права облигационо право јавља се као позитивно право, јер је скуп норми које регулишу међусобне односе учесника или субјеката у облигационим односима (облигацијама). С друге стране, облигационо право је и грана правне науке која се научном методологијом бави проучавањем ових правних односа. Најзад, као едукативна дисциплина, облигационо право је у склопу правних студија стручни правни предмет. Као грана позитивног права облигационо право се пише малим почетним словом, а као научна дисциплина Облигационо право се пише великим почетним словом.

Постоји и подјела на објективно облигационо право или облигационо право у објективном смислу, што значи скуп нормативних правила донијетих од надлежног органа у легислативном поступку; и субјективног облигационог права или облигационог права у субјективном смислу, као скуп овлашћења и захтјева који припадају одређеном лицу (титулару) и признаје се од стране објективног права и органа заштите права. Различита значења ријечи *ius* позната су правницима образованим на темељима Римског права. Они су јасно разликовали «објективно» од «субјективног» права, *norma agendi* (правило дјеловања) од *facultas agendi* (право на дјеловање). Оба ова појма се могу означити истим термином *ius*. У енглеском за ова два појма користе се и два термина: за «закон», «право» *law*, а за појединачно право *right*.<sup>1</sup>

Облигационо право је динамичан дио грађанског права, за разлику од стварног права, које штити статистику присвајања. Облигационо право оправдава прелаз добара (имовинских права) из имовине једног лица у имовину другог, а служи и успостављању поремећене имовинске равнотеже. Често се говори да оно

---

<sup>1</sup> Алесандро П. Д'АНТРЕВ: «Природно право», ЦИД, Подгорица, 2001, стр. 64.: »*Facultas agendi* постоји само ако постоји *norma agendi*. Субјективно право (*right*) постоји само уколико постоји објективно право, то јест закон (*law*).» Ово је становиште које прихвата модерна Теорија права у оквирима националних правних поредака. Позитивно, објективно право је једина средина у којој се може оживотворити субјективно право.

правно интерпретира промет роба и услуга, односно робноновчани промет, и санирање поремећених вриједности.

## **Предмет облигационог права**

Предмет облигационог права у објективном смислу су облигациони односи (облигације). Облигациони односи су правни односи између двију страна (на свакој страни може бити и више лица) у којима једна страна односа има повјерилачка овлашћења (субјективно облигационо право- тражбину) да захтијева од друге стране (дужничке или дужника) одређено понашање (дуг или обавезу) на које је дужничка страна, према садржају облигације, присиљена. Облигациони односи у стварности нису тако апстрактни, јер су везани са одређеним економским законитостима и са правним основима из којих настају. Уговор није тако апстрактан појам као облигација. Али облигације у стварности не настају из уговора већ из појединог уговора, као што је нпр. продаја, зајам, остава и др. Да би изразило свој предмет облигационо право је развило и одговарајућу терминологију која потиче из римског права : *obligo, obligare, obligatio*; обвезно право, тражбено право, дуговинско право, лично право. Сви ови изрази који желе прецизирати предмет облигационог права су или непрецизни, као што је то израз обвезно право, који значи обавезно или облигаторно право или израз лично право, јер означавају нека од обиљежја која важе за сва права у правном систему. Други појмовни изрази су преуски; тражбено право има у виду само дио облигације - субјективно право повјериоца, а дуговинско право има у виду само обавезу дужника. Закон о облигационим односима тежиште је поставио на цјелину дужничко- повјерилачког односа.

## **Значај облигационог права**

Цивилизовани свијет је незамислив без облигационих односа. С правом се истиче да су облигациони односи најчешћи правни односи уопште, а поготово грађанског, имовинског права, чији су најобимнији дио. У облигационом праву не вриједи систем енумерације права, као што то важи у стварном праву. Могућа су само општа правила која покривају неограничен број разноврсних појавних облика. Вриједност таквих општих правила је у њиховој општости чија увјерљивост, правничка оправданост и техничка минуциозност служе многим гранама права као узор за свако регулисање дужничко-повјерилачких односа. И у бившој социјалистичкој етапи југословенског права, облигационо право је показало своју виталност упркос grubим покушајима да се волунтаристичким нормативизмом промет између друштвених правних лица уреди на натуралној основи и да економска размјена истисне правни промет. Такве и сличне идеолошке бесмислице нанијеле су огромне штете друштву и праву, али на облигационо право нису озбиљније утицале. То вјероватно треба благодарити дотадашњој универзалности, изграђености и проучености, као и теоретичности облигационог права, које се сликовито назива "правном математиком". Као наставна дисциплина за стручно образовање будућих правника има фундаментални значај. Упознаје будуће правнике, непосредно, са основним принципима правничког мишљења, технике примјене права и правилним

аргументисањем правних ставова. Непознавање основних принципа и установа грађанског облигационог права условљава неразумијевање читавог низа апликативних (примијењених) дисциплина, које су се развојем издвојиле, као што су: привредно облигационо право, међународно приватно и међународно привредно право, право вриједносних папира, туристичко право, стамбено право и др. Облигационо право као научно-наставна дисциплина је "опште право" тако што његови принципи, конструкције, установе, правила и интерпретације норми постају релевантни за све изведене дисциплине и имају за њих супсидијарну важност. Правила и систем норми облигационог права су као исклесани, природно и складно дати и коректно формулисани и узор су свим осталим правним гранама. Највиши домети правничког мишљења су брусиле принципе и норме ове гране права. Можда за такав квалитетан ангажман правничке мисли треба захвалити економским интересима друштвених субјеката и њихову животну заинтересованост за квалитетом норми ове гране права. Чврсте су координате интерпретатора норми облигационог права и утабани су многи широки путеви са којих се не може лако изгубити и залутати. Појмовна терминологија облигационог права не допушта лаицизам и олакшава саобраћај међу правним стручњацима. Понављамо, облигационо право је фундаментална едукативна област, стручни правни предмет без којег је незамисливо опште образовање правничких кадрова. С друге стране, животност облигационог права потврђује пребогата судска пракса без премца по богатству рјешења и публикованих извода у нашој правној публицистици.

### **Развој облигационог права**

Облигационо право није окамењена, догматизована појава. Оно се дијалектички прилагођава социјалним условима. То прилагођавање је историјска појава. Оно се не прилагођава појединцима или волунтаризму друштвених група и центара моћи, него владајућим облицима друштвене производње. Као историјска категорија у дијалектичком процесу не може се одбацити чак ни хипотетичка претпоставка његовог историјског докинућа. Међутим, оно што је битно је да се оно не може декретом укинути. Стварна економска ситуација и објективни економски закони дјелују елементарном снагом чак и у историјским етапама када "субјективне снаге" идеолошким средствима настоје мијењати стварност. Али, како каже Црњански у "Дневнику о Чарнојевићу" : "Живот се не мијења, он пролази." Тако, нпр. начело монетарног номинализма у условима кризе и инфлације не може се оцијенити као оптимално рјешење, јер противрјечи стварним условима. Под ударом стварности многи постулати уговорног права, почев од слободе уговарања, принципа да је уговор закон за странке којег се треба стриктно придржавати или принципа реалног извршења уговора; ширењем поља примјене тзв. објективне одговорности, као и увођењем превенције у област отклањања тзв. "еколошких опасности", до стварања нових именованих уговора о туристичким услугама, факторингу и сл. представља обликовање облигационог права како римски или средњовјековни правник тешко може замислити. У периоду бившег социјалистичког система постојање тзв. "друштвене својине" значајно је утицало на облигационе односе. Негирање друштвене својине као права својине, захтијевало је да се облигациони односи

томе не супротстављају. Поред тога, у условима инфлације не долазе до изражаја основни постулати облигационог права, као што су равноправност странака и слобода уговарања. Многи посебни закони су доношени као интервентне Мјере економско-политичког, а не правног карактера (нпр. ревалоризације) које се према уговарачима односе не као "промијењене околности" јер њихово дејство морају да трпе уговорне странке као вишу силу. У бившем социјалистичком периоду умјесто лица у праву (физичких и правних) као заједничког називника за све могуће субјекте облигационих односа посебно су се издвајала "друштвена правна лица" захтијевајући и добијајући за себе привилегован режим. Након пропасти самоуправног социјалистичког друштва, измјенама ЗОО, као једини субјекти облигација остала су лица (физичка и правна). Дуализам, па чак и тријализам субјеката облигационих односа, тј. њихова идеолошко-политичка, а не правничка подјела на појединце, друштвена правна лица и грађанска правна лица превладана је у потпуности.

### **Метод облигационог права**

Под методом облигационог права можемо подразумевати метод законског уређивања облигационих односа, али и научни метод проучавања тих односа као и метод примјене правила (норми) облигационог права у судској пракси. Под методом облигационог права подразумева се, првенствено, начин на који ова грана права уређује друштвене односе. Метод облигационог права као правне науке, као и питања интерпретације и примјене норми колегинице и колеге су могле упознати студирајући предмет Теорија права, а са овим методом могу се упознати и на практичним вјежбама из облигационог права кориштењем практикума.

Уређивање облигационих односа почива на неколико принципа који су постављени међу основна начела ЗОО. На првом мјесту то је начело јединства правила облигационог права. Овдје се ради о превазилажењу дуализма правила облигационог права, а не на територијално важење Закона. До ступања на снагу ЗОО за привредне субјекте су донесена посебна правила облигационог права, јер су они обављали важне послове робног промета, а општа правила су важила за грађане и њихове међусобне, грађанско-правне, облигационе односе. ЗОО се руководио идејом уједначавања, унификације свих тих подијељених правила и предлагањем прихватљивих формула за све субјекте (лица) полазећи од тога да се ради о истовјетним правним односима и да их треба уредити истим правилима.

Као друго основно начело ЗОО које можемо узети за темељно методолошко упутство код уређивања облигационих односа је начело диспозитивности законских норми. Норме ЗОО су диспозитивне у том смислу што су дате на располагање (диспозицију) субјектима који, зависно од својих интереса, изражавају своју вољу и заснивају своје облигационе односе онако како те норме прописују, с тим да могу од њих одступати и своје односе уредити и другачије. Обично се такве норме граматички препознају по, у датом контексту употребљеној ријечи "могу", за разлику од императивних норми код којих је нагласак на "морају" или "дужни су". Дакле, и у облигационом праву постоје императивне норме које се односе, рецимо, на уређивање облигационих односа

насталих из основа проузроковања штете. Међутим, као и сваки правни однос и облигациони однос садржи и овлашћење (са захтјевом) и обавезу. Темелно овлашћење из облигационог односа је субјективно облигационо право. Овлашћење из субјективног облигационог права не тјера повјериоца да мора вршити своје овлашћење. Иза његове одлуке стоји његов индивидуални интерес који се трећих и друштва не тиче. Он може да врши своје право, али и не мора то да чини и нико га не може натјерати да чини оно што неће. У непосредној вези са слободом диспонирања или страначком диспозитивношћу јесте право на тужбу, које носиоцу овлашћења из облигационог права стоји на располагању (диспозицији), а од његове суверене одлуке зависи да ли ће га користити или не. Најзад, по питању метода значајно мјесто заузима воља самих субјеката код формирања облигационих односа. Јер, слобода уговарања, која произлази из начела аутономије воље сматра се основним разлогом, извором облигационих односа. Воља је иначе основни стваралац правне норме, а у овом случају то је појединачна воља, односно саглашавање појединачних воља најмање двије стране иза којих стоје индивидуални, појединачни интереси. Значи да се у облигационом праву, тј. у добром његовом дијелу, правни однос између двије стране не формира само посредовањем опште воље законодавца, него се мора непосредно изразити од законодавца призната правотворност појединачних сагласних воља. Ова слобода је везана и за слободу располагања, за промет облигационих права која су, као претежно имовинска, прометљива и нису "срасла" за личност титулара, како су то претежно лична права. Поред облигационих односа који настају саглашавањем појединачних воља страна, постоје и признати су од законодавца и они који настају супротно вољи једног од субјеката (обавеза на накнаду штете) а некад и независно, мимо воље страна, као што је то код пословодства без налога или неоснованог обogaћења. Постоје и облигациони односи који настају изјављивањем воље на обавезивање само једног субјекта, изјавиоца воље. Али и у свим овим случајевима правно признатог метода формирања облигација кориштење права на тужбу је везано за слободу избора титулара права и његову слободу диспонирања појединачним правима.

### **Историјски развој облигационог права**

Облигационо право историјски се може посматрати према његовом мјесту и улози у разним, глобалним, друштвено-економским формацијама. Како је облигационо право везано за одређене друштвено-економске услове и економске законе најчешће се оно повезује са оним друштвено-економским формацијама у којима су "владали" робноновчани односи и дјеловао закон вриједности. Стога се постојање и функционисање облигационог права може причинити као ванисторијска категорија, што је, наравно, немогуће, али је тај привид могућ јер облигационо право познају све досадашње глобалне друштвено-економске формације. За економске законитости утврђено је да су нужни односи независни од људске воље и да су реална основа за духовну надградњу (дакле и право) а да се ствари не могу посматрати обрнуто. По дуго кориштеној типологији друштвене формације дијеле се на: азијски, антички, феудални и буржоаски начин производње. За сваку од ових формација карактеристично је, више или мање, функционисање облигационих односа. За

све ове историјске друштвено-економске формације истиче се да су "антагонистичке" по "друштвеним животним условима индивидуе".

Код нас се уобичајило да се студиј права започиње студијем римског права, као репрезентативног представника античких права.

Феудализација робовласничког друштва као и феудализација која почива на другачијим темељима доводи до "неужних услова производње" у којима се губи стварна, економска потреба за развијањем облигационих односа. Замирање трговине, враћање на натуралну привреду, потчињеност људске индивидуе и кметски положај нису амбијент погодан за развој облигационог права. Ради се о једном ретроградном историјском процесу у којем се са робноновчаних односа друштво враћа на натуралну производњу.

Буржоаска или капиталистичка друштвено-економска формација најпогоднија је реална основа за развој и примјену облигационог права. Рецепцијом римских правила облигационог права, тј. њиховом прилагођавању и преформулацији новим друштвено-економским условима и датом, "неужном" начину производње, достиже се највиша тачка у историјском развоју и друштвеној функцији облигационог права.

За то се стичу и погодни правни услови. Афирмише се право приватне својине као индивидуално и универзално субјективно право. Сви грађани су формално слободни и формално власници, тј. потенцијални власници. Мада је велика француска буржоаска револуција на заставу револуције ставила "слободу, једнакост и братство", између слободе и једнакости не може се поставити знак једнакости. Слобода је амбијент који рађа неједнакости, а у неслободи, како је то историјски и доказано сви су једнаки. У историји или "праисторији" буржоаског друштва класни антагонизам се појачава, јер највећи дио формално слободних грађана нема никакву имовину, јер, као што знамо, имовина је скуп (имовинских или материјалних) права неког лица. Већина слободних грађана има једну специфичну имовину, тј. својину, а то је радна снага. Доследно прокламованом концепту слободе, ропства више нема, значи да пролетери слободно располажу својом радном снагом и могу је правним послом "продати", тј. изнајмити ономе ко им за то плати цијену или надницу. Робна производња, слобода власника, сусретање власника на тржишту ради размјене својих имовинских права, основне су карактеристике буржоаског начина производње који је дао пун замах развоју или рецепцији облигационих односа. Ову друштвено-економску формацију карактерише велики значај писаног и систематизованог права у форми законских кодификација, кодекса. Посебним, облигационом праву прилагођеним, методама кодификатори настоје да новом друштву и буржоаској владајућој класи понуде гипка правила којима би потхрањивали приватну иницијативу и предузетништво чиме би право штитило економске односе на такав начин да их не спутава или конзервира.

Социјалистичко облигационо право које је створено у периоду постојања друштвено-економске формације под називом "социјализам", као прелазна етапа на путу у Марксов "комунизам", показивало је извјесне особености. Социјалистичко право је требало да послужи као механизам одумирања права и државе, па тако и облигационог права. Зашто у томе није било успјеха треба благодарити вјештачком карактеру социјалистичког права, које је прикривало један социјални експеримент. Пошто је имало утопијски карактер, није имало ни

реалног успјеха.

## ОДНОС ОБЛИГАЦИОНОГ ПРАВА ПРЕМА ТАНГЕНТНИМ ГРАНАМА ПРАВА

Бивши Устав СФРЈ из 1974. у члану 281. став 1. тачка 4. конституисао је надлежност Федерације, тј. савезне државе или тада једине међународно признате државе за уређивање основа облигационих односа (општи дио облигација) и уговорних и других облигационих односа у области промета роба и услуга; основних или основа својинско-правних односа; основа односа којима се обезбјеђује јединство југословенског тржишта; основе или основне имовинско-правне односе у области поморства, унутрашње и ваздушне пловидбе и ауторско право.

Према Амандману XIV на Устав Републике Српске (*Службени гласник РС, 15/29 септембра 1992*): "Република уређује и обезбјеђује

4) својинске и облигационе односе и заштиту свих облика својине, правни положај предузећа и других организација, њихових удружења и комора, финансијски систем, економске односе са иностранством, тржиште, планирање и радне односе."

Члан 12. Уставног закона Републике Српске (*Службени гласник Републике Српске, број 21/92*) гласи: "До доношења одговарајућих закона и других прописа Републике примјењиваће се закони и други прописи СФРЈ и СРБиХ, који су у сагласности са Уставом Републике и који нису у супротности са законима и другим прописима које је донијела Скупштина Српског народа у Босни и Херцеговини, односно Народна Скупштина."

Познато је од раније да савремено облигационо право није, у традиционалном смислу те ријечи, дио грађанског (приватног, имовинског) права, онако како је формулисано и инкорпорисано у буржоаским грађанским законима (кодексима) по принципима пандектног права. Стога је у праву проф. др Љубиша Милошевић када истиче да се код нас данас може говорити само о својинском и облигационом праву као самосталним гранама права које ступају на мјесто гране грађанског права (*Милошевић, стр 21*). Међутим, у најновије вријеме, а под утицајем актуелних историјско-политичких разграничења, у Републици Србији која се налази као федерална јединица у саставу СР Југославије заједно са Републиком Црном Гором, у тамошњим академским круговима јавља се иницијатива за кодификацију грађанско-правних односа у грађански законик по узору на стање које је Србија имала у вријеме када многе данас моћне државе такав цивилизацијски документ нису имале.

И поред таквог историјског развоја и савремених прилика, грађанско право, као заједнички називник нашег грађанског права постоји јер их повезују имовински односи и с њима везани лични имовински односи. У бившој социјалистичкој правној теорији енергично се оспоравала подјела правног система на области: јавно и приватно право. Аргумент је био тврдња да социјалистичко друштво не трпи више антагонизам јавног и приватног права, односно јавног и приватног интереса, јер тако је и Лењин тврдио: "све је у праву јавноправно". Поролично право се успјело осамосталити претежно правно-

теоријском аргументацијом о самосвојности породичних односа и стога посебној правној природи породично-правних односа. У правној држави подјела права на приватно и јавно задржава своју друштвену и правну релевантност. Као додирне гране права које се на разне начине и у разним временским оквирима преплићу са облигационим правом првенствено треба истаћи односе са стварним, наслједним и породичним правом. Значајан је однос и према привредном праву у свим његовим подврстама и изведеницама као што су право индустријске својине и ауторско право, међународно приватно и међународно привредно право, радно, социјално и стамбено право, грађанско процесно и стечајно право. Историјски значај има однос облигационог права са административним правом као и са самоуправним правом или правом удруженог рада.

### Однос облигационог и стварног права

Уобичајено је да се облигационо и стварно право сматрају језгром имовинског грађанског права. Повезује их опште усвојено схватање да су то основни дијелови (дисциплине) грађанског права као гране права уз наслједно право. Овако заокружено грађанско право сачињавало би основну компоненту приватног права које би имало систематско-правно значење правне области, тј. шире јединице система од правне гране. У област приватног права улазило би и: међународно приватно право, ауторско право, право индустријске својине и привредно право. (*Борђевић-Станковић, стр. 20*).

Облигационо и стварно право повезују сљедеће заједничке особине: обе гране права или правне дисциплине утемељене су на заштити субјективних грађанских права која имају имовински карактер, приватно-правну аутономију субјеката у погледу диспонирања тим правима и обавезама и прометљивост тих права; као елемент повезивања је и честа функција облигационих односа као правног основа за стицање стварних права; и стварна и тражбена права сачињавају имовину неког субјекта; оба права процјењива су у новцу и заштићена имовинском санкцијом и грађанско-правном тужбом; понекад облигациона права добијају апсолутно дејство.

Оно што разликује облигациона и стварна права јесте различито дејство: облигациона права имају тзв. релативно под чим се подразумијева релационо дејство, јер се овлашћење или захтјев, у материјалном смислу, односи само на лица повезана облигацијом. Повјерилац је овлашћен нешто захтијевати само од "свога" дужника. Трећих лица се тај однос не тиче, каже се: "Нити им шкоди, нити користи." Ствар је изван повјериоачевог домаћаја. Основна тужба је тужба за накнаду штете (аквилијанска, *Милошевић, стр. 3*). Стварна права дјелују апсолутно према свима, *erga omnes*. Само овлашћеник стварног права може да врши акте управљања и располагања са ствари. Свако друго лице он је по свом праву овлашћен да одбије, спријечи у мијешању у своја права. Основна је виндикациона тужба, која штити ствар без обзира у чијим се рукама налазила. Заштита стварних права прати ствар и карактерише је негативни захтјев (*Лоза, стр. 7*), а облигационо-правне тужбе прате личност дужника, оне су личне тужбе и имају позитиван захтјев (*Лоза, стр. 7*).

Облигациона и стварна права разликују се и по предмету: предмет стварних права су ствари; *ius in re* (права на ствари, *Милошевић, 22*). Предмет

облигационог права (тражбине) је понашање (чинидба, радња) дужника која има специјалне карактеристике. Често, ако је предмет понашања предаја ствари можемо рећи да су тада облигациона права настала поводом ствари - поводом предаје ствари (стварног права) - *ius rem* (Милошевић, стр 22). У погледу законског регулисања облигациона права нису таксативно наведена, ни по садржају ни по броју, а стварна права су уређена и заштићена на принципу енумерације. Стварна и облигациона права разликују се и у погледу стицања: стварна права се стичу предајом или укњижбом, а облигациона настају непосредно на основу неког извора облигација (једностране или двостране изјаве воље, деликта или разних правних стања).

И према трајању ова се права разликују. Облигациона права, у начелу, нису трајног карактера и на њих значајно утиче проток времена, јер слабе услед невршења тако што овлашћеник облигационог права губи захтјев (тужбу у формалном смислу). Стварна права су незастарива. Каже се да су стварна права резултат неког претходног промета и да су она мировање или статика права, док је промет који им претходи, а који је, најчешће, облигационо-правни промет, динамика права. Облигациона права су само то: кретање, промет, динамика.

### **Однос облигационог и наслеђног права**

Облигационо право је однос промета (преноса) права између живих лица (*inter vivos*). Облигационо и право лако мијења овлашћеника. Наслеђно право је имовинско-личног карактера и везано је за случај смрти неког лица (*mortis causae*). Од тог случаја располагање имовином умрлог физичког лица почива на императивним нормама наслеђног права. Облигациона права су предмет наслеђивања, јер су имовинског карактера, док је наслеђно право чисто личног карактера, с обзиром на своју природу и функције.

### **Однос облигационог и породичног права**

И породично и грађанско право су традиционално, према великим кодификацијама, дијелови грађанског права. Породична права у бившем социјалистичком законодавству конципирана су као: лична, непреносива и неотуђива. То због идеје или идеолошке тврдње да се природа породичних односа у социјалистичком друштву морализује, што је реакција на њихову комерцијализацију у тзв. буржоаском друштву и праву. И када се унутар породично-правних односа јављају имовинско-правни односи, они се конципирају и рјешавају као *sui generis* имовински односи. Питања издржавања или заједничке имовине мада спадају у имовинска права те би требало да улазе у корпус облигационих и стварних права, посебно су регулисана, самим породичним законодавством као *lex specialis*. Осим тога, породично право садржи свој статусни дио, што значи да се у саставу ове дисциплине срећемо и са статусом, а не само с правима.

### **Однос облигационог и привредног (трговачког) права**

Привредно право се конституисало у самосталну грану правног система због обиља норми које уређују статус привредних субјеката - правних лица и њихове односе који се највише тичу послова робног промета (привредно-правних облигационих уговора).

### **Однос облигационог и међународног (приватног и привредног) права**

Као што се облигационо право рачуна дијелом општег грађанског права а привредно облигационо право урачунава у трговачко право, међународно-правна компонента ових дисциплина захтијева посебно регулисање и заштиту. С позиција општости, међународно приватно право се указује, за облигационе односе с међународним елементом, као опште (за све субјекте и за све односе са међународним елементом) а међународно привредно право као специјална скупина норми (које су често наднационалног и аутономног карактера) за нарочите субјекте којима је основна дјелатност међународна трговина или размјена. Са педагошког аспекта ријеч је о апликативним дисциплинама у којима се, у разноврсним случајевима репродукују, реципирају и модификују општи принципи и институти облигационог права. Од посебног значаја је изучавање међународних ратификованих уговора каква је Бечка конвенција о уговорном праву<sup>2</sup>, чије изучавање у међународном трговачком праву има значаја за уређивање облигационих односа.

### **Однос облигационог права и права индустријске својине и ауторског права**

Право индустријске својине, као субјективно право на терену техничког стваралаштва, дијели се на: право на патент, право на модел, право на узорак, право на жиг и права на техничко-технолошка или организационо-финансијска знања и искуства. Ова права имају свој имовински израз и предмет су промета. У том смислу су могући објект облигационих права. Из садејства облигационог права са овим правним дисциплинама издвојили су се посебни именовани уговори, као посебан сегмент тзв. посебног дијела облигационог права, од којих су нарочито познати: издавачки уговор, лицензни уговор, уговор о *know how* и %р. (упреди код Ђорђевић-Станковић, стр. 24).

### **Однос облигационог и радног права**

Радно право, из сличних разлога као што је то био случај са породичним правом, у социјалистичком правном систему, издвојило се изван оквира облигационог права. И радно право претежно уређује радноправни статус неког лица неголи његова субјективна права. Зато је метод уређивања претежно императивним нормама. С друге стране историјски, а чини се и *de lege ferenda* уговор о раду је централни институт радног права. У суштини настанка радног односа лежи сагласност воља субјеката. То је формално правно тако. Разноврсни односи из радних односа подводе се под правила облигационог права, као што су питање накнаде штете коју радник причини радној организацији, сада предузећу

---

<sup>2</sup> «Службени лист СФРЈ-међународни уговори», број 30/1972

или послодавцу или трећим лицима на раду или у вези с вршењем рада, или штета која буде раднику причињена од "његовог" предузећа или послодавца. Важни институти радног права, као што је оглас или конкурс, вуку поријекло из облигационог права. Основни институт за заснивање радног односа био је и остао уговор о раду. Уговор о дјелу се често јавља за уредјивање радно-правног односа између радника и послодавца, када не постоји потреба за заснивањем радног односа који је трајног карактера, него су се по основу уговора о дјелу обављали краткотрајни, привремени, односно сезонски послови за чије је завршавање (постизање резултата посла) било потребно краће вријеме.

### **Однос облигационог и грађанског процесног права**

У сваком тренутку може се јавити, и јавља се, спор о грађанском праву који се, у правно организованом друштву, разрјешава према нарочитим, од државе прописаним правилима, и од стране за то надлежних, по правилу, независних државних органа, судова. Грађанско процесно право и правила извршног поступка су у функцији заштите, између осталог, и субјективних облигационих права. Судски и извршни поступак за заштиту субјективних облигационих права покреће се страначком иницијативом. Вођење поступка је резервисано за суд, и уређено императивним нормама процесног закона, али је у току цијелог поступка потребна страначка иницијатива. Суд, као носилац јавне власти и јавног интереса, нема функцију да се мијеша и истражује (тзв. инквизиторском максимом) и рјешава спор сагласно јавном интересу, већ арбитража као независан и објективан дјелилац правде између супротстављених приватних интереса. Суд који је надлежан не може одбити да суди и мора приступити расправљању спорног облигационоправног питања и односа чак и када постоји правна празнина. У том смислу суд ће бити дужан, у крајњој линији, поступати као законодавац и конструисати недостајуће законско правило односно одредбу. Судови расправљају и суде примјењујући ону законску одредбу која је постојала у вријеме настанка спорног односа, права и обавезе. Закони важе за убудуће и нови закони мијењају или укидају затечени пропис, али не утичу на облигационе односе који су настали у вријеме важења «старог» закона. У начелу није дозвољена ретроактивност закона. Изузетно, само у току поступка доношења «новог» закона, из разлога задовољавања општег интереса, само се појединим одредбама «новог» закона може дати ретроактивно дејство. Само тада би се могло десити да се одредбе «новог» закона којима је дато ретроактивно дејство примјењују на још нерасправљене, непресуђене односе који су настали у вријеме важења «старог» закона (*facta pendentia*) или, чак, и на већ окончане, завршене правне односе (*facta praeterita*).<sup>3</sup>

Поступање суда у расправљању спорних облигационоправних питања своди се на утврђивање мјеродавног правног правила садржаног у одговарајућим законским одредбама. Облигационо право је збир многобројних правила садржаних у великом броју законских одредаба. Суд када поступа мора

---

<sup>3</sup> Проф. др Душан Николић: Увод у систем грађанског права, треће издање, Нови Сад, 2001., стр. 109.

првенствено тачно утврдити чињенично стање правне ствари и потом изабрати релевантну одредбу облигационог права која би одговарала и довела до правног ријешења спорног односа. Суд познаје право као и правну теорију која је систематизовала многе законске норме у правне институте што олакшава поступање суда, јер су судије теоријски образовани правници. Суд конкретна правна правила неће тражити само у Закону о облигационим односима него и у другим законима који уређују одблагационе односе. Тако ће се неко спорно питање, које обухвата институт угловора о доживотном издржавању, пронаћи у Закону о наслеђивању, који, за сада, уређује овај институт. Или ће за неко питање потражити одговарајуће правило у међународном уговору. Након тога треба утврдити да ли постоји сукоб закона и тај сукоб ријешити примјеном колизионих норми. Суд ће, ако то правно питање налаже, примјенити принцип да посебни закон дерогира општи (*lex specialis derogat legi generali*) или правило да новији пропис дерогира старији (*lex posterior derogat legi priori*) ако су прописи истог ранга. Поред тога, суд ће водити рачуна о томе да нови закон не дјелује повратно (*lex retro non agit*). Надаље, суд ће испитати и утврдити постојање и значај подзаконских општих аката ако су од значаја за расправљање спорног односа. Уколико су подзаконски акти значајни сјуд ће их моћи примјенити ако су у складу са законским одредбама, јер ако су ти акти у супротности са законским правилима суд их неће примјенити сагласно ставу: *lex superior derogat legi inferiori*. Надаље, суд мора утврдити да ли су законске одредбе императивне или диспозитивне норме. Уколико су диспозитивне норме, странке могу одступити од садржаја тих норми и за суд ће бити мјеродавно правило које су саме странке уговориле или које је садржано у узанси чију примјену су исте странке уговориле. Уколико нема законских одредаба које непосредно регулишу облигациони однос треба утврдити да ли закон упућује на примјену којег другог правног извора. Закон о облигационим односима је на општи начин прописао да субјекти могу уредити свој облигациони однос по својој вољи у границама јавног поретка. У крајњој линији воља странака мора бити у границама императивних норми и моралних правила, добрих обичаја датог друштва.<sup>4</sup> Данас се посебно мора водити рачуна о заштити међународно признатих људских права.

Поступак принудног поравнања и поступак стечаја такође су скуп императивних норми објективног права императивног карактера које, према својим посебним правилима и радњама, доводе до мијењања садржаја облигација у циљу намирања повјерилаца, или у циљу привредног оздрављења неликвидних субјеката све до ликвидације, брисања из правног поретка, привредно-правних субјеката за које се према одлуци суда донесе такво рјешење.

## ИЗВОРИ ОБЛИГАЦИОНОГ ПРАВА

Под изворима облигационог права подразумијевају се формални извори у којима су, од стране надлежних органа и на легитиман начин, утврђена правила (норме) облигационог права.

У савременим правним системима као најраспрострањенији и најлегитимнији општи нормативни акт (пропис) којим се уређују друштвени

---

<sup>4</sup> Ibid., стр. 188.

односи узима се закон. (упореди Борђевић-Станковић, стр. 30). За развој правног нормирања облигационих односа у српским земљама од великог је значаја доношење грађанских законика: Краљевине Србије 1844. (Српски грађански законик, скраћено СГЗ) и у Књажевини Црној Гори 1888. (Општи имовински законик, скраћено ОИЗ). Српски грађански законик, најчешће се истиче у литератури, рађен је по узору на аустријски Општи грађански законик од 1811, скраћено ОГЗ. Овај, по мјерилима потоњег југословенског законодавства, страни пропис са својим новелама из 1914, 1915, 1916, важио је на просторима бивших југословенских земаља, Словеније, Хрватске и Војводине, до уједињења свих југословенских земаља 1918. у заједничку Краљевину СХС, као правни пропис за облигационе односе из разлога припадања ових југословенских земаља под окупацију Аустро-Угарске. У Краљевини Југославији израђена је Предоснова грађанског законика која није никада прошла кроз законодавну процедуру и ступила на правну снагу. Стога је и у Краљевини Југославији на подручју облигационих односа владао правни партикуларизам. Такво стање наслиједила је и бивша АВНОЈ-ска Југославија. АВНОЈ-ска Југославија након свог конституисања и међународног признања није одмах приступила кодификацији облигационог права. Неки дијелови облигационог права добили су своје законе већ 1946. године, као што је Закон о мјеници и Закон о чеку. За цјелокупне облигационе односе основни значај је имао (као и за друге грађанско-правне односе што се учи у општем дијелу грађанског права) Закон о неважности правних прописа донијетих прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријатељске окупације који је донесен, такође, 1946. године. Овим историјским законом пролонгирана је примјена текстова бивших грађанских законика који су важали на подручјима југословенских земаља, али не као правних прописа, већ као правних правила под условима и на начин предвиђен тим законом. Стога је судовима, органима за примјену права и дистрибуцију правде повјерена, необично значајна, креативна улога. Судови су требали да, осим примјене правног правила, процијене и опортуност његове примјене с обзиром на основне уставне и политичко-правне вриједности новог поретка. То стога јер су тзв. "бивша правна правила грађанских законика" својевремено донијета као пропис буржоаске класе која је била творац тих прописа као свог извора права у материјалном и формалном смислу. Судови су добили тим законом задатак да, у недостатку нових прописа за поједине друштвене области, тј. области друштвених односа за које је номотехнички нужно законско регулисање, на стваралачки, креативан начин примијене, "искористе" тзв. "стара правна правила" водећи рачуна да не спутавају и не коче развој нових друштвених односа. Осим те идеолошко-правне равни, овим је заштићена основна правна фикција сваког правног поретка по којој правни поредак нема правних празнина.

Као што је у Краљевини Југославији, у преднацрту, остао југословенски грађански законик, односно његов пројект, тако је у федеративној републици Југославији уложен напор на унификацији правила о накнади штете који се зауставио на фази израде пројекта. Израђена су три нацрта закона о накнади штете (1951, 1960, 1961) који нису никада ушли у законодавну процедуру нити су из ње изашли као правоснажни акти. Савезна скупштина је у јулу 1969. основала Комисију за цивилни кодекс. Након савјетовања у Београду, одржаном

од 7. до 9. маја о "Месту цивилног кодекса у систему нашег права" умјесто да се иде ка законодавној процедури и довршавању цивилног кодекса, колебања теоретичара и притисци политичара условили су сторнирање и овог пројекта. За овакву судбину рада на цивилном кодексу најзаслужнији су тзв. политичари или "партијски идеолози" који су "открили" да правни теоретичари нису у стању кроз одредбе будућег цивилног кодекса признати права радника, по основу рада друштвеним средствима, као субјективна грађанска права. Након тог сазнања они су изгубили интерес за цивилни кодекс, одбацивши га као нешто споредно оном главном што је требало да одрази концепт система удруженог рада који се рађао у њиховим главама. (види: А. Финжгар: *Архив за правне и друштвене науке*, 1-2/86, стр. 118). Како наводи професор др Слободан Перовић у Предговору Закона о облигационим односима са регистром појмова (*Службени лист СФРЈ, Београд, 1978, стр. 4-6*) замах идеје о кодификацији облигационих односа започео је 1960. када је професору др Михаилу Константиновићу, од стране тада надлежних органа, повјерен задатак да изради текст који би у форми преднацрта послужило као основа за израду закона о облигацијама. Професор Константиновић је овај рад израдио под називом "Скица за законик о облигацијама и уговорима", за њега је добио Седмојулску награду и рад је публикован, те је постао фактички незаобилазан документ јавне дискусије о питањима облигационог права. Скица је и у наше вријеме послје распада Југославије изузетно инспиративна за научноистраживачки и будући законодавни рад. Заједничка комисија свих скупштинских вијећа за цивилни кодекс формирала је посебну Поткомисију за израду дијела цивилног кодекса о облигационо-правним односима. Ова поткомисија је, како истиче професор Перовић, сагласно интенцијама са савјетовања о "Садржини Закона о облигацијама као дијела цивилног кодекса" (Загреб, јануара 1970.) започела свој рад на основу Скице професора Константиновића. Измјенама Устава СФРЈ које су учињене Амандманима XX-XL утврђено је да федерација не може донијети грађански законик, него поједине законе из области грађанског права. Од 1971. Поткомисија за израду Закона о облигацијама и уговорима израдила је двије радне верзије Нацрта закона (1973. и 1974.). Приједлог за доношење Закона о облигацијама и уговорима усвојила је Савезна скупштина марта 1974. Након усвајања Устава СФРЈ од 1974. године Скупштина СФРЈ формирала је Комисију за припрему закона из области удруженог рада у којој је била посебна Поткомисија за припрему закона о облигацијама и уговорима са задатком да припреми овај закон у складу са чланом 281. ставом 1. тачком 4. Устава СФРЈ према којем "федерација преко савезних органа уређује основе облигационих односа (општи дио облигација) и уговорне и друге облигационе односе у области промета робе и услуга." Поткомисија је на припремила радни текст Нацрта од 1975. године и Нацрт закона о облигацијама и уговорима од 1976. год. које је 27. октобра 1976. год. усвојило Савезно вијеће Скупштине СФРЈ. Поткомисија је на основу мишљења, примједби и приједлога из јавне дискусије припремила Приједлог закона о облигационим односима, децембра 1977. године, који је Савезно вијеће Скупштине СФРЈ усвојило 30. марта 1978, с тим да Закон ступи на снагу 1. октобра 1978. Тако је, према свједочанству професора др Слободана Перовића донијет Закон о облигационим односима којим су на јединствен начин уређени облигациони односи у области промета роба и услуга на јединственом југославенском тржишту и општи дио облигационог права. За вријеме постојања

СФРЈ поред Закона о облигационим односима (скраћено: ЗОО) формални извори облигационог права били су поред Устава СФРЈ и устава СР и САП, затим савезни закони: Закон о удруженом раду, Закон о поморској и унутрашњој пловидби, Закон о уговорима о превозу у друмском саобраћају, Закон о облигационим и основним материјално-правним односима у ваздушној пловидби, Закон о промету робе и услуга са иностранством, Закон о основама система осигурања имовине и лица, Закон о одговорности за атомске штете, Закон о цијенама и др. Ови савезни закони су у односу на ЗОО *lex specialis* тако да одредбе ЗОО према питањима уређеним овим посебним законима имају супсидијарну примјену. Републикама и покрајинама је по расподјели надлежности било остављено уређивање појединих облигационих односа који нису спадали у облигационе односе везане за општи дио облигације и уговоре у области промета роба и услуга на јединственом југославенском тржишту.

Од прописа који су некада улазили у тзв. републичко-покрајинску надлежност за облигационе односе важни су: Закон о промету непокретности, Закон о стамбеним односима, Закон о нословним зградама и просторијама, закони из области уређивања породичних односа - Породични закон, Закон о наслеђивању и др.

Након распада СФРЈ до тада савезни закон, Закон о облигационим односима (*Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89) претрпιο је одређене измјене. У СФРЈ која је била заједничка држава народа који су је сачињавали и федералних јединица као административно-политичких ентитета, Србија и Црна Гора су уставно конституисале Савезну Републику Југославију која се територијално састоји од бивших АВНОЈ-ских федералних јединица, СР Србије и СР Црне Горе. У тој новој држави донесен је Закон о измјенама и допунама Закона о облигационим односима (*Службени лист СРЈ*, број 31/18 јун 1993.) који садржи 60 чланова.

У Републици Српској која је формирана на територији бивше СР Босне и Херцеговине, као државно-правни ентитет у постдејтонској Босни и Херцеговини, донесен је Закон о измјенама и допунама Закона о облигационим односима (*Службени гласник Републике Српске*, број 17 од 22. септембра 1993.) који садржи 61 члан. Разлози за овакво номотехничко рјешење леже у одредбама Амандмана XIV (четрнаестог) на Устав Републике Српске које одређују да Република Српска уређује и обезбјеђује својинске и облигационе односе. А према члану 12. Уставног закона Републике Српске, до доношења одговарајућих закона, примјењиваће се закони и други прописи бивше СФРЈ и бивше СРБиХ који су у сагласности са Уставом Републике Српске и који нису у супротности са законима и другим прописима које је донијела Народна скупштина Републике Српске.

У Федерацији БиХ, другом државноправном ентитету Босне и Херцеговине југословенски Закон о облигационим односима («Службени лист СФРЈ», бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89) преузет је на основу Уредбе са законском снагом («Службени лист РБиХ», број 2/92), а ступио је на правну снагу потврђивањем уредби са законском снагом («Службени лист РБиХ», број 13/94).

С номотехничког аспекта, систематика Закона о облигационим односима је сложена. Почевши од одредаба које су систематизоване у "чланове", који се даље рашчлањују у "ставове", а ставови даље у "тачке". Ставови су у законском

тексту означени арапским бројевима у заградама (нпр. (1) итд.)

Шире цјелине у Закону су: дијелови, главе и одјељци. Уже цјелине су одсјеци и пододсјеци.

Дијелови, односно делови означавају се само ријечима (нпр. Део први-Општи део).

Главе се означавају ријечима и римским бројевима без тачке (нпр. Глава П-Настанакобавеза).

Одјељци се означавају ријечима и арапским бројевима без тачке (нпр. Одјељак 1)

Одсјеци се означавају ријечима, арапским бројевима без тачке и ријечима које указују на њихову садржину (нпр. Одсек 2-Заступање).

Пододсјеци се означавају римским бројевима са тачком и ријечима које указују на њихову садржину (нпр. И. Одговорност за материјалне и правна недостатке испуњења).

Изнад правних норми стављене су одреднице којим се сажето указује на садржину правних норми (нпр. "Рачунање времена").

У вријеме израде другог издања овог уџбеника, одраније постоји припремљен текст Нацрта Закона о облигационим односима БиХ, ФБиХ/РС) који, као полазиште узима цјелокупни текст југословенског Закона о облигационим односима како је преузет у ФБиХ и РС. Основне новине које овај нацрт доноси тичу се интегрисања одредаба о заштити потрошача садржаних у директивама ЕУ и уношењу оних именованих уговора што су пропустили редактори југословенског ЗОО, а који су били садржани у Скици за законик о облигацијама и уговорима професора Константиновића, као и поједине уговоре аутономног трговачког права. Овај Нацрт је претрпио значајне критике са становишта систематике и номотехнике. Примједбе су упућене од великог дијела научне и стручне јавности, из оба ентитета, а нису изостале ни политичке критике. На крају се придружила и законодавна критика.<sup>5</sup> Критике научне и стручне јавности односе се на систематику и номотехнику. Сматра се да директиве ЕУ о заштити потрошача не могу ући у интегрални законски текст, већ треба да остану у оквирима посебног законодавства, као што је већ нормирано.<sup>6</sup> Тексту Нацрта се приговара да користи непрецизан начин изражавања и тако доводи у питање разумљивост и практичну примјену својих одредаба, чиме увелико и недопустиво одступа од свога изворника, југословенског ЗОО којег су, са незнатним измјенама реципирале све бивше југословенске републике, па тако и Словенија, којој овај изванредни првни текст није био препрека за пријем у ЕУ, већ јој је помогао у том подухвату.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Поред Закона о заштити потрошача у Народној скупштини Републике Српске усвојен је и Закон о лизингу

<sup>6</sup> Закон о заштити потрошача, «Службени гласник БиХ», број 25/06

<sup>7</sup> Више види: др Слободан Перовић, Професор Облигационог права и председник удружења правника Србије и Црне Горе:»Стручно мишљење о Нацрту закона о облигационим односима Републике Српске/Федерације БиХ, књ. I, Општи део, са стањем 28.И 2003. , у часопису «Српска правна мисао», Тематски број-У сусрет Закону о облигационим односима Републике Српске», број 1-4/2002. Година IX, Бања Лука, јануар-децембар 2002. ( види и друге радове посвећене овом питању у истом броју часописа).

Заједнички извршни и законодавни органи Босне и Херцеговине сматрају да је опортунитије имати Закон о облигационим односима на државном нивоу. Они су на ово потакнути докумантом Министарства иностраних послова Босне и Херцеговине под насловом *WHITE PAPER* – Извод из Бијеле књиге Европске Уније (Припреме придружених земаља централне и источне Европе за интеграцију у унутрашње тржиште Уније. У поглављу 17. тог документа који носи наслов: Грађанско право наводе се правни извори Европске Уније које треба хармонизовати у грађанско право које важи у Босни и Херцеговини. У првом реду се помиње Директива о одговорности за производ која уређује објективну одговорност за штету произвођача неиспарвног производа са грешком. Друга је Директива 86/65/ЕЕЦ о комерцијалним агентима који сами себе запошљавају да би се успоставио законски режим односа између принципала и агента. Затим, потребно је, у доменима процесног права хармонизовати домаће грађанско право са Бриселском конвенцијом о јурисдикцији и извршењу пресуда у грађанским и трговачким стварима од 27.09.1968. године. И, најзад, у домену међународног приватног права потребно је ратификовати и примјењивати Римску конвенцију из 1980. године о закону који се примјењује на уговорне односе.

У циљу превазилажења номотехничких недостатака Нацрта ЗОО РС/ФБиХ, а на иницијативу и уз подршку GTZ, Њемачке владине организације за међународну техничку помоћ, тј. подршку правним реформама у транзиционим земљама, професори А.Бикић и Б.Мораит припремили су Објашњења уз приједлог Нацрта закона о облигационим односима.<sup>8</sup> Текст Објашњења дистрибуиран је, посредством Јавних установа-центра за едукацију судија и тужилаца РС/ФБиХ судовима, научним и стручним организацијама и удружењима као и државним органима како би се струка, наука, политика и цјелокупна правничка и општа јавност упознала са смислом и садржајем одредаба Нацрта ЗОО РС/ФБиХ. За сада, нема одјека ни иницијатива настављања законодавног процеса на доношењу новог Закона о облигационим односима у БиХ.

Ентитетски извршни и законодавни органи су одлучни да своју надлежност у уређивању облигационих односа не препусте заједничким органима Босне и Херцеговине. Мада се од овога направио политички спор, и једни и други, политичари из једног и другог ентитета и њихови представници у заједничким органима БиХ, заборављају да је Босне и Херцеговина сложена правна држава и да има најмање четири правна система: државни, два ентитетска и Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине и да сваки на свом нивоу остварује судску власт. За нормално функционисање, овако, разуђеног правосуђа, нужно је обезбиједити да сваки правосудни подсистем у Босни и Херцеговини има материјалноправне изворе, своје прописе, како би могао вршити правосудну функцију односно примјењивати материјалне и процесне законе своје власти, ради ријешавања грађанскоправних спорова из своје надлежности. Због тога је, код оваквог стања ствари, у правном и правосудном систему у Босни и Херцеговини, нужно да сваки правни подсистем, у Босни и Херцеговини, има

---

<sup>8</sup> Издавач публикације су центри за едукацију судија и тужилаца у РС/ФБиХ in Cooperation with GTZ Project: Economic Law Reform commissioned by Federal Ministry for Economic Cooperation and Development

свој Закон о облигационим односима ( као и друге неопходне законе из грађанскоправне области) а тај закон или закони могу бити, што је и најпожељније, у идентичном тексту. Сигурно је, да ће се, тако, у овако сложеним законодавним и правосудним приликама, осигурати уједначена примјена права ради постизања правне сигурности грађана на свим дијеловима територије Босне и Херцеговине и тиме избјећи негативне оцјене Европског суда за људска права у Стразбуру, који неће толерисати могућу климу правне неједнакости грађана једне државе.

**Обичај** као формални извор права у модерно доба увелико је потиснут од законског права као регулатора друштвених односа. Обичај, као устаљено правило понашања између одређених субјеката у облигационим односима и даље задржава значај, јер законска правила често упућују на примјену обичаја. За бившу СФРЈ карактеристично је да није потиснула значај обичаја у облигационим односима. Као потврда ове наше тврдње треба се подсетити да је још давне 1954. године Пленум главне државне арбитраже донио Опште узансе за промет робом. Оне су се ослањале на обичаје у промету, али су дале као писана кодификација тих обичајних правила, модерна рјешења за привредне облигационе односе. Осим тога, мада нису извор права у формалном смислу, јер их није донио законодавни орган, њихова се примјена међу привредним субјектима претпостављала ако ју странке нису изричитим споразумом искључиле. За облигационе односе трајно су значајне и посебне узансе, за оне привредне области за које су донесене. Након доношења Закона о облигационим односима примјена узанси није онемогућена, већ је условљена изричитом вољом странака да се на њихове односе и спорове из тих односа примијене узансе. Чл. 21 и 1107. ЗОО одређују да ће се узансе примијенити само ако то странке уговоре или се из њиховог држања може основано закључити да хоће њихову примјену. Примјена узанси се више не претпоставља, али оне нису стављене "ван снаге", јер су то правила која детаљније улазе у пословно-прометну праксу појединих привредних бранши.

**Ратификовани међународноправни акти** имају јачу правну снагу и предност у колизији са домаћим правним изворима. Такву улогу у подручју међународне продаје робе има Конвенција УН о међународној продаји робе усвојена 11.априла 1980. на дипломатској конференцији у Бечу (Бечка конвенција). Овај међународни правни докумант који се често означава скраћеницом енглеског назива *CIGS* примјењује се када су уговорне стране, лица из двије различите, државе потписнице Бечке конвенције или када, у случају да државе из којих уговарачи потичу нису потписнице Бечке конвенције колизијска правила упућују на њену примјену, а предмет уговора мора бити само међународна продаја покретних ствари. То практично значи да се у таквим приликама неће примјењивати Закон о облигационим односима ни као колизијска норма.<sup>9</sup>

**Нератификовани међународни документи** имају значај како за развој међународног тако и домаћег приватног права. Такви су, посебно, Принципи међународних трговачких уговора које је донио *UNIDROIT* , Принципи

---

<sup>9</sup> Види код: А.Бикић: »Облигационо право-посебни дио«, Сарајево, 2005., стр.188-220.

европског уговорног права (Ландо принципи које припрема и објављује Ландо комисија) и смјернице, препоруке, директиве ЕУ о заштити потрошача у облигационим односима односно потрошачким уговорима.

## Судска пракса

Судска пракса (јудикатура) је збир одлука (пресуда или рјешења) које судови доносе у предметима из своје надлежности. Рјешавање спорова који настају поводом облигационих односа спада у судску надлежност. Да би се утврдило да ли неко правно питање представља грађанскоправну односно облигационоправну ствар оријентир представљају начела облигационог права. Начела која ће указивати да ли један однос представља облигациони однос у литератури се означавају као «диференцијална начела грађанског права.»<sup>10</sup> У та начела спадају: начело диспозитивности законских норми, начело аутономије воље, начело преносивости права и обавеза, начело еквивалентности и начело реституције.<sup>11</sup>

Према већини аутора судска пракса није формални извор права. То поготово јер у демократским државама основни принцип уставно-правне државе лежи у подјели власти на законодавну, извршну и судску. Судска пракса јесте функција државне власти али није ни законодавна, јер би се тиме вријеђала надлежност законодавних органа и рушила законитост као основно правно начело. Судска пракса није област стварања права, већ област његове примјене. Наравно, та примјена права није механичка већ стваралачка. То је нарочито дошло до изражаја у периоду који смо спомињали као период примјене тзв. "стarih правних правила". Сви аутори се слажу да је стваралачка примјена тих правила поставила нова, модерна рјешења, прилагођена нашим условима која су кодификатори и редактори ЗОО настојали што успјешније искористити приликом законског нормирања правила (норми) облигационог права. Тако се истиче да је судска пракса изградила правила објективне одговорности за штету (види код Ђорђевић-Станковић, стр. 37). Судска пракса кроз примјену новодонесених, премда од раније провјерених и афирмисаних правила облигационог права, посебно праксом Врховног суда доприноси уједначеној примјени права, односно правној сигурности лица у праву, односно правној извјесности као једној од основних вриједности правног поретка. Судска пракса је путоказ кроз шуму разних појединачних рјешења. Изучавањем судске праксе и њеном научном валоризацијом може се доћи до многих корисних сазнања о реалности друштвеног и привредног живота дате земље. Постоје и схватања да је судска пракса извор права у формалном смислу када примјењује правне принципе (Проф. др Драгољуб Стојановић: "Есеј о правним принципима у грађанском праву", Правни живот, стр. 805). Аргументација професора Стојановића ову тврдњу даље овако разрађује: - судска пракса јесте извор права, јер својом интерпретацијом и примјеном правних прописа конкретне правне проблеме затвара. Осим тога, у случају правних празнина, попуњава правне

<sup>10</sup> Проф. др Душан Николић: оп.цит., стр.112.

<sup>11</sup> Ibid., стр.112.-124.

празнине сућењем на основу правних начела, аналогijом и другим правилима примјене права. Дакле, формално-правно судска пракса није извор облигационог права. Основ за доношење одлука судови налазе у општим правним нормама. За наше судове немају формалног значаја појединачне норме садржане у одлукама које су раније судови донијели у сличним правним споровима.<sup>12</sup> Међутим, правним ставовима и закључцима врховни судови дају рјешења и путоказ нижим судовима којих се ови, поштујући касационо начело, и придржавају. Таква пракса може имати и негативних посљедица по правну сигурност (правну извјесност). Прихватање рјешења и ставова нижих судова од стране виших не би требало да почива на њиховој слијепој потчињености и хијерархијском ауторитету виших судова, него на снази правничке аргументације на којима почивају њихови ставови, закључци и одлуке, како то, с правом, истиче професор др Богдан Лоза. Нажалост, касаторна ауторитативност виших судова данас је захватила преширок простор који угрожава самосталност нижих судова и правну извјесност странака. Јер, у неповољним друштвеним и правосудним условима, сваки судија вишег суда постаје и поставља се као изворник права за основну судску инстанцу често и на штету правне извјесности. Таква времена су иза нас. Нашој правној традицији одговара једнообразна судска пракса, тј. уједначене одлуке судова у истим правним стварима.. Судови треба да доносе једнаке одлуке у једнаким стварима, а неједнаке у неједнаким случајевима. Један од практичних механизма уједначавања судске праксе јесу начелни ставови највиших судова или њихових грађанских одјељења, када они заузимају ставове како поступати у појединим питањима нису прецизно уређена позитивним прописима, а нижи судовиу поводом тога имају изражене дилеме, заузимају у истим стварима различите ставове и тиме угрожавају правну сигурност као значајну правну вриједност. Ипак, остаје да начелни став обавезује само његовог доносиоца. Начелни став заједничке сједнице суда обавезује све судије и сва судска вијећа тога суда, а заједнички став грађанског одјељења обавезује све судије распоређене у судска вијећа тог одјељења суда.<sup>13</sup> Судској пракси искључиво врховних судова требало би дозволити касациону примјену и права, док би пракса и основних и виших судова морала бити подвргнута контроли највише судске инстанце како би се спријечило затварање дијелења правде у најуже оквире и примјену права према локалном односу снага било унутар правосућа или у интеракцији правосудних и извршних органа власти. Добро је уочено и запажено да правосуће не смије бити подређено органима управе нити извршним органима. Све ове негативне стране правосудног процеса долазе нарочито до изражаја у кризним друштвеним ситуацијама када хаотична кретања захватају све друштвене структуре и токове па тако и правосуће као област примјене права. Примјена права унутар и сагласно законом утврђених правила интерпретације оптималан је оквир улоге судске праксе и у облигационим односима.

У једном толико разуђеном правосудном систему са више подсистема какав видимо у постдејтонској Босни и Херцеговини тешко је постићи уједначавање судске праксе. Уставни суд Босне и херцеговине, што је сасвим

---

<sup>12</sup> Ibid., стр. 183.

<sup>13</sup> Ibid., стр. 181,182

непримјерено, у једном сегменту поступа као врховни суд ријешавајући апелације које грађани и правна лица подносе ради кршења људских права. Тако неуобичајено дјелујући за један уставни суд, Уставни суд БиХ својим одлукама доприноси уједначавању судске праксе у оним правним стварима у којима се вријеђају људска права па тако и у грађанскоправним стварима ако се одлукама судова вријеђају људска права.

## Правна наука

Правна наука или доктрина односно правна теорија (*iurisprudentia*) је сума излагања правних теоретичара заснованих на методологији научног истраживања о томе како право гласи (*de lege lata*) и како би оно убудуће трабало да гласи (*de lege ferenda*). Правна наука понекад заузима позицију научне критике, «организоване сумње», посебно када позитивно право посматра кроз оптику школе природног права и када указује какво право треба да буде да би било добро и разумно. У тој научној мисији највеће заслуге на нашим просторима припадају копаоничкој школи природних, људских права, која већ двадесету годину ради на планини Копаник, а предводи је академик Слободан Перовић.

Према већини аутора, савремена правна наука није формални извор облигационог права. Међутим, најистакнутији представници наше правне науке у правилу су редактори прописа из облигационог права. У едукативном, педагошком смислу, правна наука је помогла да се облигационо право у нашој земљи прикључи свјетским токовима. Јер, облигациони односи, лако и неизбјежно, у условима међународне размјене и свјетског тржишта настају са тзв. међународним елементом. Приликом стварања номенутих Општих узанси за промет робом, представници правне науке су предлагали најпогоднија рјешења из швајцарског и њемачког законодавства (Борђевић-Станковић, стр. 36). Најистакнутији представници наше правне науке прије доношења Закона о облигационим односима обилато су користили упоредно-правни метод и на тај начин будућем законодавцу предлагали најоптималнија рјешења. Прохујала су времена остала забиљежена када су судије у античком риму биле обавезне да ријеше спор онако како су подучавали истакнути римски правници и када су одговори истакнутих правника на постављена правна питања имали снагу закона (*responsa prudentum*).<sup>14</sup> Данашња правна наука, у том смислу, није извор облигационог права, јер карактер извора права могу имати само оне правне творевине на које се уставно и законито могу позвати учесници облигационоправних односа и суд када одлучује у грађанскоправним стварима.<sup>15</sup>

Правна наука и даље свеобухватно научним методама и апаратуром истражује облигационе односе, врши увид у законска рјешења, судску праксу и упоредно право, те кроз објашњавања, коментарисања, систематизовања и научну критику повратно дјелује како на законодавну тако и на судску и правну праксу. Према свему изнесеном, правна наука јесте, посредно, извор

---

<sup>14</sup> Ibid., стр. 185.

<sup>15</sup> Ibid.

облигационог права, јер она доприноси стварању, мијењању и укидању правних правила, попуњавању законских празнина, али пружа и драгоцјене путоказе судској пракси у проналажењу адекватних рјешења код примјене права. На крају, ваља подвући да је право производ интелекта, а не само чин воље. Према теоретичарима природног права примарна улога права није да наређује него да одређује.<sup>16</sup> Југословенски Закон о облигационим односима најбољи је примјер успјешног номотехничког дјела модерних сљедбеника школе природног права и њиховог доприноса уређивању облигационих односа. То се нарочито примјећује из приступа правној «извјесности» и подршци која је пружена правним нормама увођењем правних принципа који имају функцију попуњавања правних празнина када се рјешење не може наћи ни у закону ни у обичајима. Водећи редактора југословенског Закона о облигационим односима, проф.др Слободан Перовић, настојао је да тај закон постане мјесто подударња вриједности и норме и да овај извор права истовремено означава почетак сфере моралног живота односно правног саобраћаја.<sup>17</sup> Овакав нормативни приступ није изазвао поништавање различитости између легалитета и моралитета, већ је омогућио правној пракси да ову дилему свакодневно преиспитује.

## **ИЗВОРИ (ОСНОВИ НАСТАНКА) ОБЛИГАЦИОНИХ ОДНОСА (ОБЛИГАЦИЈА)**

Најчешће се под изворима (основима) настанка облигација подразумевају правне чињенице за чију егзистенцију закон повезује и признаје настанак облигација. Студенти требају ове, материјалне, изворе облигационих односа јасно разликовати од формалних извора облигационог права о којима смо претходно излагали. Извор облигација односи се према облигацији коју ствара као узрок према посљедици. Тако, нпр. уговор о купопродаји је извор облигација, а обавеза продавца да преда купцу ствар и овлашћење купца да захтијева предају ствари је облигација која је створена из тог уговора. Исто тако обавеза купца да плати цијену и право продавца да захтијева од купца да исплати цијену и исто тако једна облигација створена купопродајним уговором, итд.

Другим ријечима, извори облигација су уједно правни основ за облигације које стварају, односно правни основ за законито стицање права и преузимање обавеза. Основни изворник, стваралац правних норми је воља творца. Законодавац је, према владајућем правно-теоријском становишту, персонификација воље владајуће класе у датом друштву. А и у основи стварања великог броја облигација лежи воља заинтересованих приватно- правних субјеката (лица у праву). Воља се јавља као извор или материјални основ настанка облигација и у оним случајевима када се облигациони односи "рађају" независно од воље, тј. против воље једног субјекта, или мимо воље неког лица (услед недостатка воље, нпр. код проузроковања штете или вољом само једног субјекта, код вриједносних папира, јавног огласа, незваног пословодства или неоснованог обогаћења).

Историјски посматрано, Римско право је поставило првобитно дводиобу

---

<sup>16</sup> Алесандро П. Д'АНТРЕВ, оп.цит. стр.125.

<sup>17</sup> Ibid., стр.127.

извора облигација, на "*obligatio ex contracto i obligatio ex delicto*"; касније је поставило тродиобу додавањем на ова два извора и трећег: "*variis causarum figurae*", да би развој извора завршило успостављањем четвородиобе на уговор, деликт, квазиуговор и квазиделикт. У правној теорији запажена је дводиоба на уговор и закон. Ова се аргументује тиме да уговор ствара облигације између двије стране саглашавањем њихових воља и њиховом најпотпунијом диспозицијом. Закон се у њихов двострани правни посао не мијеша, као код осталих извора облигација код којих је кохезиони фактор повезивања и стварања законска норма.

Упоредно-правно круг извора се шири или смањује зависно од националних законодаваца који настоје да теоријске погледе на ово питање уграде у сопствене Законе о облигацијама.

Закон о облигационим односима, изворе облигација исцрпно набраја, јер у изворе таксативно уврштава уговор, проузроковање штете, једностране изјаве воље, пословодство без налога и неосновано обogaћење. Тако, нпр. у бившој ФНРЈ до 1950. године плански акти иредстављали су најзначајнији извор облигационих односа (посредни и неиосредни), јер су акти планирања били основни извор обавезивања због административног система унрављања привредом. И након доношења Закона о облигационим односима постављала су се питања да ли су, сада бивши, тзв. самоуправни споразуми (са појединачним правима и обавезама) уговорне природе и као такав извор облигација. Одређене дилеме постојале су и око правне природе тзв. друштвених договора, па и планских аката када уређују материјалне обавезе учесника.

Полазећи од тога које одредбе имају непосредног значаја за афирмацију и реализацију основног и највишег начела правног система, начела законитости у облигационом праву, истакнућемо сљедеће одредбе Првог дијела Главе I 300: "Основна начела", Члан 1. "Садржина закона". Према формулацији датој у Закону о изменама и допунама... (Сл. гл. РС, 17/93), ова одредба гласи:

"Овим законом уређују се облигациони односи који настају из уговора, проузроковања штете, стицања без основа, пословодства без налога, једностране изјаве воље и других законом утврђених чињеница."

Скупови правних чињеница из којих ничу облигације који су признати од закона и тиме омогућују да облигација као правни однос заживи у правном промету и правном поретку, набројани су у овој одредби. У другу класу извора настанка облигација улазе и законом утврђене чињенице. То су оне чињенице које се могу сврстати у догађаје изван моћи индивидуалне воље (нпр. рођење, смрт, малољетство, виша сила, сродство и сл.) али за које закон веже настанак облигација. (упореди: Перовић, стр. 147). Ако бисмо прихватили као основану критику тзв. "законских облигација", јер и оне извиру из одређених чињеница (на основу сродства и потребе за издржавањем те могућности даваоца издржавања, а по основу закона, настаје обавеза издржавања блиског сродника), а не непосредно из закона. То очигледно произилази и из законског текста. Осим ове класе правних чињеница, у "законом утврђене чињенице" улазе и радње које зависе од воље странака а нису правни послови, тј. правне радње и нису обухваћене законским набрајањем као што су обухваћене њима сродне

чињенице, нпр: незвано вршење туђих послова, проузроковање штете или правно неосновано обogaћење. Овом одредбом одређује се важење норми облигационог права само на оне изворе облигација предвиђене законом. Из сфере регулисања облигационо- правних норми испуштају се тзв. "самоуправни споразуми" и "друштвени договори", слично као што је у још ранијој фази развоја облигационог права дошло до напуштања оновремених важних и специфичних извора облигација као што су били акти планирања и административни акти. Прецизности изражавања ради, треба истаћи да ЗОО говори о правним основима и правним изворима; извор је заправо чињеница проузроковања штете, док је код облигационог уговора који је правни основ, извор облигација споразум или сагласност воља уговарача.

Познавање извора облигација од несумњиве је и практичне важности, јер су само оне правне чињенице и правна стања за која закон веже својство "раћања" облигација подложна расправљању и заштити правила и норми формалних извора облигационог права или извора облигационог права у формалном смислу.

## ОСНОВНА НАЧЕЛА ОБЛИГАЦИОНОГ ПРАВА

Правна начела су истине о којима не треба расправљати; *non est certandum de regulis iuris*.<sup>18</sup> Као што се аксиоми у математици не доказују тако се ни о начелима права не треба расправљати, јер су она општа, општепозната и подразумијева се њихова саморазумљивост. Правна традиција кодификовања грађанскоправних норми утемељена је на идејама школе природног права чији представници не изводе опште принципе из појединачних случајева (методом индукције), него обрнуто, иду од општег према посебном те налажу да појединачна правна норма извире из начела (методом дедукције) како би закон био налик писаном разуму (*ratio scripta*). На таквим премисама заснован је и југословенски Закон о облигационим односима који је реципиран у свим бившим југословенским републикама, сада самосталним државама. Напомињемо да Скица за законик о облигацијама и уговорима коју је приредио професор Константиновић није садржавала поглавље о основним начелима.

Основна начела облигационог права, као и правна начела уопште, норме су највишег степена апстрактности изведене индуктивно из низа мање апстрактних норми које важе за читав низ случајева обухваћених нижим нормама (*Лукић, Методологија права, стр. 215*).

Правна начела<sup>19</sup> (принципи, максиме, основе, аксиоми) дио су позитивног права, како се исправно закључује из најновије теоријско- правне грађе

---

<sup>18</sup> Душан Николић: Увод у систем грађанског права, стр.94.

<sup>19</sup> Према Јовану Аранђеловићу, основна начела су изнад закона, јер се изнад закона ставља нешто чиме се савладавају његове ограничености које проистичу из његове општости, из начела да за све важи на истзи начин (нпр. осећање правде).

(Д. Стојановић: *Есеј о правним принципима у грађанском праву*, *Правни живот*, 8-9/86, стр. 795), када се из њих, дедуктивним путем извлаче законске установе и рјешења судске праксе. Правна наука се сматра промоватором принципа који се стварају у законодавству и пракси. Правна иракса, коју канонизује и ЗОО није никаква гаранција да ће сваки од канонизованих принципа у стварности имати исти значај. Дедукцијом су створени и многи правни принципи у ЗОО, мада међу њима постоје и такви који су створени индукцијом, тако што их је правна наука индукцијом промовисала из правне и судске праксе. Критика указује да право које се изводи из принципа није добро, јер је нереално. Професор Стојановић прави разлику између правних принципа, у ужем смислу, који почивају, тако рећи, "сами на себи", јер нису преузети из обичаја и не садрже критеријуме одлучивања и правних стандарда или генералних клаузула које садрже критерије и мјерила примјенљива од случаја до случаја. Такви правни стандарди или генералне клаузуле су савјесност и поштење, добри обичаји, пажња доброг домаћина и доброг привредника.

Од материјалних принципа треба разликовати техничке принципе (*ars legis*) (Д. Стојановић: *Есеј...стр.801*). Ту спадају принципи за проналажење права, тумачење права и доказивање права.

Из ових напомена произилази да ЗОО у свом првобитном тексту, у чл. 1-25, садржи како материјално-правне принципе, тако и правне стандарде и техничка правила-принципе.

Начела су изворни принципи који осигуравају да право буде добро. Зло је увијек негација добра, тј. негација изворних принципа. Зло које нема свог принципа је накнадни нанос који је настао злоупотребом слободне воље. И право је израз слободне људске воље, али принципи су нужан коректив како за ствараоца права, тако и за правне субјекте. То је идеал природног права изражен кроз принцип да је то оно право које је увијек праведно и добро ("*Semper aequum et bonum*"). То је познато и од заповијести римског правника Улпијана: "поштено живјети, другог не повриједити, свакоме дати што му припада" ("*honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere*") или друга изрека о истом гласи: "правда је стална и трајна воља свакоме дати право које му припада" ("*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*"). За римског правника Целзу, право, заправо иравна наука је умијеће доброга и праведнога ("*ius est ars boni et aequi*"). Спутавана слободне воље законодавца и путоказ пракси лијепо је изражено и у Узанси број 3. Општих узанси за промет робом, која гласи: "3. Поштење и савесност је основно начело кога се странке морају придржавати у пословима промета робом. Странке се не могу позивати на неку од ових узанса, ако би њена примена у датом случају произвела последице противне томе начелу."

Ако бисмо почели прелиминарно закључивати, рекли бисмо да су основна начела основне детерминанте слободне воље субјеката у облигационим односима и примјене правила облигационог права на њихове односе, тј. апликација основног правног начела, начела законитости.

Најистакнутији савремени правни писци у својим излагањима нису заобишли питања појма и функција основних начела. За професора др Слободана Перовића, начела су опште одредбе, нека врста заједничког именитеља, које

исказују особености закона како у погледу циља и садржине, тако и у погледу његовог мјеста и домаћаја у правном систему. Она су општег и уводног карактера и у њих је кондензовано мноштво правила која су у Закону посебно разрађена. Начела су, осим тога, и правне норме у смислу њихове уобичајене примјене (*Перовић, стр. 49-50*).

Опште начело је апстрактна правна норма (изведени појам) изведена из низа мање апстрактних норми и која важи за читав низ случајева обухваћених нижим нормама. Опште начело је норма која краћим и јаснијим путем показује смисао читавог низа норми и тиме нам омогућује да дубље и тачније схватимо норме. Правна установа није уопште појам, као што је конструкција, нити је она једна општа норма, каква је опште правно начело; установа је скуп више норми које регулишу исти предмет. На основу норми које чине једну установу, стварају се појмови те установе - појам брака, појам штете итд. А на основу норми које важе за више установа стварају се општа правна начела (*Радомир Д. Лукић: Методологија права, стр. 215-216*). Што се тиче примјене начела, она се могу непосредно примјењивати у недостатку одговарајуће институције у Закону којом се односно начело оживотворује и може се суд на њега директно позвати и ријешити спорни случај (*Лоза, стр. 11*).

Према учењу о логичкој затворености правног система, у правном систему нема правних празнина. То је само привид, јер ако нема посебне норме за дати случај, ипак је и тај случај обухваћен општијом, апстрактнијом нормом, тј. начелом.

Значи да се правне празнине попуњавају, у крајњој линији, правним начелима. Тако се може ићи до највишег правног начела - начела праведности и њиме "затворити" све случајеве привидних празнина. Према овом схватању, тумач мора претпоставити да случај који и није законом изричито предвиђен, у ствари није изостављен. Фикција је да нема правних празнина. Сви случајеви које законодавац није специјално нормирао долазе под општу норму. (*Радомир Д. Лукић са гр Будимиром Кошутећем: "Увод у право", Научна књига-Београд, 1979, стр. 386*). Професор Лукић сматра да се попуњавање празнина општим правним начелом може и конструисати у случају да оно (опште правно начело) није изричито садржано у праву, него се изводи из конкретнијих норми и онда примјењује на случај који представља празнину (*Ибид, стр. 387*). Такав би могао бити примјењен поступак са начелом правичности у примјени норми из закона о облигационим односима.

Правна начела су једна аксиолошка (вриједносна) синтеза дате гране права. Као што се у другим друштвеним дисциплинама стварају филозофски, етички, естетски системи вриједности, тако се и у праву одређује шта је "највише добро", "заповијест", "категорички императив". Када се усвоји и нормира један такав принцип или скуп принципа, тада се све друге вриједности релативизирају према тим највишим вриједностима. То су такве норме према којима се усмјерава не само људска активност у правним односима него и само прописивање нижих норми које ће имати своју аксиолошку вриједност и моћи опстати у систему норми, ако не противрјече овим највишим нормама којима се пројцирају друштвени идеали, циљеви и захтјеви који се очекују од дате иравне гране. Норме ниже правне снаге од начела требају одговарати њиховим

вриједностима и помоћу њих се требају реализовати ти вриједносни постулати.

За разлику од начела које јесте правна норма и извор права у формалном смислу, правни стандард или генерална клаузула је средство правне технике којим се служи судија. Он утврђује садржај стандарда према околностима случаја (нпр. да ли је неко поступао савјесно или несавјесно, да ли је поступао са потребном пажњом или непажљиво и сл.) Стога се стандарди често преплићу и поистовјећују са начелима, што чини и законодавац, јер међу начела уврштава и именује начелом правни стандард "савјесност и поштење".

## НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ У ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА

Законитост подразумијева сагласност правног или материјалног акта са законом, односно правном нормом. У потпуности се цијени и формална и материјална (садржинска) законитост, односно незаконитост. Након извршене законске критике одредби о основним начелима Законом о изменама и допунама Закона о облигационим односима ("Службени гласник Републике Српске", број 17/1993. г.) настојаћемо их према критеријима сродности и предмету регулисања систематизовати, те на тај начин класификовати основна начела облигационог права као наставно-научне дисциплине.

На прво мјесто стављамо начело законитости које свој основни значај има у облигационом праву као грани права или правној дисциплини грађанског права као гране права односно правне области, ако се под грађанским правом подразумијева (као што неки подразумијевају) приватно право. О начелу законитости модерна теорија права излаже: "Извесност као нормативан појам се остварује у друштву које је организовано као држава у знатној мери применом права и начела законитости у најширем смислу, који представљају посебно важна регулативна средства за успостављање и одржавање извесности. Таква улога праву обезбеђује средишње место у друштву, а начелу законитости средишње место у праву. Начело законитости, дакле, није само једно између више сличних правних начела, већ је посебно важно начело које доводи у везу теорију хаоса са правном теоријом и извесност са правом." (Драган Д. Митровић: "Теорија хаоса и правна теорија", стр. 75).

Начело законитости подразумијева да неко правило, које је прописано као законска норма, у стварности нема значење односно легитимитет праве законске норме. Однос између права и морале је уграђен у начела облигационог права па тако и у начело законитости. Појам права је много обухватнији него што то правник практичар прихвата за свакодневну употребу. Законитост је један аспект моралног искуства који преплављује област права. Отуда се оцјеном законитости правне норме баве уставно-судске инстанце утврђујући да ли је садржај правне норме етичан. Покоравање закону не долази само од тога што је норма само наредба а покоравање наредби произилази из тога што је законодавац надређен, а адресат наредбе подређен (поданик). Управо је облигационо право са принципом *pacta sunt servanda* аргумент у прилог тога да право постоји и када му недостаје ауторитативна снажација. Принцип *pacta sunt servanda* је тако могло постати темељем међународног права, које нема, или још нема, неку

ауторитативну санкцију.<sup>20</sup> Оцјена законитости је оцјена садржаја права, а садржај права мора бити моралан.<sup>21</sup> Суд о вриједности је оцјена која је добра или рђава страна једне правне норме. Само су добри закони-закони.<sup>22</sup> Оно што спаја право и морај је тачка која их раздваја односно конфронтира до искључивости. Морализација права, тј. подређеност права моралу је камен спотицања јус натуралиста и јус позитивиста. Теорија природног права почива на вјеровању (за некога заблуди) да свако право није нормативно-да лјуде присили да се понашају онако како норма налаже, већ да им помогне да постану честити, а што је сврха и циљ морала као посебне групе друштвених норми, другачијих од правних норми.<sup>23</sup>

## **ЗАБРАНА ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА**

Друга одредба коју смо класификовали као компоненту начела законитости је одредба која начелно, принципијелно забрањује злоупотребу права. Ова одредба је према постојећој законској систематици члан 13. (пошто ми нисмо надлежни да формирамо "пречишћени текст", јер је то искључива надлежност законодавца), измијењена је тако да гласи: "Забрањено је вршење права из облигационих односа противно циљу због кога је оно законом установљено или признато." Тиме је, сада, досљедно успостављена тзв. "објективна концепција" забране злоупотребе права, а дио раније одредбе који је забрањивао и злоупотребу права која су установљена самоуправним споразумом, постао је беспредметан. Напуштен је онај субјективни концепт забране злоупотребе права по којем злоупотреба права постоји када се "своје", тј. субјективно облигационо право врши у намјери да се другом нашкоди (забрана шикане). ЗОО стимулише тзв. институционалну злоупотребу права. Мјерило злоупотребе је циљ који је утврђен у установљавајућој, односно признавајућој, законској норми, као и другој подобној норми да призна субјективно право (норме обичајног права или уредбе).

Сфера индивидуалне злоупотребе права јавља се у случају када субјективно право не почива на правној норми, већ на правном послу.

Злоупотреба права се разликује од заобилажења (изигравања) закона, када се вријећа смисао забрањујућег правила, али се респектује слово тога правила (поштује се слово, али се гази дух закона). По актима и радњама које су средство заобилажења јасно се разликује процес заобилажења од процеса исправљања одредби које уређују употребу дотичних аката и радњи.

Утврђивање злоупотребе права, у процесно-правном смислу, врши се по службеној дужности.

---

<sup>20</sup> Алесандро П. Д'АНТРЕВ:оп. цит., стр. 81.

<sup>21</sup> У етици имамо два главна правца: на старограчком заснован, хришћански деонтолошки у рационализму кантовски морал и англосаксонски утилитаристички морал. Појам «користи» и «жртвовања невиних» не постоји у деонтолошком моралу, етичко се никад не може свести на корисно, већ само на праведно и истинито. У утилитаризму се за принцип корисности жртвује све друго.

<sup>22</sup> Алесандро П. Д'АНТРЕВ:оп. цит., стр. 87.

<sup>23</sup> Ibid., str.88.

Правна посљедица злоупотребе права је забрана вршења права.

Као прекорачење граница субјективног права злоупотреба је бесправно поступање и онај од кога се тада захтијева да чини, не мора том захтјеву да удовољи, не мора да чини, а таквом захтјеву суд неће пружити заштиту. У мјери у којој је злоупотребљено, једно апсолутно субјективно право остаје ограничено. У таквим случајевима, код пресуда које за посљедицу имају правоснажност, наступа губитак права. Само код злоупотребе преображајног права под садашњим (тадашњим) околностима, доцније треба да остане могуће једино коректно вршење права {види: Коментар ЗОО, издање "Савремене администрације". Београд, 1980, стр. 71-72}.

Забрана злоупотребе права полази од претпоставке да је право могуће користити добро, али и лоше. Лоша употреба норми објективног права, од стране адресата правне норме, назива се злоупотреба права. Објективно право појединцу даје овлашћења која овај може употребити тако да и њему и другима буде добро, а може их употребити тако да само њему буде добро а другима лоше, било да је тај други држава, неко правно лице или физичко лице, појединац. Злоупотреба права шкоди, али санкција злоупотребе треба да погоди онога који своје право користи противно циљу који му је поставио законодавац. А већ смо нагласили да су само добри закони-закони. Начело законитости настоји да сваки закон односно законску норму сведе на добру норму. Уставно-судски систем посједује механизме да очисте правни поредак од лоших законских одредби. Притом се уставни суд не би требало да користи утилитаристичком етиком него деонтолошком која ставља знак једнакости између истине и правде. У руском језику за истину и правду користи се иста ријеч. Само према добрим законима људи треба да ускладе своје понашање. Њима законодавна власт не смије наметати лоше законе. Ако то и учини они су незаконити и као такви се интервенцијом уставног судства морају уклонити из правног поретка. Појединци, лица у облигационим односима не смију да се скрију из лоших закона и оправдају своје лоше понашање мада оно ствара привид да је законито, односно у складу са важећим законом.

Забрана злоупотребе права иначе је принцип цјелокупног имовинског права и требао је да се нормира у општем дијелу грађанског законика да је такав законик својевремено могао бити донесен. Овако је овај општи принцип грађанског права уврштен у начела облигационог закона, с тим да уколико би се важност овога начела ЗОО жељела проширити и на друге грађанско-правне односе, то би посебним законом, који уређује баш те односе, требало бити прописано (*Перовић, стр. 56*). Како смо већ истакли, злоупотреба права се састоји у злоупотреби овлашћења из субјективног права, тако да се потпуно или дјелимично онемогућује коришћење другог субјекта његовим правом, с тим да се тим не чини ништа недопуштено (*Лукић-Кошутућ, Увод...стр. 274*). Злоупотребу права треба разликовати од тзв. одговорности за ризик, гдје се потпуно правилним вршењем свога права наноси другоме штета. Вршење права којим се штета наноси не може се ограничити, већ се може само санкционисати успостављањем облигационог односа на накнаду штете, док се злоупотреба права мора ограничити (*Лукић-Кошутућ, увод...стр. 275*). Тако је у одредбама општег дијела ЗОО утврђено право на захтјев да се престане с повредом права

личности који је усмјерен према вршиоцу радње којом се повређује нечије право личности. Ако ове повреде настају вршењем неког свог права овај захтјев своди се тада на "забрану шикане". Ако повјерилац, без основаног разлога, одбије да прими испуњење обавезе, дужнику ЗОО допушта да путем суда испуни своју обавезу, депоновањем.

## ДИСПОЗИТИВНОСТ ЗАКОНСКИХ НОРМИ

Према члану 20. ЗОО: "Стране могу свој облигациони однос уредити другачије него што је овим законом одређено, ако из поједине одредбе овог закона или из њеног смисла не произилази нешто друго."

Овдје се изриче да су норме ЗОО такве природе да се могу примјењивати, тј. промијенити или искључити страначким договором. Од њих стране могу одступити или их страначким договором другачије регулисати, тј. диспозитивни пропис се примјењује ако странке нису у конкретном случају нешто друго стипулисале. Потпуне диспозитивне норме у потпуности супституирају страначке углавке, док допунске диспозитивне норме надопуњују вољу субјеката из облигације, када они свој однос дјелимично формулишу. Сигурно је да диспозитивност краси норме закона које претежно уређују облигационе односе настале из уговора као репрезентативног извора облигација у којем доминирајући значај има страначка воља. Међутим, услови живота то увелико мијењају код уговора по приступању, али и у законском тексту срећемо и тзв. императивне норме, норме *ius coeogens*, као што је забрана искључивања од примјене правила о прекомјерном оштећењу самовољом уговорених страна. Императивне норме су превалирајуће у области вануговорних извора облигација. Тако нпр. одредба: "Уговорне стране могу се споразумети да посебна форма буде услов пуноважности њиховог уговора", је диспозитивне природе, док је одредба: "Кад стране верују да су сагласне, а у ствари међу њима постоји неспоразум о природи уговора или о основу или о предмету обавезе уговор не настаје", императивне је природе.

Могло би се рећи да ЗОО садржи "допунске диспозитивне норме" које имају функцију да замјењују човјечију вољу (тј. вољу лица у праву) или, како се то у аргоу каже: "ако странке нису што другачије одредиле, тј. уговориле." Поред ових особина, оне имају и допуњујући карактер нормама које су саме странке договориле. Тада се јављају као "природни састојци" правног посла.

"Праве диспозитивне норме" закон не садржи, јер су то оне норме које субјекти облигација стварају изјавом своје воље, нарочито у границама слободе уговарања.

## ПРИМЈЕНА ДОБРИХ ПОСЛОВНИХ ОБИЧАЈА

Члан 21. став 1. ЗОО прописује:

"Стране у облигационим односима дужне су да у правном промету поступају у складу са добрим пословним обичајима."

Професор Перовић истиче да су, поред правичности и начела поштења и савјесности, добри пословни обичаји су тежња закона да преко реалних животних односа коригује строго формално-правну примјену правне норме. Законске правне норме и њихова примјена, посебно када правно надграђују пословне односе, без уважавања метаправних мјерила као што су обичаји, могу бити узрочником правног парадокса: **"*summum ius summa iniuria*"**. Поједини пословни односи не могу се ни замислити без уважавања пословних обичаја, као што су туризам и угоститељство, грађевинарство или трговина.

Обичај је устаљено правило понашања дате животне средине. То би било за право потпуно неважно, да закон својом нормом директно или индиректно не да обичају правни карактер. Значи, ако постоји одређени обичај у животу народа, односно пословних кругова, тада суд, ако је овлашћен законом, може примијенити обичајно правило као правно правило, ако оцијени да дато правило не противрјечи установи јавног поретка.

Примјена обичаја, као коректива нежељеним посљедицама законског формализма, предвиђена је, како исцрпно о томе указује професор Перовић, изричито, на много мјеста у тексту ЗОО. Тако, нпр. оцјена правне природе излагања робе са одређеном цијеном зависи од околности случаја или обичаја; суд ће допунити вољу уговорних странака које нису постигле сагласност о споредним тачкама водећи рачуна о претходним преговорима, утврђеној пракси међу уговарачима и обичајима; питање правне природе тзв. "опште понуде" условљено је оцјењивањем у контексту околности случаја или обичаја. Примјена обичаја Законом је очекивана код прихвата и дејства понуде, ваљаности и дејства легитимационих папира и знакова; одбијању камате приликом плаћања новчане обавезе прије доспјелости; код рокова плаћања закупнине, отказних рокова уговора о закупу и прегледу закупљене ствари, те код низа уговора у привреди којима се врше услуге - за сва ова питања примјена обичаја је законом прописано допунско диспозитивно правило (*Перовић, стр. 60-61*).

### Примјена узанси

Према члану 21. став 2. ЗОО: "На облигационе односе се примјењују узансе ако су учесници у облигационим односима уговорили њихову примену или ако из околности произилази да су њихову примену хтели." У прелазним и завршним одредбама, тј. у члану 1107. који говори о "примјени обичаја", аброгирана је претпоставка о примјени општих или посебних узанси, тј. таква одредба општих или посебних узанси којом се утврђује претпоставка да су уговорне стране пристале на примјену узанси, ако их уговором нису искључиле. Опште узансе за промет робом ("*Службени лист ФНРЈ*", бр. 15/54) неће се примјењивати послје стицања на снагу ЗОО у питањима која су њим регулисана. Међутим, опште или посебне узансе или други трговачки обичаји

моћи ће се примјењивати, макар били и супротни диспозитивним нормама ЗОО, ако су стране изричито уговориле њихову примјену. Уколико нису изричито уговориле, опште или посебне узансе или трговачки обичаји неће се примјењивати ако су супротни диспозитивним нормама ЗОО.

Овим изричитим регулисањем отклања се аномалија коју је за наше грађанско облигационо право запазио професор Милан Бартош у Предговору књизи др Љубише Милошевића: "Облигационо право", Шесто издање, стр. IV. Та аномалија се, прије ступања на снагу ЗОО, састојала у томе да се међу формалним изворима облигационог права урачунавају Опште узансе за промет робом које су зборник трговачких обичаја. Таквим признавањем трговачким обичајима значаја формалног извора облигационог права повријеђено је "правило да се привредно право допуњује грађанским правом, а не грађанско право привредним правом."

### **Примјена закона о облигационим односима**

Члан 1106. ЗОО гласи: "Одредбе овог закона неће се примјењивати на облигационе односе који су настали пре ступања на снагу овог закона." Према томе, ако су по ранијем пропису започети, а нису окончани одређени поступци или радње, они ће се по тим "старим" прописима материјалног права и окончати, без обзира на ступање на снагу "новог" закона. Битно је да су облигациони односи настали прије ступања на снагу ЗОО. То значи, нпр. да је уговор закључен или да је извршена противправна радња којом је неком лицу проузрокована штета и сл. Осим тога, овом одредбом изражено је и опште уставноправно начело о забрани ретроактивности закона. Изузетно, према уставноправној норми, само поједине норме у законима могу имати повратно дејство, ако то захтијева на закону утврђен (у законодавном процесу) општи интерес. Значи, општи интерес мора бити утврђен у процесу доношења односног закон. Кад се у том поступку утврди да постоји општи интерес, поједине норме у законима које имају повратно дејство, посебно се означавају у прелазним и завршним одредбама. Тако је, нпр. поступио законодавац у Републици Српској приликом вршења измјена и допуна ЗОО.

У члану 59. Закона о изменама и допунама ("Сл.гл.РС, 17/93) одређује се: "Члан 34. овог закона примењиваће се и на облигационе односе који су настали пре ступања на снагу овог закона уколико петогодишњи рок застарелости није истекао до његовог ступања на снагу." А у члану 60. истог Закона...прописано је: "Члан 36. овог закона примењиваће се и на новчане обавезе које су настале пре ступања на снагу овог закона уколико оне нису биле испуњене до његовог ступања на снагу."

Значи да је у овом случају или по овом питању утврђен општи интерес у законодавном процесу и да је он оправдан, јер се ради о покушају валоризационог сузбијања погубног дејства хиперинфлације на новчане обавезе. А у члану 34. петогодишњи општи рок застарјелости продужен је онако како и одговара његовом значају, тј. на десет година, тако да се благодетима овога општег рока могу користити субјекти чија обавеза у ранијем општем року од 5

година није застарјела. Уколико се ентитетски закони о облигационим односима, изузетно, у појединим својим одредбама разликују, они могу бити у сукобу. Тада можемо говорити о унутрашњем сукобу закона. Сукоб закона се ријешава путем колизионих норми које упућују на мјеродавно право. Такве одредбе садржи Закон о облигационим односима Републике Српске у чл. 23. и 1105.

### **Питање примјене тзв. "стarih правних правила" након ступања на снагу ЗОО**

Ми смо већ изнијели значај тзв. "стarih правних правила" грађанских законика које је као "садржину", а не као "норму" реafirмисао познати Закон о неважности... Јер, свако правно правило састоји се од садржине и нормe. Старим правним правилима Законом о неважности... одржан је садржински значај под условом да су суду потребна таква правила и ако њихова примјена не противрјечи Закону о неважности... А норма за њихову примјену, ако се судија одлучи да их употријеби, је управо у Закону о неважности правних прописа донијетих прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријатељске окупације. Право је, иначе, детерминисан систем као низ правила у облику правних норми у разноврсним правним актима. Тако су и правила облигационог права сада формулисана као правне норме у великом кодификаторском дјелу какво је ЗОО. Међутим, ЗОО не обухвата, не даје правила у облику норми, или његове норме не садрже правила о нпр. поклону, послузи, ортаклуку, штети од животиња, штети од грађевина или о штети од падања, бацања или просипања из просторија. Треба имати у виду да су и за ова питања постојала правна правила у бившим грађанским законикима. Поставља се питање да ли ова правила треба и даље примјењивати под кондицијама из Закона о неважности... или узети да су ова питања ван интереса за позитивно облигационо право, те ако се јаве у животу да треба примјенити правила општег дијела облигационог права, правила о тумачењу и метод законске или правне аналогије. О томе постоје два мишљења у правној теорији по доношењу ЗОО.

Према професору Перовићу, примјена правних правила предратних закона, а преко њих и нека врста реинкарнације АГЗ-а, СГЗ-а, итд појава која је у овој области у нашем правном животу била присутна више од тридесет година, окончава се ступањем на снагу овог закона, са напоменом да Закон нема повратно дејство... Самим тим, истиче професор Перовић, и поменути Закон о неважности добија све више само историјски значај. Међутим, наставља професор Перовић, уколико један облигациони однос није регулисан Законом о облигационим односима нити другим прописом (нпр. извјесна питања у области поклона или послуге), поставља се питање могу ли се на те односе и даље примјењивати правна правила у смислу Закона о неважности... Чини се, закључује професор Перовић, да и код овог питања, приликом избора правног правила, треба поћи од духа ове кодификације, тј. од принципа и општих правила Закона о облигационим односима а у оквиру уставом утврђених начела друштвеног уређења.

Овим закључком професор Перовић даје компромисну формулу која је на трагу подршци једном експлицитном ставу професора Голдштајна у *Прологу* мени Закону о обвезним односима, *Обвезно право*, књ. 1, Загреб, 1978,

стр. 15. Тај став, *in extenso*, гласи: "Закон о обвезним односима представља кодификаторски рад. Обвезно је право тим законом кодифицирано у цјелини, па се правна правила предратних грађанских законика и трговачких закона не могу више примјењивати. Ако је у том закону изостављено нешто што је до сада било регулирано, има се сматрати да је то учињено намјерно. Ако у њему има празнина, оне се не би могле попунити позивањем на правна правила предратних закона, већ се могу попунити усвојеним методама интерпретације. Тако, на примјер, Закон не познаје институт ортаклука, познат бившим грађанским законима. Пракса се неће моћи одрећи тог института, али се неће моћи позивати ни на правна правила предратних закона, већ ће се ортаклук сматрати, с гледишта Закона о обвезним односима, неименованим уговором." А даље професор Голдштајн резонује: "С друге стране, закон није обухватио нјелокупно обвезно право. За републичко, односно покрајинско законодавство резервирано је на основи савезног устава (чл. 281.) све што не спада у опћи дио облигација и уговорне и друге облигационе односе у области промета робе и услуга. За непривредне субјекте требат ће, дакле, прописе обвезног права потражити изван Закона о обвезним односима."

Дакле, ма колико резолутно ово становиште било, оно не искључује да се "прописе", а вјероватно се мисли на "правила" облигационог права, траже, и ако није могуће у позитивним прописима и према "попуњавању празнина усвојеним методама интерпретације" да је то "изван ЗОО" и у старим правним правилима.

Професор Јожеф Салма у *Облигационом праву, Научна књига, Београд, 1988. стр. 58* заузима став по овом питању овако: "Доношењем савезног Закона о облигационим односима, предратна правна правила готово су у целини, тачније, у регулисаним деловима облигационих односа, изгубили сваки позитивноправни значај."

И на крају изношења погледа правних теоретичара истичемо и мишљење проф. др Живомира С. Ђорђевића и проф. др Владана С. Станковића у *Облигационом праву, издање "Научна књига", Београд, 1986, стр. 32* које гласи: "Али поставља се питање, која ће се правна правила примењивати на облигационоправне односе чије регулисање спада у нормативну надлежност република и покрајина, док ти односи од стране њих не буду регулисани. Сматрамо да треба примењивати правна правила садржана у прописима бивше Југославије на основу Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, који је, као што је већ речено, донет 1946."

Међутим, реалност распада Југославије и промјена друштвено-економског система поново поставља питање примјене сада Закона о неважности којим су се жељели заштитити тзв. социјалистички односи у настајању, насупрот пораженим, у своје вријеме, буржоаским друштвеним односима чији су "мали устави" управо кодификације грађанског законодавства. Ово питање није ријешио ни ЗОО у прелазним и завршним одредбама. Републике и покрајине као федералне јединице савезне државе Југославије престале су постојати као федералне јединице. Осим тога, колико нам је познато нису ни за вријеме своје егзистенције у СФРЈ искористиле уставно овлашћење да посебно уреде облигационе односе које им је устав оставио у надлежност.

Сматрамо, а с обзиром на традицију нашег права које је законско а не преседентно право (код којег је као извор права означена судска одлука и као образац за рјешавање сличних случајева подигнута на ранг оиштег правила, као у англосаксонском праву) да је досадашња пракса наших судова, у случајевима када позитивно право нити обичаји које закон признаје не дају одговарајуће правило, била оправдана за примјену "старог иравног правила". Сигурно је да за правну извјесност (сигурност) код примјене ирава у правној свијести живе садржаји тзв. "старих правних правила", да их наши судови познају и да странке у та правила имају увида. Далеко би већа несигурност настала уколико би се судовима оставиле одријешене руке у формирању судског преседента. Тиме би се извршио драстичан "упад у правни систем", што би још више компликовало кризу нашег правног система. Неби, с наше стране, било оиравдано извадити још једну циглу из трошне зграде правног система. Стога се приклањамо схватању да, у крајњем случају, када се исцрпе могућности нримјене позитивноправних прописа и законом признатих обичаја, суд за рјешење конкретног питања посегне за садржајем старог правног правила чиме се подржава нимало лоша оријентација на очувању традиције нашег правосућа.

## ПОСТУПАЊЕ У СКЛАДУ СА ОПШТИМ АКТИМА

Према члану 9. из Закона о изменама и допунама ЗОО (*Сл. Гл. РС, 17/93*) члан 22. ЗОО сада гласи:

"Поступање у складу са општим актима" Члан 22.

(1) Правна лица у заснивању облигационих односа поступају у складу са својим општим актима.

Али уговор који је закључен или друга правна радња која је предузета остаје на снази, осим ако је за то друга страна знала или ако је овим законом другачије одређено."

Ова одредба је, несумњиво, уврштена у начелне одредбе и изведена из начела законитости управо ради правне сигурности (извјесности) на терену облигационих односа. Трећа лица не знају, и обично и не могу знати, да ли њихов сауговорач поступа у складу или супротно својим општим актима. Ова одредба је критика познате енглеске доктрине "**ultra vires**" по којој правно лице не може стицати права ни преузимати обавезе изван специјалне правне способности коју има. Међутим, постоје разложни аргументи да правну способност правних лица не би требало уско тумачити, нити је везивати за аутономна ограничења, ни за дјелатност, већ је треба узимати специјалном само у односу према општој правној способности физичког лица, тј. као ужу у односу на његову само у погледу права и обавеза којих правно лице, по природи ствари или по својој природи, не може бити овлашћеник. Одатле није тешко доћи до закључка да стање ствари предвиђено у општем акту једне уговорне стране може имати дејство само у случају несавјесности друге уговорачке стране. То значи да уговор или правна радња неће произвести правно дејство ако је супротна општем

акту, а за то је друга страна знала или је морала знати, па се и поред тога упустила у закључивање тог правног посла или неке правне радње са другом страном.

Претпоставља се да је трећем лицу, тј. сауговорачу, било познато или му није могло бити непознато стање ствари предвиђено у "интерном пропису" какав је општи акт сауговорача, ако се ти подаци које садржи општи акт сауговорача, по закону, уписују у судски регистар. Подаци уписани у судском регистру су, по претпоставци, доступни јавности, те се због те претпоставке трећи не може оправдати да му нису познате одредбе општег акта које су као подаци уписани у судски (јавни) регистар. Та претпоставка дјелује од дана уписа.

Дужна пажња, тј. савјесност сауговорача налаже му да врши провјеру података из судског регистра прије уласка у правне односе. Међутим, постоје и разложна упозорења да се и та законска претпоставка мора уско тумачити када се ради о пословима привредног права (пословима робног промета), јер се многи послови, по природи ствари, закључују телефоном, телеграмски, телепринтерски или телефаксом.

## ПРИМЈЕНА ДРУГИХ САВЕЗНИХ ЗАКОНА

Члан 23. ЗОО гласи:

"Примјена других савезних закона

На облигационе односе који се уређују другим савезним законима примјењују се одредбе овог закона у питањима која нису уређена тим законом."

Закон о облигационим односима полази од претпоставке да су други савезни закони када регулишу облигационе односе *lex specialis* у односу на опште право из ЗОО. Такав однос, *lex specialis* дерогат *legi generali* имају нпр. Закон о облигационим и основним материјално-правним односима узвдушној пловидби или Закон о дарничном поступку или Закон о ауторском праву и др. (Перовић, стр. 43).

Ми разумијемо да ова одредба постоји у Закону о облигационим односима који важи у Савезној Републици Југославији, али нисмо увјерени у исправност редакторског поступка законодавца у Републици Српској који је ову одредбу у непромијењеном тексту задржао након што је извршио измјене и допуне. Можда је то из разлога што државно-правни статус РС још није довршен. Република Српска је у своје уставно-правне документе уврстила тврдњу да је она у саставу СРЈ, док СРЈ у своје уставно-правне документе није ставила ову констатацију. Заправо, ова формулација има смисла само ако се ова одредба ЗОО доведе у везу са чланом 12. Уставног закона за спровођење Устава Републике Српске по којем: "До доношења одговарајућих закона и других прописа Републике примјењиваће се закони и други прописи СФРЈ и СРБиХ, који су у сагласности са Уставом Републике и који нису у супротности са законима и другим прописима које је донијела Скупштина српског народа у Босни и Херцеговини, односно Народна скупштина." Према томе, ова одредба ЗОО упућује на примјену савезних закона бивше СФРЈ под условима из овог члана Уставног закона. Међутим, сматрамо да су редактори Закона о изменама

и допунама ЗОО могли елегантније да ријеше питање општег и посебног прописа и хијерархије њихове примјене на тај начин што су могли већ сада прописати сљедећу одредбу коју предлажемо *de lege ferenda*: "На облигационе односе који се уређују другим законима примјењују се одредбе овог закона у питањима која нису уређена тим законом."

## **ПРИМЈЕНА ПОЈЕДИНИХ ОДРЕДАБА**

Члан 25. ЗОО измијењен чланом 10. Закона о измјенама и допунама ЗОО (Сл. гл. РС, 17/93) гласи:

"Примјена појединих одредаба

(1) Одредбе овог закона које се односе на уговоре примјењују се на све врсте уговора, осим ако за уговоре у привреди није изричито другачије одређено.

(2) Уговори у привреди су, у смислу овог закона, уговори које предузећа и друга правна лица која обављају привредну дјелатности, као и имаоци радњи и други појединци који у виду регистрованог занимања обављају неку привредну дјелатност закључују међу собом у обављању дјелатности које сачињавају предмете њиховог пословања или су у вези с тим дјелатностима.

(3) Одредбе овог закона које се односе на уговоре сходно се примјењују и на друге правне послове."

Овим одредбама објашњен је принцип или приступ, односно концепција јединственог регулисања облигационог односа, за све субјекте без обзира да ли су то привредни субјекти у обављању привредне дјелатности (субјективно-објективно дефинисање привредног посла) или су то остала лица. Тиме се, начелно, уклања дуализам облигационог права, тј. подјела на грађанско-облигационо право и привредно-трговачко облигационо право, позната историјски и упоредно у законодавству и пракси других држава. Тај дуализам није искључен у детаљном регулисању, тј. тамо гдје закон изричито другачије уређује.

Други правни послови на које се сходно примјењују одредбе ЗОО које се односе на уговоре су једностране изјаве воље и издавање хартија од вриједности. Ипак, постоји и изузетак од примјене одредбе члана 25. став. 3. ЗОО, јер у материји услова, има правних послова који се не могу условљавати. Таква страначка одредба била би неспојива са правном природом послова који не трпе неизвјесност и несигурност. У таквим правним пословима додавање услова производи неважност правног посла или се узима фикција да услов није ни додан.

## **ОБЛИГАЦИОНИ ОДНОСИ НАСТАЛИ ВАН РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ**

Аутономија воље субјектата облигационих односа омогућује им да заснују облигационе односе изван територије Републике Српске као и да сами одреде, изаберу, мјеродавно право, за регулисање својих односа. То је основна колизиона

норма која обухвата унутрашњи и међународни колизионни елемент. Ако стране тако не поступе, Закон им прописује колизиону норму *lex fori*. Мада је ово правило формулисано као закон земље извршења обавеза, ипак се он своди на правило *lex fori*. Значи да ће се остваривање права и обавеза из облигационих односа, било вансудско или судско, на територији Републике Српске подвргнути праву Републике Српске. Члан 56. Закона о измјенама и допунама ЗОО гласи:

"Назив члана и члан 1105. мијења се и гласи:

Облигациони односи настали ван Републике Српске

Члан 1105.

На права и обавезе које нису настале на територији Републике Српске, уколико учесници облигационих односа нису изабрали мјеродавно право, примјењује се право Републике Српске ако се права и обавезе остварују на тој територији."

## **РЈЕШАВАЊЕ СПОРОВА НА МИРАН НАЧИН**

Према члану 57. Закона о измјенама и допунама, Закон о облигационим односима (Сл. гл. РС, 17/93) члан 19. ЗОО гласи:

"Рјешавање спорова на миран начин

Члан 19.

Стране у облигационом односу настојаће да спорове рјешавају, усаглашавањем, посредовањем или на други миран начин."

Иначе, у теорији се, као грађански спор (у материјално-правном смислу) сматра "сукоб опречних грађанско-правних интереса". С друге стране, у процесно-правном смислу спор о грађанском праву је грађанска парница која се води пред судом по прописима грађанског парничног поступка између парничних странака као носилац опречних интереса са циљем да се по закону расправи и ријеша.

Сматрамо да се овом начелном одредбом Закона жели избјећи између субјеката облигације спор у виду грађанске парнице, како би се и странкама и држави уштедјели трошкови, вријеме и енергија, увијек када је то могуће. Грађански спор у материјално-правном смислу настаје, нпр: о постојању или непостојању нечијег грађанског права, о његовој садржини, његовом обиму, о разним обавезама које на основу облигације вежу нека одређена лица, о постојању дуга, о постојању тражбине и друге небројене комбинације и ситуације, у којима се грађанска облигациона права појединих правних и физичких лица, којима држава, правним поретком, гарантује заштиту, вријеђају, угрожавају или оспоравају. Овом одредбом се тражи да се спор о грађанском праву ријеша, усаглашавањем, посредовањем или на други миран начин, значи, споразумом заинтересованих страна без интервенције државе и њених органа. Такав приступ рјешавању спора међу лицима из облигационог односа је могућ, јер они својим грађанским правима могу самостално располагати. Сам ЗОО садржи разраду ове начелне одредбе у материјално-правним одредбама о уговору о поравнању (чл. 1089-1098.) тј. тзв. "добровољном поравнању". *Правилник о Спољнотрговинској арбитражи при Привредној комори Југославије* (тзв. Београдска арбитража) уређује поступак за миренење који је факултативног карактера. Професор др Владимир Капор сматра да ова начелна одредба ЗОО

омогућује суду да, у споровима из облигационих односа, упути странке да претходно покушају рјешавање спора на миран начин, уколико то већ нису покушале (*Види: Коментар Закона о облигационим односима I, Редактори: Проф. др Борислав Т. Благојевић и проф. др Врлета Круљ, Савремена администрација, Београд, 1980, стр. 90.*)

## **ЗАКЉУЧАК О НАЧЕЛУ ЗАКОНИТОСТИ У ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА**

У досадашњем излагању изнијели смо десет одредаба Главе I Закона о облигационим односима под заједничким насловом ОСНОВНА НАЧЕЛА. Изабрали смо десет одредаба које смо подвели под једно начело, начело законитости, без обзира што по слову закона свака од тих одредаба представља посебну одредбу. Међутим, систематским тумачењем дошли смо до закључка да ове одредбе представљају компоненте садржаја највишег правног начела уопште, које своје мјесто налази и у облигационом праву, тј. у Закону о облигационим односима као кодификацији већине норми облигационог права. Те компоненте начела законитости како смо изнијели су: Садржина закона (члан 1.), Забрана злоупотребе права (члан

13.), Диспозитивни карактер одредаба закона (члан 20.), Примјена добрих пословних обичаја (члан 21.), Примјена овог закона (члан 1106.), Поступање у складу са општим актима (члан 22.), Примјена других савезних закона (члан 23.), Примјена појединих одредаба (члан 25.), Облигациони односи настали ван Републике Српске (члан 1105.) и Рјешавање спорова на миран начин (члан 19.).

Надамо се да ће ова систематска синтеза помоћи дубљем разумијевању и међусобној повезаности и испреплетености ових одредаба што смо били дужни студентској радозналости повјерити. Вјерујемо да смо ипак иронашли заједнички називник свих ових одредаба, јер су оне, гледано изоловано, заправо, техничка правила за примјену права, изузев начела забране злоупотребе права, које је правно афирмисано као опште начело грађанског права. Али, и ово начело са свим техничким иравилима повезује чињеница да се злоупотреба права може контролисати и вредновати тек приликом употребе, тј. примјене права.

## **НАЧЕЛО ПРАВИЧНОСТИ**

Начело правичности које смо у нашој систематици поставили на друго мјесто, одмах иза начела законитости, иако није систематизовано у Глави I Закона о облигационим односима, заслужује овакав третман бар из два разлога. Као прво, ово начело је повезано са начелом законитости и представља практични, реални израз тога начела и његову корекцију. Наиме, већ смо у уводним излагањима о начелима изнијели да према учењу о затворености правног система, правне празнине се могу попуњавати општим начелима идући све до највишег правног начела, начела праведности, којим се, према овим теоретичарима, могу "затворити" сви случајеви правних празнина. Као други разлог за систематизовање начела правичности јесте и његово постојање у нормативном тексту закона и у духу закона.

Дефинисање правичности као и правде, предмет је опште теорије права. Правичности се придају значајне функције. У основи му је техничко- правна улога или начин примјене права да би се избјегла погубност максиме: "*summum ius summa iniuria*". Теоретичари му придају и функцију морализаторског дејства на право; улогу економског агенса у праву и значај фактора стабилизације права. (Невенко Мисита: "*Правичност као основ обавезивања на накнаду штете, докторска дисертација, Сарајево, 1980. стр. 67*) Правичност као формални извор права своди се на препуштање судији да по своме одлучује (Мисита, стр. 69). У отклањању "неповољног" ("неправедног") дејства општег правног правила на појединачни случај, тј. у његовом прилагођавању конкретном случају, уз остало, основно средство у рукама суда јесте правичност, начин примјене права или дистрибуције права (Мисита, стр. 81). Суђење по правичности је метод попуњавања правних празнина или, по Аристотелу: "Суштина правичности је да исправља законтамо гдје је он због своје уопштености непотпун." {*Арисшошел: Никомахова етика, стр. 139*). Правда се достиже слиједећи једно опште упутство: «једнако поступати према једнаким стварима (дистрибутивна правда) и неједнако поступати према неједнаким стварима, сразмјерно њиховој неједнакости (комутативна правда).<sup>24</sup>

Да ли право може бити неправедно? Има схватања која разликују праведно од неправедног права! Да ли је праведно примијенити неправедно законско ријешење, према начелу: *dure lex, sed lex?*<sup>25</sup> Одговор је да, у правилу, све док спорна, неправедна законска одредба важи, тј. док није проглашена за незакониту, представља важећу норму позитивног права коју суд мора да примијени ако одговара конкретном чињеничном стању. Насупрот овоме, постоје и схватања да би, у таквом случају, суд требало да застане у расправљанју спорног правног питања док не добије одговор уставног суда о питању законитости поједине одредбе. Суд је овлашћен и да сам иницира оцјену уставности и законитости одређене законске одредбе коју оцијени као неправедну, што се у пракси ријетко догађа.<sup>26</sup> Наш правни систем не припада англосаксонској правној традицији суђења по правичности. Стога судија у нас може судити по правичности само ако га на то изричито овласти законодавац, као што је учинио одредбом члана 169. Закона о облигационим односима, као и када се суђењем морају попунити правне празнине законским начелима, јер конкретне одредбе за спорно питање закон не садржи.<sup>27</sup>

"Правичност је метод примјене права којим се вредновањем, директно посредујући између конкретног случаја и владајућег концепта правде, остварује његова примјена у том случају и утолико у датом правном поретку." (Мисита, стр. 88).

Правичност је окренута друштвеној садржини конкретног случаја, а не правној норми. Правичност уважава и вреднује релевантне околности конкретног

---

<sup>24</sup> Наведено према: Душану Николићу: «Увод у систем грађанског права», треће издање, Нови Сад, 2001., стр. 98.

<sup>25</sup> Строг закон, али закон.

<sup>26</sup> Душан Николић: оп.цит., стр. 99.

<sup>27</sup> Ibid., стр. 101.

случаја као што су:

- имовинско стање субјекта,
- њихов социјални статус,
- њихова савјесност,
- степен кривице и сл.

Професор др Слободан Перовић сматра да законодавац треба изричито да дозволи примјену правичности када природа конкретног законског правила то дозвољава, али да суд не може да суди по "правичности", већ је везан за ону (правичност) која се објективно исказује и утврђује.

Највећи значај дао је Закон о облигационим односима правичности прогласивши је основом обавезивања на накнаду штете. Ради се о једном корективном или "трећем" основу одговорности у оквирима тзв. "одговорности за другог". Тиме је примјена овог основа одговорности сведена на двије ситуације:

1) Ако се обавезује штетник (лице незрела или нездрава ума), када, по основним принципима грађанско-правне деликтне одговорности за његове радње други одговара и одговарао би да нема одлучивања по принципу правичности, и

2) када се обавезује лице које је у правно релевантном односу са штетником (родитељ или старатељ) иако је штету проузроковао штетник способан за расуђивање, тј. који је по општим принципима одговорности одговорно лице, али је није у стању надокнадити.

Правичност је критеријум за одлучивање и у случају судара моторних возила, ако нема кривице ни једног од штетника и ако разлози правичности налажу да не одговарају, како би требало, на равне дијелове.

У материји тумачења уговора, као допунско правило јесте тумачење нејасних одредаба у уговору без накнаде у смислу који је мање тежак за дужника, а у теретном уговору у смислу у којем се остварује правичан однос узајамних давања. Правичан однос узајамних давања у теретном уговору утврдиће суд тумачећи нејасне одредбе кроз њихово повезивање са одговарајућим општим начелима облигационог права. Код материјалне ревизије или раскида уговора због промијењених околности, уз остале услове, могуће је преобразити правни однос ако би, по општем мишљењу, било неправично одржати га на снази. Ако раскид погађа другу страну она може захтијевати правичну накнаду штете. Правична накнада јавља се и приликом утврђивања висине накнаде нематеријалне штете, у случају смрти или тешког инвалидитета неког лица.

Осим тога, правична накнада јавља се и у низу посебних случајева код утврђивања уговорне одговорности, као што су: случај раскида уговора о грађењу од стране наручиоца; снижавање претјерано високе накнаде комисионарове на захтјев комитента; приликом стављања општих услова неправичне и претјерано строге одредбе неће се примијенити ако суд, из разлога неправичности, одбије њихову примјену; код јавног обећања награде, награда се додјељује по правичности ако се у случају када је више лица истовремено извршило радње не може, из разлога правичности, дозволити да сваком од

извршилаца радње припадне једнак дио награде. (Перовић, стр. 57-59).

Најбоље да закључимо ставовима професора др Божицара С. Марковића, који се најтемељитије бавио истраживањима у троуглу: ПРАВДА-ПРАВИЧНОСТ-ПОЗИТИВНО ПРАВО. Још за Улпијана правда је *sum cuique* - дати свакоме оно што му припада. А ПРАВИЧНОСТ, према академику Миодрагу Јовичићу, приказивачу опуса професора Марковића, значи примјену апстрактне идеје правде у пракси, на одређени случај. И када није извор права, као што је то у модерним правима (за разлику од Рима (*aequitas*) или Енглеске (*equity*) гдје је извор права), "правичност мора да буде при руци судији када суди по позитивном праву да, ако је потребно, попуни његове празнине, исправи крутост правних норми."

Поред огромног значаја који има за правну праксу, правичности професор Марковић придаје и теоријско-законодавни значај. Тако он истиче да "основни задатак правне науке види у потреби да изгради метод који ће омогућити да позитивно право буде у што већем складу са схватањем правде датог времена и са захтевима правичности."

## НАЧЕЛО РАВНОПРАВНОСТИ СТРАНА

Начело правне једнакости обухвата два нивоа заштите грађана пред законом. Одредбом члана 8. Опште декларације о правима човјека прописано је да су сви људи пред законом једнаки. Одређена права имају универзални карактер и признају се свим људима свијета без обзира на вјерску, расну, националну или какву другу разлику, својство или статус. То су популарна «права човјека» или «људска права». Она су неприкосновена и ни један правни поредак или законодавац их не смије изоставити и оставити незаштићенима, а њихов се број стално увећава. С друге стране, постоје и права којих су везана само за домаће држављане и која се зову «права грађана»<sup>28</sup> Када говоримо о једнакоправности страна у облигационим односима претпостављамо да се ради о правима грађана или грађанским правима.

Члан 11. Закона о облигационим односима носи наслов: "Равноправност страна", а законски текст члана 11. гласи: "Стране у облигационом односу су равноправне."

У облигационом односу ни једна страна није надређена другој, тј. не може по материјалном праву да другој страни намеће обавезе или јој на други начин одређује понашање. Односи страна у облигационом односу су координирани и нема односа субординације, као што тај однос постоји у управном праву или кривичном процесном праву. За поменуте гране права карактеристичан је метод уређивања друштвених односа под називом: "метод службених наређења". Такав метод у тим гранама права је могућ јер једна страна таквих правних односа наступа као орган власти и овлашћена је да другом субјекту у тим односима одређује обавезно понашање. И то је она овлашћена по

---

<sup>28</sup> Ibid., стр. 104.

правном пропису. У свим фазама егзистенције облигационог односа влада координирано понашање страна. Реализација права и обавеза врши се у складу са садржајем облигације тако да ни једна страна не може самовољно поступати, да тако кажемо, "на своју руку". Дужник дугује извршење својс обавезе како она гласи, или како је "усаглашена", и повјерилац (као друга страна односа) нема право да захтијева нешто друго, тј. дужан је примити испуњење обавезе ако се она од стране дужника испуњава уредно, тј. како је у облигацији утврђено. Обавеза се може угасити само сагласношћу воља страна у облигационом односу или на основу законског овлашћења једне стране или по сили закона.

Раскидање уговора једне стране (једнострано) могао би бити облик насиља, издаје, лукавства или подвале једне стране према другој. Због тога су законом предвиђени услови за овакву потребу уговарача уз гаранцију да се ово право обликовања не злоупотребљава на штету сауговарача, већ да се допусти само тамо гдје је и када је нужно у циљу заштите и осталих основних интереса уговарача утврђених основним начелима Закона. Закон мора да ограничи могућности овог "отказивања" уговора, тј. да предвиди оправдане интересе ради којих се, фактички, може прекршити "задата реч", и "изиграти поверење" сауговарача у заједнички посао. Право на раскид уговора, и када га Закон у нормативном дијелу предвиђа, не може бити супротно моралном императиву нити установи јавног поретка, ни начелу "савјесности и поштења".

Као разраду начела равноправности страна облигационог односа у нормативном дијелу Закона професор др Богдан Лоза наводи: "дужност истовремености испуњења обавеза у двостраним уговорима." Могућност уношења клаузуле о егзонерацији ипак се не прихвата, тј. забрањено је за намјерно или крајње непажљиво понашање дужника, јер, када би то било могуће, значило би диктат неповољних одредаба једне стране другој. Такав диктат може да проистекне из неравноправног (фактичка или економска неравноправност, социјална или политичка неравноправност и сл.) или монополског положаја једне стране и у облигационом односу.

Као компоненту начелне одредбе о равноправности страна узимамо и одредбу о забрани стварања и искоришћавања монополског положаја. Члан 14. ЗОО након измјена и допуна извршених од стране законодавца у Републици Српској гласи:

"У заснивању облигационих односа стране не могу установљавати права и обавезе којима се за било кога ствара или искоришћава монополски положај на тржишту."

Пошто је изменама и допунама ЗОО у редакцији законодавца из Републике Српске брисан члан 8. Закона о облигационим односима који је стајао под насловом: "Обавезе према грађанима као потрошачима и корисницима услуга"; оштећени потрошачи могу се користити правом из члана 15. Закона о сузбијању нелојалне утакмице и монополистичких споразума, који гласи: "Захтев за накнаду штете може поставити организација удруженог рада која је оштећена делом нелојалне утакмице или монополистичког споразума и потрошач који је таквим делом оштећен. (истакао Б.М.)

Право конкуренције које штити конкуренцију као "борбу између више учесника на тржишту око исте супротне стране са циљем размјене робе и услуга", тј. правна правила о начину понашања учесника на тржишту, поједини

аутори сматрају посебном граном права у правном систему (др Милош Трифковић, *Право конкуренције, Сарајево, 1981.*). С аспекта облигационог права, послови којима се ствара или искоришћава монополски положај на тржишту су забрањени уговори и подврста недопуштених правних послова.

Као слиједећи сегмент начела равноправности страна у облигационим односима посматрамо одредбу члана 2. Закона о облигационим односима под насловом: "Стране у облигационим односима" који гласи: "Стране у облигационим односима могу бити физичка и правна лица." Овом одредбом која је претрпјела измјене и допуне од стране редактора законодавца у Републици Српској, термини за означавање субјеката у облигационим односима усклађени су са њиховим уобичајеним појмовним правничким значењем. Напуштени термин "учесник", затим, "појединац" и "друштвено правно лице" изгубили су фактички значај, а правно појмовно значење никада нису ни имали. Тиме се "чисти" Закон од неправничке и оригиналне, идеолошко-политичке терминологије која је била условљена вјештачки створеним дуализмом правних лица, тј. постојањем и фактичким, идеолошким значајем конструкције "друштвено правно лице". Правни субјекти су, према традиционалној правној науци, лица у праву. А појмовима физичко и правно лице обухваћени су сви субјекти облигационих односа. Њихов законски генерички појам је "стране". Овим измјенама и допунама брише се и значајна група основних начела која су била адресирана само на друштвена правна лица, ради њихових статусних особености које су се требале уважавати и у облигационим односима. Такво издвајање посебне категорије правних лица у правно уређеном поретку губи свој значај и постаје беспредметно.

Члан 19. ЗОО који упућује стране у облигационим односима да рјешавају своје спорове на миран начин, а који смо ми већ обрадили као компоненту начела законитости, има значај и за начело равноправности страна у облигационим односима. Јер, и према овој начелној одредби ни једна страна облигационог односа не може другој наметнути своју вољу и свој интерес, већ мора до њега доћи у сарадњи, садејству и интеракцији са другом страном односа. Тај захтјев је везан и за економичност поступања страна како би се избјегла дуготрајна и скупа спорења пред парничним судом.

## **АУТОНОМИЈА ВОЉЕ**

У изворном тексту Закона о облигационим односима наслов члана 10. је гласио: "Слобода уређивања облигационих односа." Сада измијењени и допуњени члан 10. ЗОО гласи: "Стране у облигационим односима су слободне, у границама принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја да своје односе уреде по својој вољи." Из првобитне формулације ове одредбе изостало је позивање на "уставом уређена, тј. утврђена начела државног уређења", јер је умјесто ове формулације стављен "јавни поредак". Изостављено је позивање на "морал социјалистичког самоуправног друштва" и умјесто њега на исто мјесто у одредби постављени су "добри обичаји". За "добре обичаје" Српски грађански законик и Општи имовински законик употребљавали су израз "благодонаравље".

Да ли су ове измјене и допуне суштинског, дубоког и корјенитог значаја?  
Према професору Перовићу, "јавни поредак је скуп принципа на којима је

засновано постојање и трајање једне правно организоване заједнице, а који се испољавају преко одређених друштвених норми које су у домену предмета и циља уговора тако постављене да их уговорне стране морају поштовати." (др Слободан Перовић: "Забрањени уговори", Београд, 1975. стр. 156).

"Јавни поредак" обухвата сва она правила у која се уговором не смије задирати. Све што није забрањено дозвољено је, а домен дозвољенога је домен аутономије воље. Циљна и садржинска разлика не може се правити између јавног морала, тј. морала тзв. социјалистичког самоуправног друштва (етичког минимума једног друштва) и истог појма који се у римском и упоредном праву назива "добри обичаји". Тако нпр. параграф 13. СГЗ-а гласи: "Вољу и наредбу човечију заступа закон, а закон накнађује вољу и наредбу човечију. Но у ономе што се тиче јавног поретка и благонравља, не може се ништа изменити вољом или уговором." Што је моралном нормом забрањено то не треба чинити, а што је правом забрањено то се не смије чинити. Чини се да је "јавни поредак" и "јавни морал" плеоназам. Међутим, закон их је изричито раздвојио и треба узети да ова два израза у законском тексту имају своја посебна значења. Професор Перовић под јавним поретком подразумева само правни поредак, скуп правних норми, док под добрим обичајима подразумева друштвене моралне норме које нису правно санкционисане већ су усвојене од опште свијести дате друштвене средине.

Према томе, ако јавни морал обухвата општу моралну свијест једне друштвене средине, дотле би јавни поредак могао да значи општу правну свест, тј. правне норме које изражавају опште интересе једне друштвене средине и отуда су оне више од приватних интереса страна из облигације. Професор др Слободан Перовић у установу јавног поретка уврштава принудне правне прописе (императивне норме). Међутим, редактор измена и допуна ЗОО у Републици Српској је ове правне појмове раздвојио. У сваком случају, тумачењу законских одредаба треба прићи полазећи од правила да је свака одредба снабђевена значењем и да ни једна није без значења. Стога, за сада, треба узети да осим императивних норми принудних прописа постоје и друге норме које заштићују опште интересе, али не на исти начин и са истим интензитетом. Дакле, све норме које штите опште интересе улазе у установу Јавног поретка, која је шири шнам од појма принудних прописа, те и њих обухвата.

У облигационом праву постоје услови за његову морализацију. Упињање социјалистичких идеолошких догматика да оповргну подјелу права на приватно и јавно има своје извориште, чак у Макијавелијевом "Владаоцу"! У овом класичном дјелу се "јасно рефлектује нововјековно подвајање приватности и јавности. Приватно поље покрива етика, јавно поље припада превласти политике..." Ако би се то лукавство идеолошког ума прихватило у систематизацији права, губитком подјеле права на јавно и приватно извршила би се политизација права и спријечила би се његова морализација. Отуда је у прошлости често долазило до негирања значаја приватног права. А за политику, политичку вјештину, истинитост и истинољубивост никада се нису сматрале врлинама. "Према једном учењу с почетка седамнаестог века моралу припада "principia" за оно што треба да буде, док политика има на располагању "praescepta", правила практичне државне вештине". (Академик Љубомир Тадић у "Политици" 18. јуна 1994. Г.)

Али, да се вратимо конкретној одредби о значају аутономије воље у облигационим односима. Илустрације ради, члан 26. Бечке конвенције о уговорима (јавног права) по насловом: «*Pacta sunt servanda*», прописује: «Сваки уговор на снази обавезује његове стране које морају да га спроводе у доброј вјери». У ову одредбу улази принцип *pacta sunt servanda* који значи досљедно поштовање преузете обавезе и правило *bona fides* које значи поштовање, спровођење обавеза у доброј вјери. Санкција за непоштовање законских граница слободе воље и ограничења садржаних у уговору као творевини слободни воља је ништавост уговора. Уколико би се воља уговарача понашала на тај начин аутономно и уговором повриједила оквири принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, уговор би био ништав. Овим се формално рехабилитује доктрина аутономије воље за коју је, у крајњој линији, воља стваралац уговора; "уговорно" је синоним за "правично" те нема неправедног обавезивања, јер је дужник сам, својевољно, прихватио обавезе; уговор је "мали закон" који за уговорне странке има исто дејство као законски (општи) пропис на све адресиране субјекте, тј. на цјелокупну јавност. Закон, тј. законски пропис је израз опште воље, али ће се он примјенити само тада у уговорним односима, када уговорне странке нису другачије стипулисале или није предвиђено тзв. "индивидуално попуњавање уговора" какво је предвиђено у ставу 2. члана 32. ЗОО када судија ствара правило које најбоље одговара околностима уговора узимајући у обзир претходне преговоре међу странкама, утврђену праксу међу њима и обичаје. Чини се да измјене и допуне ЗОО у редакцији законодавца у Републици Српској преформулацијом члана од "слободе уређивања" облигационих односа или "слободе уговарања у аутономију воље". Међутим, то само на први поглед и привидно изгледа, јер уговарачи имају исте опције као што су имали кад је члан носио наслов: "слобода уређивања..." Те опције су: уговарати или не уговарати, слободно, тј. самостално утврдити садржину и тип уговора; унијети у уговор клаузуле којих нема у закону као и изабрати тип уговора који није именован у закону као и изразити своју вољу, манифестовати је у било којој форми (неформално начело) као и простом сагласношћу изјава воља формирати уговорни облигациони однос без икаквих других потрепштина и реквизита (консензуалистичко начело). Аутономија воље јесте нормативни принцип, а слобода уговарања њена практична примјена. Када то не би било тако, отпали би многи институти из закона који ограничавају аутономију воље, јер би уговорне странке само "виша сила" могла ослободити испуњења уговорне обавезе, а не као што сада важи споразумно и једнострано раскидање уговора, промијењене околности, прекомјерно оштећење и др. Суд би био дужан да суди "по уговору", а не "по закону", а законодавац не би могао утицати на садржај раније насталих уговорних обавеза. "Критика теорије аутономије воље" није изгубила своју оштрицу, јер закон практично њу спроводи вршећи многе интервенције у аутономију воље, преко примјене правичности, правне извјесности и добре вјере. Велики је значај и вануговорних извора облигација; бројност императивних норми у области нормирања именованих уговора, нарочито кроз посебно законодавство; ширењем утицаја "јавног поретка" и сужавањем примјене консензуализма због чињенице да је уговор склопљен "*solo consensu*" отежано доказује те да, кроз правно свијест уговарача, практично не вриједи много. На крају, критика аутономије воље не губи на актуелности, јер је извор свих субјективних права у закону, који, признавањем уговора као извора

облигационих односа, облигационим односима из тако признатог извора пружа државну заштиту и санкционише само ону правну форму изјављивања која је у складу са законом.

## НАЧЕЛО САВЈЕСНОСТИ И ПОШТЕЊА

Савјесност и поштење или само савјесност вуче поријекло од римског појма *bona fides* (добра вјера). Начело савјесности и поштења је у самом Закону о облигационим односима декларисано као "начело" облигационог права. Уговорне стране дужне су се како у фази заснивања тако и у фази дејства и престанка (тј. фазама остваривања облигационих односа) придржавати овог начела облигационог права. Ово начело је, по својој правној природи "генерална клаузула" што значи да је може испунити свако одговарајуће чињенично стање облигационих односа.

"Савјесност" је тзв. субјективна страна овог начела (генералне клаузуле или правног стандарда). Савјесност у субјективном смислу срећемо када су поступци лица тј. Страна у облигационом односу у складу са њиховим увјерењима, нпр. Ми смо сигурни да купујемо ствар од њеног власника. Супротно томе, несавјесност ће постојати када лице купује ствар али је увјерено да продавац није и власник, али ипак на то пристаје. "Поштење" је објективно стање савјесности "ухваћено" у реалним друштвеним односима, ситуацијама и уопште правном саобраћају. У објективном смислу савјесност означава друштвену оцјену нечијег понашања у облигационим односима независно од његовог унутрашњег, психичког односа према овим правним чињеницама. Савјесно ће поступати уговарач који поштено, одговорно и коректно наступа у преговорима за закључење уговора, као и приликом закључења и извршења закљученог уговора. То не значи да ће суд у оцјени понашања уговарача имати ослонца само у законској норми, него ће се морати ослонити и на обичајне норме дате средине и конкретне околности случаја како би изрекао оцјену о савјесности и понашању лица из тог облигационог односа.

Према свему изнијетом може се закључити да суд према околностима случаја цијени савјесност или несавјесност стране из облигације, тј. могућност да је могао знати или чињеницу да је знао за постојање неке релативно (релационо) везане чињенице, али је желио или је пристао да је искористи за своје егоистичне интересе супротно оправданим интересима друге уговорне стране.

Као илустрацију да направимо малу дигресију из актуелног друштвено-правног живота: говорећи о 190-тогодишњици правосуђа у Србији, професор др Миодраг Орлић, предсједник Удружења правника Србије, подсетио је (према писању "Политике" од 21. В 1994. Г.) да је 17. маја 1804. године на Рељином пољу у селу Кршна Глава код Ваљева на Скупштини устаника изабран суд за ваљевску нахију који је "судио по савести и обичајима" (истакао Б.М.). Тако је у темеље српског судства као подлога одлучивања суда уграђена савјесност, те је традиција примјене овог мјерила и начела у примјени закона код нас веома дуга.

Ако "јавни морал", тј. "добри обичаји" представљају "етички минимум" једног правног поретка, савјесност и поштење су његов "етички максимум". То због тога што је "савјесност и поштење" релативно мјерило, управљено на конкретно стање ствари, док се добри обичаји јављају као упросјечена морална

свијест на оном нивоу каква је она у реалности, животу једне правно уређене друштвене заједнице. Другим ријечима, ради се о "стандардном осећању поштења и међусобног поверења које влада у одређеној друштвеној средини".

На примјер, за заштиту интереса савјесних лица и њихову правну извјесност (сигурност) служи правило уговорног права по којем ако је прихватање понуде било благовремено изјављено (у року у којем понуда обавезује понудиоца), али из техничких разлога стигне понудиоцу са закашњењем, сматраће се да је уговор закључен ако је понудилац знао, или према околностима, морао знати, односно могао знати да је изјава о прихватању отпослата благовремено, што се третира као фактичко питање. У једном рјешењу Врховног привредног суда истакнуто је да повреда начела савјесности и поштења може бити санкционисана апсолутном ништавошћу правног посла.

## **НАЧЕЛО ЕКВИВАЛЕНТНОСТИ ИЛИ ЈЕДНАКЕ ВРИЈЕДНОСТИ ДАВАЊА**

Ово начело, према нашем редослиједу излагања шесто по реду, постулира еквивалентну размјену као правни принцип изводећи га из економских законитости, тј. уважавања закона вриједности у облигационим односима. Преведено на језик права, тј. законодавних рјешења, начелом еквивалентности код двостраних уговора штити се од нарушавања правичан однос узајамних давања. Начело еквивалентности нарочито штити у случајевима који су предвиђени законом и под условима који су уређени законом. Основна му је функција да штити интересе страна у двостраним уговорима, са узајамним обавезама страна ако тај принцип није изузетно искључен због природе конкретног типа двостраног уговора (нпр. код уговора о осигурању, уговора на срећу или, ако то закон дозвољава, уговорном клаузулом датом од самих уговарача у неком двостраном уговору).

Као посебни случајеви када се законом уређују услови, претпоставке и посљедице повреде начела еквивалентности, истичу се:

-одговорност за материјалне и правне посљедице недостатака испуњења двостраних уговора

-приговор неиспуњења двостраног уговора,

-раскид уговора због неиспуњења,

-раскид или ревизија због наступања промијењених околности,

-посљедице наступања немогућности испуњења,

-поништење или ревизија уговора због прекомјерног оштећења једне уговорне стране у двостраном уговору,

-поништење или ревизија зеленашког уговора,

-правила за тумачење општих услова формуларних уговора,

-правила о уступању уговора.

Правне посљедице нарушавања начела еквивалентности размјене код двостраних уговора су разноврсне и свима је циљ или да успоставе еквивалентну размјену ако је то могуће или да се уговор поништи и дозволи *restitutio in integrum*.

Процјена неједнаке вриједности престаџија или утврђивање постојања

нееквивалентне размјене у датом случају врши се методама процјене (упоређивања) нееквивалентне вриједности према прометној тржишној вриједности или цијенама утврђеним од стране надлежног органа, тј. упоређивањем са еквивалентном вриједношћу. Постојање очигледне несразмјере узајамних давања фактичко је питање, које се у сваком конкретном случају утврђује од стране Ауда. Посебан значај за процјену еквивалентности размјене и утврђивање нееквивалентности имају методи валоризације, па чак и ревалоризације узајамних давања. Валоризација, па чак и ревалоризација, добијају на значају код тзв. новчаних облигација које, за предмет чинидбе имају исплату одређене своте новца. Новац (тј. динар према Закону о новчаном систему) је и валута вредновања (валута уговора), тј. опште мјерило вриједности; општи еквивалент за одређивање вриједности (ствари, чинидаба, услуга) и валута плаћања, тј. законско средство плаћања и посредник размјене добара на тржишту.

Страна лица могу вршити плаћања у злату и девизама, ако су повјериоци и домаћа правна или фезечка лица.

Начело монетарног номинализма из члана 394. ЗОО је диспозитивна норма. Смисао одредбе је да се само законом (а не и судском одлуком) може вршити ревалоризација, тј. успостављање или васпостављање поремећених вриједности. Валоризам може да се спроводи уговором путем клаузула или законом, путем законских камата. Пошто је Законом о измјенама и допунама ЗОО (*Сл.гл.РС, број 17/93*) брисан члан 396. ЗОО који је носио наслов "Индексна клаузула". Брисањем ове одредбе избрисана је њена забрана.

Клаузула *rebus sic stantibus* је, такође, својеврсни метод примјене валоризма.

Код одређивања момента утврђивања висине накнаде штете за моменат доношења судске одлуке, такође је својеврсни вид законског валоризма.

Клизна скала је допуштена уговорна клаузула којом се утврђује да цијена израђених и испоручених предмета зависи од цијене материјала и рада који утичу на производњу у виду скока или иада цијена елемената коначне цијене.

Златна и девизна клаузула су забрањене, тј. дозвољене једино на основу посебног савезног закона.

Законска камата је валоризација унутрашње и номиналне вриједности новца у границама прописане величине (стопе). Због смањене унутрашње вриједности новца у кризним економским фазама у кретању друштва, практично се показује недовољно за валоризацију. Сматра се да би у великим економским кризама тежња за пуним валоризмом довела до таквог повећања новчане масе које би негирало новац као општи законски еквивалент. Мале законске каматне стопе иду у корист дужника. Ако таква ситуација постоји не значи да би повјериоци морали остати прикрађени за правичан однос узајамних давања, јер судови треба да суде и по начелу савјесности и поштења и по начелу еквивалентности као посебни, самосталним правним нормама.

Значајно практично питање је и по ком курсу ће се обрачунати новчани износ јединица стране валуте, да ли по дану настанка обавезе (старо правило монетарног номинализма које је нагризао зуб времена) или по дану испуњења (што је ново правило које критикује номинализам и афирмише валоризам). Да бисмо илустровали ове дилеме навешћемо, у виду слободног цитирања Правне

ставове грађанског одељења Врховног суда Србије од 28. јуна 1993. године саображени измјенама и допунама ЗОО и Закону о висини стопе затезне камате (наведено према: Милан Шемић: "Монетарни номинализам", Судска пракса, број 1-2/94, стр. 7).

- Кад обавеза има за предмет своту новца, дужник је дужан да исплати онај број новчаних јединица на који обавеза гласи. Али, ако је дуговани број новчаних јединица знатно обезвређен услед промене вредности динара, суд ће на захтев повериоца, ако нађе да околности случаја и правичност то оправдавају, досудити разлику по просечној стопи раста цена на мало, утврђену од стране овлашћене организације у време исплате (уз могући додатак) осим ако уговорне стране то нису обезбедиле уговарањем индексне клаузуле или на други начин.

Валоризација из претходног става врши се само на неизмирена новчана потраживања до 3. јула 1993. године.

Валоризовани износ на дан 3. јула 1993. године утврђује се пресудом. Дужник који не измири валоризовани дуг утврђен са даном 3. јула 1993, на тај износ дугује од тог дана до исплате и затезну камату утврђену законом. (Закон о висини затезне камате "Службени лист СРЈ", број 32/93, ступио на снагу 3. јула 1993.)- одредио стопу затезне камате према стопи раста цена на мало са увећањем од +1,2% месечно. Ради се о стопи затезне камате која покрива инфлацију плус 1,2%.

- Поверилац новчаног потраживања изложеног инфлацији има право да од дужника у доцњи поред главнице и затезне камате захтева разлику до пуне накнаде штете, која се може састојати у губитку вредности одређене ствари, у губитку камате на штедњу под најповољнијим условима, или каквом другом губитку.

Када се, односно, ако се новчана обавеза дефинише тако да гласи (испуштене су речи "сагласно или противно закону") на плаћање у некој страниој валути, али се њено испуњење може захтевати само у домаћем новцу, суд ће дужника обавезати на исплату динарске вредности износа стране валуте по најповољнијем курсу на дан исплата по којем пословна банка у месту плаћања откупљује ефективну страну валуту. Међутим, стоји примедба која у овим ставовима није узета у обзир, да ово није најповољнији курс, већ је најповољнији продајни курс банке на дан исплате. За време доцње до исплате повериоцу припада домицилна камата у динарској протувредности обрачунатој на начин из претходног става.

## НАЧЕЛО ОДГОВОРНОСТИ

Као седмо по реду у нашој систематици начела Закона о облигационим односима, начело одговорности обухвата слиједеће начелне одредбе у ЗОО: Забрану проузроковања штете (члан 16.), Дужност испуњења обавеза (члан 17.) и Понашање у извршавању обавеза и остваривању права (члан 17.).

*Alterum non laedere* је једна од три основне Улпијанове заповијести. Нанијети другоме штету је забрањено. Од наносења штете другоме сви се субјекти у праву или правни субјекти морају уздржавати. Ако до штете ипак дође, успоставља се облигациони однос на накнаду тзв. вануговорне или

деликтне штете. Према томе, ако је аутономија воље, тј. сагласност аутономних воља извор облигација из основа уговора, тада је погрешно или протуправно понашање најчешће извор облигације из основа проузроковања штете. Облигационо-правна одговорност или обавеза на накнаду проузроковане штете има репаративну функцију (исправка или поправка ствари или новчана накнада) и моралну функцију (давање или добијања сатисфакције због повреде психичког, личног или моралног интегритета личности). Одатле се назире и проблем правне или моралне накнаде штете, слично разликовању правне и моралне санкције. Репаративна функција, која је у основи филозофије грађанско-правне одговорности субјекта за накнаду проузроковане штете има, посредно и репресивно значење. Основни услов за грађанско-правну облигацију или за облигационо-правну одговорност је настанак штете као правне чињенице. Ако накнаду штете посматрамо као санкцију, често се чује да се санкција не може спровести, јер је усмјерена на имовину. Због тога се облигациони однос на накнаду штете усавршава развијањем и оправдавањем проширења дејства ове облигације и на лица која нису штетници или су то друга лица или осигуравајуће организације. Поред тога, одређени значај има и социјално осигурање за случај наступања инвалидитета. Идеја превенције посебно долази до изражаја кроз нормирање "захтјева да се уклони опасност штете".

Радња проузроковања штете састоји се од чињења или нечињења, или од неизвршавања преузете обавезе дужника онако како она гласи. Наношење штете је забрањено, тј. протуправно, осим у случајевима када је протуправност искључена законским или јавноправним овлашћењем. Протуправност је у неким случајевима искључена, али се одговара, тј. надокнађује штета ако прелази уобичајене границе иако бива одобрена од стране надлежног органа. Закон протуправност, као општи услов грађанско-правне одговорности, уопште не предвиђа, али нормирањем случајева искључења протуправности признаје постојање и овог услова одговорности. Другим ријечима, случајеви искључења протуправности свде се, практично, на случајеве искључења одговорности.

Узрочна веза и кривица спадају у услове одговорности. Адекватна узрочна веза је правно релевантна узрочна веза. Претпоставка кривице важи и у сфери вануговорне одговорности. Субјективна одговорност по основу кривице претпоставља грешку у понашању која се своди на "криво" понашање или технички термилолошки изражено као: намјера и непажња. Кривица је психички вољни акт и не може бити до краја објективизирана примјеном стандарда пажње и утврђивањем кривице као одступања од датог стандарда пажње. Осим тога, просјечни стандард пажње је неподесан за објективизацију кривице код појединих категорија штетника као што су: душевно болесна, умно заостала и усљед тога, али и других признатих узрока, лица неспособна за расуђивање, па тако и за одржавање дужне пажње (правно очекиваног степена пажње у датим стварима). Осим ових лица законска је неоторива претпоставка да малољетници до 7 година живота нису одговорни, тако да им је непримјерено мјерити правно-релевантну пажњу. Поред њих, и малољетнике до 14 година штити релативна законска претпоставка неодговорности. По објективизованој кривици, крив је свако ко својим властитим радњама приликом проузроковања штете одступа од стандарда пажње која се према околностима случаја захтијева од деликтно способног лица. Ти стандарди пажње су: пажња доброг домаћина, пажња доброг

привредника и пажња доброг стручњака. Непажња се мјери и по томе да ли се дати субјект понашао крајње непажљиво, груба непажња или *culpa lata* када је направио погрешку у понашању коју не би направио иоле просјечно пажљив човјек или је поступао тако да је пропустио пажњу коју у датим стварима показује просјечно пажљив човјек. Међутим, степеновање кривице без значаја је за обим и постојање одговорности.

Објективна одговорност или одговорност без кривице или по основу проузроковања или по основу каузалитета или по основу створеног ризика или по основу закона, веже се за опасне ствари или дјелатности или за друге случајеве посебно тако одређене законом. Ову одговорност искључује само виша сила, проузроковање штете за које је крив сам оштећени или потиче од њега или потиче од трећег лица. Код субјективне одговорности се кривица претпоставља, а код тзв. објективне одговорности претпоставља се узрочност. Тако се, нпр. штета која настаје у вези с опасном ствари или опасном дјелатношћу претпоставља да потиче од њих, ако се ова претпоставка не обори. Код утврђивања обима накнаде штете закон не захтијева да се води рачуна о степенима кривице, изузев у случају одмјеравања накнаде штете повријеђеној афекционој вриједности и још под условом да је штета настала извршењем кривичног дјела са умишљајем.

Правичност као основ одговорности јавља се у два случаја која смо изложили код излагања о начелу правичности.

Закон дозвољава и новчану накнаду нематеријалне штете водећи рачуна о значају повријеђеног добра, циљу коме накнада служи и њеној природној и друштвеној сврси, јер она и није еквивалент за повријеђено лично добро, већ сатисфакција, морална накнада. Кумулација уговорне и деликтне одговорности не може се постићи, већ у погледу примјене правила тужбени захтјев садржи изјашњење. По питању јединства или дуализма правила грађанско-правне деликтне одговорности Закон о облигационим односима прихвата дуализам правила између уговорне и вануговорне одговорности. Док вануговорна деликтна одговорност почива на кривици, проузроковању и правичности, уговорна деликтна одговорност почива на чињеници да је уговарач у вријеме закључења уговора морао предвидјети могуће посљедице повреде уговора а с обзиром на чињенице које су му тада биле познате или морале бити познате. Страна из уговора којој се приписује неодговорно понашање, супротно уговореном, може се ослободити одговорности за повреду уговора (неиспуњење или неуредно испуњење, најчешће задоцњење) која је резултирала наступањем штете, ако докаже да је штета изазвана неуредним испуњењем или усљед изостанка испуњења уопште, настала усљед околности које су се појавиле након закључења уговора, а које су била такве природе и интензитета да их уговарач који није испунио или је испунио уговор с неким недостатком испуњења није могао спријечити, отклонити или избјећи. То су тзв. "објективне околности" или "неотклоњиве околности". По својој правној природи ова "неотклоњивост" је блиска вишој сили, али је и унеколико различит квалификован случај, јер му код квалификовања недостаје обиљежје "спољност" које се захтијева код више силе. Нема сметњи да и случај квалификован као виша сила буде ослобађајућа околност за неуредног уговарача, али и догађај који нема квалификацију више силе.

## СИСТЕМ ОБЛИГАЦИОНОГ ПРАВА

Систематизовање норми облигационог права има своја два вида: законски и научни.

Историјски посматрано, АГЗ и СГЗ у првом дијелу говоре о општим уговорним правилима, затим о појединим именованим уговорима, након тога о штети, те на крају о појачању, преинаци, укинућу права и обавеза и застарјелости. ОИЗ, у првом реду, нормира главне врсте уговора (поједине, именоване уговоре), да би након тога говорио о уговорима уопште (као извору облигација) и о другим изворима облигација (дугови из недопуштених дјела и дуговима који потичу од различитих послова, дјела и прилика). На крају ОИЗ нормира правила о преношењу дугова и о престанку дугова. На самом крају ОИЗ даје нека начелна правила којих се законодавац придржавао и која требају имати у виду они на која се закон односи. Закон о облигационим односима (ЗОО) након основних начела у I дијелу, у глави II даје општа правила за све облигације из било ког извора постанка. Глава II носи наслов "Настанак обавеза" и обухвата: уговор, проузроковање штете, стицање без основа, пословодство без налога и једностране изјаве воље. У глави III ЗОО нормира правила о дејству обавеза, у глави IV о престанку обавеза, у глави V о разним врстама обавеза и у глави VI о промјени субјекта у облигацији.

II дио ЗОО под насловом "Уговори" обухвата именоване уговоре из разних области грађанског и привредног живота. Значи, нормирана су правила традиционалних, грађанско-правних облигационих уговора, затим нормирана су правила тзв. привредних уговора (послова робног промета) или трговачких послова, као и правила за туристичке уговоре, уговоре у области осигурања, банкарске послове. Трећи дио закона је посвећен рјешавању питања сукоба закона а четврти садржи прелазне и завршне одредбе.

Као што видимо, критерији законодавца се разликују од закона до закона. Правна теорија је мање више јединствена до доношења ЗОО да облигационо право систематизује на два дијела: општи и посебни дио. То слиједе познати ауторитети из ове области: *Лоза, 18; Јаковић, 25; Милошевић, 27; Ђорђевић-Станковић, 14; Ђуровић-Драгашевић, 13; Радишић, 13*. За све ове ауторе у општи дио улазе општа правила нормирана за све облигације без обзира на извор постанка, а у посебни дио грађанско-правни облигациони уговори. Међу њима постоје и разлике по томе коју материју поједини аутори истичу у први план. Поједини писци у први план истичу тзв. општу теорију облигација (*Џаковић, Лоза, Ђуровић- Драгашевић*), док други, чвршће се везујући за законодавчево излагање, на прво мјесто стављају тзв. општу теорију уговора, а на крају излагања након што изложе нормирана правила свих извора облигација дају излагања правила о дејству, множини субјектата, измјени субјектата, преиначењу садржаја и престанку облигација. Професор др Слободан Перовић прави, такође, двојну подјелу материје, тако да у првој књизи обрађује само основна питања опште теорије облигација, а након тога цјелокупно уговорно право, тј. општи и посебни дио. Излази да професор др С. Перовић посебни дио везује само у оквире уговорног права, а не у цјелини облигационог права. Професор Ведриш прави тродиобу облигационог права на општи дио, уговорне (именовани уговори) обвезе и извануговорне обвезне односе. Са научно-наставне тачке

гедишта, материју облигационог права би требало подијелити на општи и посебни дио (аналогно свим великим гранама права, а посебно аналогно систематици кривичног права), али по нашем мишљењу, с обзиром на степен конкретности норми, односно с обзиром на степен апстрактности или општости норми. Наш је законодавац и претежни дио правне теорије на становишту да општи дио облигационог права обухвата правила која важе за све изворе облигација, док посебни дио обухвата конкретна правила која се односе на поједине, именоване облигационо-правне уговоре. У упоредном праву постоје и схватања да посебни дио треба да обухвати све вануговорне облигације.

И ми бисмо наше излагање подвргли дводиоби на општи и посебни дио. Полазећи од критерија општости и посебности у општи дио уврстили бисмо: I глава: увод о облигационом праву; II глава: о облигацији уопште; III глава: о уговору уопште; IV глава: о проузроковању штете; V глава: једностране изјаве воље; VI глава: стицање без основа; и VII глава: пословодство без налога.

У посебни дио уврстили бисмо: I глава: именовани, грађанско-правни облигациони уговори; II глава: посебни случајеви проузроковања и накнаде штете; III глава: посебни случајеви једностраних изјава воље; IV глава: посебни случајеви стицања без основа и V глава: посебни случајеви пословодства без налога.

Дакле, општи дио би требало да излаже опште норме о свим појединим изворима облигација, а посебни дио да садржи посебне норме (конкретна правила) за поједине облигације из свих појединих извора.

То значи да је апликација општег појма уговор у мање апстрактном појму као што је, нпр. купопродајни уговор, резултирала нормирањем мање апстрактних норми које вриједе за тај уговор. То не значи да те норме нису, у одређеном смислу опште, јер се и оне односе на безбројне појавне облике купопродајног односа, који се у животу непрестано рађа и престаје. Када би правна теорија прихватила ову подјелу, општи дио - опште норме за све поједине изворе облигација и посебни дио - опште норме нижег степена општости за поједине облигационе односе који имају своју конкретну физиономију, тада би нпр. и проузроковање штете које се сада безизузетно сврстава у општи дио имало и свој посебни дио. Општи дио би се односио само на најапстрактнија, најопштија правила која важе за све појавне облике тог извора облигација, док би посебни дио излагао посебна правила која се односе на облигације на накнаду проузроковане штете настале из појединих, законом именованих случајева проузроковања и накнаде штете као што су: штете од моторних возила, штете од животиња, штете од грађевина, штете од јавних демонстрација или манифестација и др. Тако би и пословодство без налога имало свој посебни дио и др. јер, издвајати, као што се то сада чини, само поједине именоване, грађанско-правне уговоре и то насловити као "посебни дио" не одговара критерију подјеле облигационог права на општи и посебни дио по степену општости норми. Ми ћемо покушати напустити овакав концепт несиметричне подјеле облигационог права на општи и посебни дио и покушаћемо успоставити већу равнотежу и равноправнији, чистији покушај дефинисања општег и посебног дијела облигационог права. Мада сматрамо да требамо одступити од законске и теоријске систематике, то не значи да ћемо одступити од нормативних правила. Наравно да ћемо излагати позитивно, законско право уз нужну научну критику,

која ће произаћи као посљедица примјене научних метода на анализу законског текста.

Наш план излагања је сљедећи:

Прва књига: ОБЛИГАЦИЈЕ И УГОВОРИ (општи и посебни дио)

Општи дио

Прва глава: О облигацији уопште

Друга глава: О уговору уопште

Посебни дио: Именовани, грађанско-правни облигациони уговори

Друга књига: Вануговорне облигације (општи и посебни дио)

Општи дио, прва глава: Проузроковање штете и наканда штете

Посебни дио, прва глава: Посебни случајеви проузроковања и наканде штете

Општи дио, друга глава: Једностране изјаве воље

Посебни дио, друга глава: Јавно обећање награде и конкурс

Посебни дио, трећа глава: Хартије од вриједности

Посебни дио, четврта глава: Мјеница и чек

Посебни дио, пета глава: Легитимациони папири и знаци

Општи дио, трећа глава: Стицање без основа

Посебни дио, шеста глава: Поједини случајеви неоснованог стицања

Општи дио, четврта глава: Пословодство без налога

Посебни дио, седма глава: Поједини типови неналоженог пословодства.

## Глава друга О ОБЛИГАЦИЈИ УОПШТЕ

### 1) ПОЈАМ ОБЛИГАЦИОНОГ ОДНОСА (ОБЛИГАЦИЈЕ)

Облигациони однос (облигација) је правни однос између двије стране а на свакој страни може бити више лица од којих је једна (дужничка) страна обавезна да другој (повјерилачкој) страни изврши неку обавезу која може да се састоји у радњи давања или чињења, трпљења или пропуштања и која има имовински карактер, а друга (повјерилачка) страна има овлашћење да ту обавезу захтијева, јер је то њено право (*ius, right*), а дужничка страна ће постати одговорна ако не изврши захтијевану радњу и због тога може бити погођена санкцијом која има имовински карактер.

Већина аутора сматра да је облигација заједнички назив за јединство права и обавеза које нераскидиво правно вежу субјекте облигације (*Лоза, 21*). Облигација или облигациони однос је посебна врста или подврста правног односа. У облигационо-правном односу постоје два интересна пола: један је повјерилац чији је интерес концентрисан у субјективном праву потраживања (тражбини), а други је дужник чији је терет обавеза а интерес ослобађање од тог терета или обавезе. Према схватањима неких аутора који се супротстављају монистичком поимању облигације, превагу у облигацији има тражбина, као субјективно право. Полазећи од тога они сматрају да облигациони однос има, тј. може да има више тражбина, а облигација само једну.

Према свима облигација је правни однос између одређених лица поводом понашања које има имовински карактер и штити се имовинском санкцијом. Треба се подсјетити да су облигације у своме коријену правне чињенице, јер за њих право веже правно дејство, тј. постанак, престанак или измјену права или правног односа. То су правне чињенице које се формирају људским радњама у које улазе и пропуштања, али и чињенице на које није непосредно утицала људска радња али за које појаве и догађаје право веже одговорност субјекта у праву и успостављање облигационог односа. И када се, као што је у већини, ради о људским радњама то нису обичне људске радње, већ такве радње, дјеловања или чињења, за које правни поредак веже (признаје) правна дејства и даје правну заштиту. Правна чињења могу се манифестовати или као правни послови или као недопуштене радње (деликти).

У појму облигације је и питање настанка субјективног права (тражбине) према правној дужности на извршење чинидбе (дуга). За разлику од стварних права која су таква грађанска субјективна права која субјектима пружају и облашћење и захтјев за самостално вршење, егзистенцију и заштиту права, облигационо субјективно право нема никаквог значаја ако му не одговара корелативна обавеза. Отуда је и поријекло назива облигација на латинском (од *ligare* = везати) и то узицом, у физичком смислу везивања, поробљавања дужника. Дужник (*obligatus*) морао је својим животом гарантовати, бити физички везан и подвргнут повјериочевој власти све док се не ослободи извршења дужне чинидбе, радње, тј. све док не учини или уради дуговну чинидбу, радњу. Израз *obligatio* преводи се и као одговорност. Модерни израз, облигациони однос,

указује на еволуцију физичке везе и потчињености у правну везу која постоји између два лица, тј. двије стране облигационог односа од које је једна носилац субјективног облигационог права потраживања (повјерилац), па је као таква овлаштена захтјевати од друге (дужника) извршење дужне чинидбе или радње која за свој предмет може имати позитивно или негативно понашање дужника (давање и чињење или пропуштање и трпљење). Као што видимо имамо двије стране односа, а не само два лица, јер на једној или на свакој страни облигационог односа може бити тзв. множина субјеката. Затим, својство повјериоца може припадати и једној и другој страни исто као и својство дужника (двострано-обавезни облигациони однос). Затим, предмет облигације у правилу је имовински мада може бити и сваки оправдани интерес. Захтјев који припада повјериоцу је захтјев који је елемент његовог субјективног права (тражбине) и ако дужник добровољно и неоправдано не испуни свој дуг, повјерилац може судским путем, облигационо-правном тужбом, из дужникове имовине захтјевати и добити дужну чинидбу или њен еквивалент. Дуг и одговорност се у модерном праву раздвајају. У Римском праву тежиште је било на одговорности, тј. потчињености дужника повјериоцевој власти. У модерном праву тежиште је на дугу, а одговорност је постала средство да повјерилац дође до намирења ако се дужна чинидба не испуни. Одговорност у модерном праву значи бити подвргнут санкцији, а на терену облигационе одговорности значи присилним путем постићи извршење дуговне радње. Још тачније речено одговорност најчешће значи дати на захтјев повјериоца еквивалент за неоправдано неиспуњено дуговање. Дуг се у правном језику сматра имовинском обавезом из облигације. Обавеза у облигационо-правном језику значи дужникову подређеност, тј. подређеност његовог понашања овлашћењу повјериоца.

## **2) КАРАКТЕРИСТИКЕ ОБЛИГАЦИЈЕ**

### **2/1) Облигација је релативан (релациони) однос**

Облигација је однос између тачно одређених лица. Често се због овако наглашене везаности тачно одређених лица истиче да су облигације лични односи. Из облигације стварају се права и обавезе само за субјекте који су уједно и стране облигационог односа. Облигациони однос има двије стране (странке). То, као што смо раније споменули, не значи да у облигационом односу на једној страни стоји само једно лице (физичко или правно), а на другој страни односа исто тако само једно лице. Али је битно да се стране у облигационом односу разликују као повјерилачка и дужничка. Треба се опет оградити и рећи да се код тзв. двострано обавезних уговора, обавеза, па тако и право, може налазити и на једној и на другој страни односа, али не и у једној облигацији узетој у најпростијем значењу као односа повјерилачке и дужничке стране. Другим ријечима облигација на којој је на једној страни само дужник а на другој страни само повјерилац основна је ћелија цијелог облигационог права. Повјерилац и дужник се често означавају као субјекти облигација. Повјерилац је носилац субјективног облигационог права (тражбине, потраживања) а дужник је подређен облигационо-правној обавези или дугу. Облигациони однос код кога је само једно лице, једна страна, дужник, а друга страна има само улогу повјериоца,

назива се једнострано обавезним односом. Облигациони однос може бити и сложенији тако да једно лице има улогу дужника у једној облигацији из односа, док у другој облигацији из истог облигационог односа има улогу повјериоца. Тада се ради о двострано обавезном односу или синалагматичној облигацији. Облигација не може настати само са једним субјектом. У једном лицу не може се спојити својство и повјериоца и дужника а да се облигација не угаси. Када се то догоди облигација престаје, изузев ако се могу примијенити правила сукцесије, јер се у већини ради о имовинским интересима.

Облигација је релативан (релациони) однос, јер веже само своје субјекте. Само се њих тичу права и обавезе чија се укупност назива садржајем облигационог односа. Лица, субјекти, сврстани на двије стране облигације, су у релацији само једна наспрам другој. Трећих лица се облигација, у правилу, не тиче. Она њима, како се каже, "нити шкоди нити користи". Као и свако правило и оно познаје изузетке да би се одржало као правило које се састоји у томе да облигационо право, под законом предвиђеним условима (нпр. уписом неког облигационог права, када је то допуштено, у јавне књиге) може добити апсолутно дејство и сва трећа лица су га дужна респектовати. Поред тога, под законским условима тражбина из облигационог односа може, изузетно, да се реализује од трећег лица мијешањем повјериоца у вршење дужникових права.

## 2/2 Облигација је правни однос

Правни однос, као што је познато, није обични друштвени однос. Правни однос је друштвени однос заштићен одговарајућом правном санкцијом. Санкција коју надлежни (државни) орган примјењује на субјекте облигационих односа је имовинско-правна. Санкција се спроводи на имовини субјекта и нема за циљ лично кажњавање. Стога је и домашај санкција релативан, тј. зависан од имовинског стања субјекта на чијој имовини се она примјењује. Право штити облигациони однос који су, у домену правних радњи и правних послова, сами субјекти створили, што значи да су их жељели, те зато на себе и преузели обавезе и конституисали права. Правни поредак кроз начело аутономије воље и начело диспозитивности даје одријешене руке субјектима када својим манифестацијама воља самостално утврђују садржај облигације. Али, правни поредак интервенише у облигациони однос у случају да га субјект односа позове у заштиту и да су испуњени сви материјално-правни и процесно-правни услови. Тада правни поредак присиљава недисциплинованог субјекта имовинском санкцијом да усклади своје понашање са садржајем (правима а нарочито обавезама) из правног односа.

Облигација која садржи поред овлашћења и захтјев (тужбу у материјалном смислу) назива се потпуном, цивилном, правно заштићеном или утуживом. Пошто су облигациони односи правно признати односи са великим значајем моралних принципа који су инкорпорисани таложењем у њима (у чему нарочити значај има утицај правне науке) **морализација** облигационог права је појава која условљава правно признање и оних облигационих односа који нису снабдјевени механизмима заштите (тужбом у материјалном смислу). Ту спадају тзв. "природне" или "непотпуне", односно "неутуживе" облигације. Таквим облигацијама, тј. тражбинама из тих облигационих односа надлежни државни

орган за примјену санкција неће пружити правну заштиту, али, под одређеним условима, њихово добровољно извршавање ће се поштовати. Неће се сматрати плаћањем недугованог нити ће се под тим основом моћи исходити враћање датог, односно повраћање примљеног. Добровољно извршавање природне облигације сматраће се правно ваљаним, и неће се моћи подвести под правно неосновано извршење. Извршилац обавезе из природне облигације неће моћи успјешно доказивати да одређено понашање није био дужан извршити (јер, није знао нити је могао знати да је облигација натурална или неутужива) и да му "наводни" повјерилац треба вратити назад онај добитак у имовини који је остварио тим путем.

Ипак, правни поредак на природне или неутуживе облигације гледа као на изузетак од правила да су облигације правни односи и као такви утуживи. Због тога се кроз шуму облигационих односа која расте у стварном правном животу само неке облигације, с обзиром на своје нарочите карактеристике, сматрају неутуживима. То су, према опште усвојеној типологији, слиједеће облигације:

- а) облигације код којих је потраживање обавезе застарјело;
- б) облигације из допуштене игре или опкладе ако предмет игре или опкладе није предат неком од учесника или депонован код трећег лица;
- в) облигације код којих није поштована доказна форма.

Сада ћемо изложити сваку од ових ситуација када настају натуралне тј. према модерној терминологији, неутуживе облигације:

- а) Облигације код којих је потраживање обавезе застарјело (367. 300)

Испуњење застарјеле обавезе не сматра се плаћањем недугованог. И застарјела обавеза сматра се правном. Она јесте ослабљена, али се не може негирати да је својевремено пуноважно или пуноправно настала, али да није благовремено, као пуноважна или пуноправна, и престала. Она јесте ослабљена, јер се застаром губи захтјев за испуњење обавезе, тј. тужба у материјалном смислу. То ипак не значи да се принудно извршење застарјеле обавезе не може принудно, од суда, захтјевати. Суд неће, нити може, по службеној дужности водити рачуна о застарјелим обавезама. На то га процесни а ни материјални закони не обавезују, из разлога огромног броја облигационих односа који су, уз то, по својој основној правној подјели, приватно-правни односи, те се они не дотичу државних органа тако да би они поступали по службеној дужности. Када суд може да реагује констатацијом да је нека облигација чије се извршење захтјева застарјела? То је у случају да се дужник те облигације, позове на застару. То значи да он истакне приговор застаре. Ако дужник у својој изјави пред судом истакне такав приговор, суд ће одбити да изрекне примјену принуде. То значи, да под датим условима, суд неће донијети своју одлуку којом наређује извршење застарјеле обавезе. Према томе, ако дужник испуни застарјелу обавезу, он нема права захтјевати да му се врати оно што је дао, па макар да је и био савјестан ( није знао нити је могао знати за застарјелост). Правни резон постојања овог типа неутуживих облигација може се свести на поштовање правне сигурности ( или модерније назване правне извјесности) субјеката

правних односа. Другим ријечима идеја правде овдје је сведена критеријем правичности на обавезивање титулара облигационог права да своје субјективно облигационо право (тражбину) врши у времену које му је за то вршење од стране правног поретка ограничено. Он не може вјечно као Дамоклов мач над главом дужника да држи своју тражбину и да је употреби или неупотреби кад хоће и ако хоће. То би била негација права и правног поретка, и свела би се напусту самовољу носилаца субјективних облигационих права. Право и јесте само праведан поредак. Један коректив настојању да право буде праведно јесте и признање правног поретка да се застарјеле облигације не могу утужити, али да се и оно што је извршено по основу застарјеле облигације не може тражити назад. То је идеја правде у облигационом праву и реализација правичности као исправке крутости правних норми. Штити се, ради правичности сваког таквог поступка и случаја, сигурност субјеката у вршењу облигационих права која застарјевају. Између идеје извршавања и неизвршавања испријечила се идеја застарјевања, која правично помирује оба интересна пола облигационог односа. Ако се правна сигурност или, модерније, правна извјесност облигационих односа узимају као критерији егзистенције облигације, тада правичност налаже да се облигациона права врше, принудом, у законом одређеном времену, застарном року. Али, невршење, тј. незахтјевање принудног извршења у задатом року неће се, јер би то било неправедно, узети толико повјериоцу за зло из разлога правичности, па ако хоћемо и даље, и из моралних обзира. Јер, ако савремена теорија права одбацује, већ дуго времена, доктрину природног права, нема разлога да одбаци доктрину или обзире моралног права или правичног права. Јер, и наш дужник је био у обавези да изврши своју обавезу без опомене. С друге стране, проблем који дужник испоставља када сазна да је обавеза застарјела, рјешава се на његову штету, ако не уложи приговор у датом процесном амбијенту, јер је како у домену материјалног права, тако и касније, у домену процесног остваривања материјалних права, морао и требао водити рачуна о својим обавезама и од уштрба који своме повјериоцу чини не би смио, из разлога правичног права, имати још и корист.

б) Облигације из допуштене игре или опкладе ако предмет игре или опкладе није депонован

Ради се о допуштеним играма на срећу и опкладама које по својој правној природи не представљају ни кривично дјело ни прекршај. Међу уговорима на срећу из којих могу настати само неутуживе облигације истичу се: допуштена опклада и игра. Коцка је изузетно дозвољена уколико не представља кривично дјело или прекршај. Опклада је, по дефиницији, споразум странака о томе да ће оном уговарачу који погоди исход каквог непознатог догађаја припасти награда.

Игра је врста опкладе у којој се учесници у погледу побједника игре, коме ће припасти одређена накнада, равнају према правилима игре.

Коцка је игра на срећу за новац или неку другу имовинску вриједност.

Основно правило за допуштену игру или опкладу јесте да износ који ће припасти побједнику игре или опкладе мора бити предат једном од учесника или депонован код трећег лица. Тиме се учвршћује воља учесника у погледу извршења преузетих обавеза. Само реална форма приликом закључивања ових

неименованих алеаторних уговора је услов њихове правне ваљаности, тј. утуживости. Уколико предмет игре или опкладе (коцке) није депонован настаће само натурална облигација. Овим општим правилима не дерогира се *lex specialis*, тј. на посебним законима, законито заснована општа правила лутријских организација код којих се пуноважност заснованих облигационих односа између играча и организатора просуђује ио објављеним правилима.

Али, примјена принуде, у смислу захтјева да се играч или кладилац који губи игру или опкладу, обавезе (правно) на предају предмета игре или опкладе побједнику или добитнику, неће се моћи принудно остварити.

И у овом случају правни поредак поштује вољу субјеката. Правни поредак према оваквим манифестацијама страначке воље има поштовања као и према осталим правним пословима као приватно-правној сфери правног поретка. Али, према њима има заштитничку улогу и у њиховом, али и у општем друштвеном интересу. Са опште друштвене тачке гледишта то су појаве расипничког понашања према својој имовини, које, у својим значајним недозвољеним видовима представљају значајну друштвену опасност. Са аспекта субјеката право их штити од њиховог непромишљеног и брзоплетог обавезивања.

Неутужива облигација има дејство у том смислу да је оно што је дато у циљу испуњења такве облигације неопозиво. То се неће сматрати неосновним обогаћењем и таквим облигационим односом. ЗОО предвиђа један изузетак. Члан 297. став 2. ЗОО предвиђа да се не може оспоравати испуњење које је извршио пословно неспособни дужник уколико је дуг застарио или потиче из игре или опкладе. Јер, Закон изузетно дозвољава испуњење од стране пословно неспособног лица уколико је дуг неспоран и доспио. Испуњење таквог дуга биће правно ваљано и произвешће правно дејство испуњења, а то је гашење облигације.

в) Облигације код којих није поштована доказна форма, а то је од стране дужника истакнуто

Неки облигациони односи морају се оформити у нарочитој форми, да би били правно заштићени (санкционисани). Овдје није ријеч о најчешће заступљеној форми облигација која се јавља као битни елемент и без које форме облигациони однос неће ни настати, нити ће произвести правно дејство. Овдје је, за настанак неутуживе, натуралне облигације ријеч о форми која се захтјева у сврху доказа. Тачније, то је једини могући доказ постојања, па тако и евентуалне заштите таквог облигационог односа. Тако, нпр. писмено закључен уговор о поклону ствара потпуно, правно заштићену или у римском праву звану цивилну облигацију. Писмена форма код уговора о поклону служи као доказ да је уговор закључен. Према параграфу 564. СГЗ: "Ко поклон само усмено учини, а ствар не преда, и на захтевање неће да преда, не може се судом натерати, да предати мора. Само са писменим достоверним доказом може се поклон судским путем тражити." Према опште усвојеним правилима грађанског права, за уговор о поклону без "праве предаје" захтјева се писмена форма. Другим ријечима, за пуноважност усменог уговора о поклону потребна је "права предаја" (физичка предаја) или модерније казано "реална форма". Ова "опште усвојена правила

грађанског права" у функцији су отежавања лакомисленог преузимања обавезе о даровању или предаји поклона увијек када није услиједила, истовремено са саглашавањем воља страна, и предаја поклоњене ствари. Односи који се јављају код поклона везани су за најразноврсније мотиве. Мотив код поклона је од изузетног значаја, тако да је у рангу каузе или основа уговора како каузу назива ЗОО. Тако према члану 51. ЗОО, ставу 1.: "Свака уговорна обавеза мора имати допуштен основ". А према члану 53. ставу 3. ЗОО: "Уговор без накнаде нема правно дејство и кад други уговарач није знао да је недопуштена побуда битно утицала на одлуку његовог сауговарача". Обавезивања поклонодавца везана су за разне мотиве који су, најчешће, у интимној сфери поклонодавца. Ми поклањамо зато јер волимо, поштујемо, награђујемо, поздрављамо, захваљујемо итд. Разлог обавезивања је *donandi causa*. Наше обавезивање нема јасан правни циљ на страни поклонопримца. Ми заузврат не очекујемо никакво противдавање којим бисмо постали власником неке ствари, иако поклонопримца под условом из Закона о основним својинско- правним односима чинимо власником. У ранијем периоду људске историје, поклон какав је постојао у античком праву и био сматран првобитном облигационо-правном формом, био је знак друштвеног саобраћаја и пријатељства и условљавао је враћање поклона. У савременом праву, ако је поклон дат из неког лукративног или недопуштеног разлога, тј. побуде, може се јавити и у облику кривичног дјела подмићивања. Стога се само допуштени мотиви штите кроз добровољност природне облигације. У нашем позитивном праву, тј. у новим правним правилима немамо прописа који би захтјевао доказну форму за неки облигационо-правни однос. Међутим, то не значи да ово питање нема практичан значај, јер су уговори о поклону свакодневна пракса и спорови који се о њима јаве мораће се разрјешавати према опште усвојеним правилима тумачења и примјене тзв. старих правних правила, односно сагласно општеусвојеним правилима грађанског права.

### **3) САДРЖАЈ ОБЛИГАЦИЈЕ ЈЕ ТИЈЕСНО ПОВЕЗАН СА ПРЕДМЕТОМ ОБЛИГАЦИЈЕ**

Садржај облигације (права и обавезе) настаје поводом предмета облигације (радње или чинидбе). Како истиче професор др Слободан Перовић, разликовање садржине од предмета облигације у теорији је изазвало различита схватања (...) али је и поред уложених мисаоних напора на његово рјешавање "остало чувено по својој нејасности". И као што додаје професор Перовић: "питање је више теоријског, па чак и терминолошког карактера, него практично-правног карактера и значаја. "Разуме се", додаје професор Перовић, "то не значи да му не треба поклонити пажњу. Напротив, једна теоријска јасноћа којом се приступа основним појмовима облигационог права може бити само оно чему треба тежити". Настојаћемо да нашим излагањем, придржавајући се упутстава професора Перовића, не унесемо још мало смутње у ово питање, већ да га са аспекта позитивног права што коректније покушамо интерпретирати. (Упореди, Перовић, 16) Права и обавезе зависне су од онога на шта се оне односе и дијеле правну судбину предмета облигације. Говоримо о примарним, првобитним правима и обавезама и акцесорним, допунским, споредним правима и обавезама из облигације. Поред тога, треба имати у виду, сваки субјект може бити носилац једног права и једне обавезе (једнострано-обавезни однос), а може да буде

двострано-обавезни облигациони однос, ако су обавезе распоређене објема странама односа. Садржај облигације најчешће је одређен од стране самих субјеката (добровољно утврђен садржај), а може бити утврђен од стране правног прописа с тим да га субјекти морају поштовати као да су га и сами углавили (обавезни садржај облигације - *члан 27. став 2. ЗОО*).

Предмет облигације се састоји од понашања (радње, чинидбе, престације). Садржај облигације је и настао поводом предмета, тј. облигационе радње. Стога се и тада, када се облигациона радња састоји од предаје ствари, не говори да је ствар предмет облигације, него да је "предаја ствари" или обавеза на предају ствари, односно овлашћење на захтјевање предаје ствари предмет облигације. Дакле, "предаја ствари" предметом је права повјериоца, с једне стране, и обавезе дужника, с друге стране. У литератури се оправдано истиче дуализам објекта облигације и тешкоће приликом одређивања објекта облигационог права (облигационог права у субјективном смислу, субјективног облигационог права или тражбине). Јер, понекад се само понашање одређује као објект облигације, што је у суштини погрешно, јер је понашање садржај дужникове обавезе, тако да се не би могла утврдити разлика између садржаја и предмета (објекта), када предмет, као нешто различито од понашања, уопште не постоји (*др Обрен Станковић, у "Енциклопедији имовинског права..."*, том *други*, 497). Али, у сваком случају објект као предмет обавезе је појам који се може одржати у употреби ради термилошког разликовања предмета и објекта, ако би се прихватило да он означава ствар, добро, интерес, односно право и разликује се од садржине облигације: права захтјевати извршење обавезе, односно овлашћења на захтјевање обавезе и обавезе-дужности поступати по овлашћењу у захтјеву. Објект би дакле био предмет предмета облигације. Да ли је објект трећи, сувишан, елемент облигације? Да ли можда у хијерархију елемената облигације уноси више забуне и нејасноће него ли што помаже разграничењу и функционалности појмова? Осим тога, објект, како смо овдје изложили, предмет је стварних права.

Предмет облигације, облигациона радња, може се састојати у чињењу, нечињењу, трпљењу или пропуштању (*члан 46. став 1. ЗОО*). Да би нека облигација могла пуноважно настати ( и бити правно заштићена) предмет (понашање на: *dare, facere, pati praestare* ) мора имати законом одређена својства. Предмет облигације мора бити могућ, доиуштен, и одређен, односно барем одредив (*члан 46. став 2. ЗОО*). У правној теорији се додаје да поред ових својстава облигациона радња мора бити имовинска (*Лоза, 29*). Чини се да на томе не треба у потпуности инсистирати, јер је давно уочено да предметом облигације могу бити сваки оправдани интереси.

Сада ћемо поближе размотрити поједина својства облигационе радње.

### **3/1) Својства облигационе радње**

#### **а) Могућност облигационе радње**

Немогућност извршења облигационе радње резултира непуноважношћу облигације. Немогућност облигационе радње производи различите правне посљедице у зависности од узрока који је изазивају (објективни или субјективни

узроци) и времена настанка немогућности (у вријеме настанка облигационог односа или у вријеме након што је облигациони однос настао).

Објективна немогућност је таква појава која изазива посљедицу да нико (ниједан могући субјект облигације) овакву радњу не може извршити.

Субјективна немогућност је таква да облигациону радњу не може да изврши само оно лице које је дужник у датом облигационом односу, а која је иначе субјективно могућа ако би је предузео неки други субјект, јер такав субјект у стварности може да се нађе. Она је подобна за извршење уопште, али није подобна ради немогућности само оног дужника из дате облигације.

Првобитна је она немогућност када радња и у часу настанка облигационог односа није била могућа. Каже се да је такав однос ништав од почетка, *ex tunc*. То је непостојећи облигациони однос. Из њега не настају права и обавезе. Ипак, ЗОО допушта да и такав однос конвалидира, ако је настао под условом или роком, те је радња постала могућа прије наступања услова или рока (члан 48. ЗОО). Накнадна је она немогућност која може бити и субјективна и објективна, чији је узрок немогућности настао након што је облигација пуноважно настала, јер је у часу настанка облигације извршење облигационе радње било могуће.

Правна посљедица накнадне објективне немогућности је престанак облигације, док је правна посљедица накнадне субјективне немогућности одговорност дужника за повреду облигације, јер је преузео обавезу коју је у часу преузимања био моћан извршити. Објективна немогућност најчешће је правна немогућност, тј. да је предмет облигације немогуће извршити, јер је то забрањено позитивним прописима. Фактичка или материјална немогућност може бити у темељима субјективне немогућности, а ријетко као првобитна објективна немогућност.

#### б) Допуштеност облигационе радње

Облигација може пуноважно настати, оформити садржај - засновати права и обавезе, само ако је предмет на који се односе конкретна права и обавезе из облигације дозвољен. Предмет обавезе је недопуштен ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима (члан 49. ЗОО). У правилу све може бити предметом облигације што није забрањено, било правним или моралним нормама. То посебно важи за уговорне односе, јер ЗОО као основно начело уговорних облигационих односа истиче аутономију воље. Значи да су субјекти слободни да створе облигацију поводом жељеног предмета. Као и свака слобода и она је конкретна, а не нека апстрактна слобода. Њено ограничење је одмјерено у сфери предмета тако што је све допуштено да буде предмет облигације (уговора) осим онога што је забрањено од стране принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја.

По законској дефиницији предмет обавезе је недопуштен ако је противан установи јавног поретка која обухвата принудне али и друге правне прописе као и правила добрих обичаја која су у ствари етички минимум датог друштва. Основна санкција за облигациони однос који је са недопуштеним предметом

јесте ништавост и то апсолутна ништавост, јер су узроци недопуштености у сфери јавног поретка, а не приватних интереса субјеката.

в) Одређеност или одредивост радње

Приликом стварања облигационог односа права и обавезе се могу формирати и поводом тачно одређене, конкретизоване радње. Правни поредак, полазећи од циља облигације, тј. задовољавања животних, конкретних и каузалних односа, жели да омогући и олакша успостављање правно заштићених и правно ваљаних односа међу лицима у праву. Облигација није вјештачки и апстрактни однос који је подвргнут само крутим и затвореним правилима. Облигације и настају да би произвеле правно дејство, тј. изазвали ефекте у имовини субјеката, а у стварном животу физичких и правних лица.

Због тога закон дозвољава да облигациона радња приликом настанка правноваљаних односа не мора бити одређена, већ дозвољава да она буде одредива. То значи да се субјекти морају предвидјелити у садржају односа о подацима помоћу којих ће извршити одређивање радње или ће одредити треће лице да изврши конкретизацију радње. То значи да облигациона радња мора свој пут од одредиве, тј. недовољно одређене радње, прећи до тренутка (рока) доспјелости за извршење. Дакле, радња је одредива и као таква способна да омогући егзистенцију и пуноважност облигацији, ако из садржаја облигације (везано за природу облигације, околности случаја или споразум субјеката) постоји довољно података за њену конкретизацију. Таква правила су у закону посебно одређена за генеричке облигације или за одређивање продајне цијене. Иначе, као и за немогућност и недопуштеност, тако и за неодређеност облигационе радње санкција је ништавост.

На крају ваља истаћи да поједини аутори (*професор Слободан Перовић, 311 и даље*), као и сам ЗОО (*члан 46-50*), говоре о предмету уговора а не облигације. Професор Перовић истиче да свака уговорна обавеза има предмет који се састоји у давању, чињењу, нечињењу или трпљењу. Ти акти су непосредни предмет сваке уговорне обавезе а посредни предмет уговора. Као што видимо и професор Перовић истиче предмет сваке уговорне обавезе, а то је предмет облигације. Осим тога, као фактор диференцијације истиче да уговор може имати више предмета, тј. више обавеза од којих свака има предмет. Отуда нема мјеста конфронтацији између учења о предмету облигације и учења о предмету уговора, јер и сам ЗОО у ставу 3. члана 25. истиче да се његове одредбе које се односе на уговоре на одговарајући начин примјењују и на друге правне послове.

У истом смислу треба схватити и каузу или основ облигације. Закон је истакао каузалистички приступ облигационим односима и каузу (разлог обавезивања) поставио у подлогу сваког облигационо-правног посла. Без обзира на законску систематику и ставове наших истакнутих аутора слиједећи законску систематику сматрамо да је кауза основ сваке облигационо-правне обавезе, а не само уговорне обавезе. Без обзира на свој основ настанка, кауза обавезе је облигационо-правни појам. Свака обавеза из облигационог односа не садржи само одговоре на питање ШТА се дугује или на шта се дужник обавезује, већ и одговор на питање ЗАШТО се дужник обавезује да изврши оно на шта се

обавезује. ЗОО је у члану 51. став 3. изрекао каузалистичку догму по којој се претпоставља да обавеза има основ иако није изражен. А у ставу 1. истог члана изриче се да свака уговорна обавеза има основ. Ако основ не постоји или је недоиуштен, уговор је ништаван (члан 52. ЗОО). Ми кад говоримо о основу уговора заправо мислимо на каузу уговорне обавезе или разлог преузимања уговорне обавезе који мора бити правно допуштен. Исто као и код предмета то значи да је основ недопуштен ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима. Ако је обавезивање без разлога, тј. правног оправдања или правно признатог разлога, уговор је ништав. Међутим, понављамо, не значи да облигације из других извора немају свој основ обавезивања. И обавеза на накнаду штете има свој основ обавезивања, од којих је традиционално најафирмисанији - кривица обавезног лица, дужника. И једностране изјаве воље имају свој основ у намјери обавезивања и добровољном заснивању дуга. И обавезивање незваног пословође, тј. обавезивање господара посла према незваном пословођи има разлог у корисном и нужном предузимању посла од највишег интереса за господара посла.

Поред тога ваља истаћи и старо разликовање каузе, као основа обавезе од правног наслова (*iusta causa; iustus titulus*), који је у ствари правни акт или правна чињеница која ствара облигације (извор или основ настанка облигација).

Најзад, из педагошких разлога, ми ћемо излагање каузе задржати код излагања општих услова настанка уговора. Овдје смо истакли ова питања у виду напомене.

#### **4) КЛАСИФИКАЦИЈА ОБЛИГАЦИЈА ПРЕМА ПОСЕБНИМ КАРАКТЕРИСТИКАМА**

Према својим посебним карактеристикама које је уочила и истакла правна теорија, облигације се дијеле на посебне врсте. Критериј подјеле облигација на врсте најчешће се користи да би се, на основу разликовања посебних карактеристика предмета облигације, извршила подјела на већи или мањи број карактеристичних врста.

Покушаћемо изложити једну, што потпунију подјелу, те би наш план излагања овог питања изгледао овако:

Прва подјела облигација према природи облигационе радње

- позитивне и негативне облигације
- облигације циља и облигације средства
- новчане и неновчане облигације

Друга подјела облигација према одређености облигационе радње

- индивидуалне облигације
- кумулативне облигације
- генеричке облигације
- алтернативне облигације
- факултативне облигације

Трећа подјела облигација према субјектима и дјелјивости радње -личне и строго личне облигације -дјелјиве и недјелјиве облигације -солидарне облигације

Четврта подјела облигација према времену трајања радње Пета подјела

облигација према правној природи (правним карактеристикама)  
-цивилне и натуралне облигације (потпуне и непотпуне облигације) -  
једнострано обавезне и двострано обавезне -самосталне и акцесорне облигације

#### 4/1) Подјела облигација према природи облигационе радње

-Позитивне и негативне облигације

Позитивне облигације подразумевају активно понашање обавезног субјекта. Носилац обавезе код позитивне облигације дужан је да нешто предузме, чини, ради. То су понашања која се састоје од давања (*dare*) и чињења (*facere*).

Негативне облигације захтјевају од дужника или обавезаног лица пасивно понашање и усмјерене су на трпљење (*pati*) и пропуштање (нечињење) (*non facere*) нечега што би обавезано лице имало право према објективном праву да чини, али је преузимањем обавезе из облигационог себи створило обавезу да не чини.

Повреда позитивне облигације наступа нечињењем, а повреда негативних настаје започињањем чињења обавезног лица у времену док траје обавеза да се обавезано лице тога придржава.

-Облигације циља и облигације средстава

Облигацијама циља постиже се неки резултат. Само ако се утврђени резултат и постигне (нпр. продавац преда ствар купцу и овај стекне својину на предатој ствари) облигација је испуњена и она ће се угасити, јер је одиграла своју правну улогу. Уколико изостане такав резултат, без обзира на предузимање извјесних радњи у сврху постизања циља који је обавезани субјект био дужан постићи, неће доћи до гашења и сматраће се да је дошло до повреде облигације и одговорности обавезаног субјекта овлашћенику.

За разлику од облигација циља, код облигација средстава ради се о таквом понашању које није строго везано за постизање циља, резултата посла. Тако облигација циља јесте обавеза посленика код уговора о дјелу да постигне уговорени резултат. То није нужно код уговора о налогу, већ је битно да је мандатар радио придржавајући се упутстава мандатара, без обзира да ли и оствари неки циљ. То значи да код облигација средстава правно дозвољено понашање обавезника своди се на предузимање свих потребних радњи у складу са правилима посла и дужном пажњом или правилима струке која се у конкретном случају очекују. То ће бити довољно да се дужник ослободи одговорности за преузете обавезе.

-Новчане и неновчане облигације

Новчане облигације имају за предмет радњу која се састоји у давању одређене суме новца (исплати). За разлику од првих неновчане могу имати сваки други дозвољени предмет. Неновчане облигације, осим у давању неке ствари, могу да се састоје и у чињењу односно нечињењу, док је предмет новчаних само исплата новца. За новчане облигације је карактеристична законска камата као законска санкција коју сваки повјерилац може истаћи према дужнику као акцесорну обавезу због неуредног испуњења новчане обавезе. Дужник који задоцни са испуњењем новчане обавезе, дугује поред главнице и затезну камату, по стопи утврђеној савезним законом. Без обзира што је затезна камата законом

одређено обештећење повјериоца, она је и независна од конкретне штете, јер повјерилац на њу има право, без обзира да ли је заиста претрпио ту штету а није ни дужан да ту чињеницу докажује. Због значаја новчаних облигација као правне надградње над монетарно-финансијским токовима, количином новца у оптицају, емисионе политике државе и чињенице да су новчани токови крвоток робно-новчане привреде, само закашњење дужника у измирењу своје новчане обавезе повлачи његову одговорност без обзира на то да ли је дужник и претрпио какву штету. Наравно, повјерилац има и право, према општим правилима о накнади штете, захтјевати и већи износ од износа који му припада на име затезне камате, уколико докаже да је штета коју је претрпио већа од законски одређеног износа затезних камата (апстрактне штете). Поред законске камате, закон за новчане облигације дозвољава уговарање тзв. уговорне камате. То је цијена коју лице плаћа за кориштење туђим новцем. Толико кошта коришћење туђег новца. Ако уговорну камату уговарају физичка лица тада је њена стопа ограничена на висину каматне стопе која се плаћа на штедне улоге по виђењу. У погледу максималне каматне стопе која се уговара између правних лица, она се утврђује посебним законом што значи да може бити и већа. То има изузетног значаја за привредне токове, јер од тога колико је "скуп новац" зависи инвестиционо предузетнички активитет.

Ако је камата уговорена, али није одређена њена стопа ни вријеме доспјелости, тада између физичких лица важи каматна стопа која се у мјесту испуњења плаћа на штедне улоге по виђењу, а између других лица важи каматна стопа коју банка или друга банкарска организација плаћа, односно уговара за такву или сличну врсту посла. Клаузула о уговорној камати већој од дозвољене своди се на законски максимум. Одредбе о уговорној камати на одговарајући начин вриједне и за главницу која за предмет има генеричке ствари. Закон забрањује анатоцизам, тј. уговарање камате на камату или њено обрачунавање на доспјелу а неисплаћену уговорну или законску камату. Код уговорне камате дозвољено је уговарати повећање стопе ако дужник задоцни са исплатом доспјеле камате. Од ове забране код уговорне камате изузете су банкарске организације.

Када се као предмет облигације јавља исплата новца важиће посебна диспозитивна правила ЗОО за вријеме (члан 318.), мјесто (члан 320.), и начин испуњења (члан 310. став 2. ЗОО).

ЗОО је утврдио принцип монетарног номинализма. Тај принцип налаже дужнику да исплати по доспјелости новчану обавезу повјериоцу тако да му преда онај исти број новчаних јединица на које облигација гласи. У својој идеји то је најједноставнији модел испуњења новчаних облигација. Међутим, он је исувише крут и у сукобу је са стварним животним условима, реалношћу једне неразвијене економије, неконвертибилног, нестабилног новца чија номинална и стварна (унутрашња) вриједност су у раскораку. У правилу се дешава да новац стално, неформално девалвира због хроничне инфлације, али девалвира и формално кроз акте државне фискалне политике који прописом признају обезвријеђеност унутрашње вриједности новца и покушавају ускладити његову номиналну и његову стварну вриједност административним путем. Стога је начело или модел монетарног номинализма "слијепо право", јер у свом пуном значењу не води рачуна о томе да ли је дошло до поремећаја између номиналне и реалне

вриједности новца. То не значи да је ЗОО и у својој првобитној верзији начело монетарног номинализма поставио без изузетка. Начело монетарног номинализма кориговано је у ЗОО правилима о ревизији уговора због промијењених околности као и правилима о утврђивању висине накнаде материјалне штете која предвиђају да се висина такве штете утврђује према цијенама у вријеме доношења судске одлуке; затим слободом уговарања клизне скале и слободом уговарања индексне клаузуле. Златна и валутна клаузула су у првобитном тексту ЗОО забрањене, тј. правно ништаве, али у дужем периоду економске кризе оне економски, фактички се уговарају и дјелују, иако се нико на њих не може позвати, нити суд може уговарачу кога "штити" забрањена клаузула пружити заштиту.

Законом о измјенама и допунама ЗОО који је донесен у Републици Српској на простору бивше југословенске републике Босне и Херцеговине (*Службени гласник Републике Српске, број 17/93*) ништавост златне или валутне клаузуле је ублажена. Умјесто раније одредбе члана 395. ЗОО по којем се новчана обавеза која противно посебном закону гласи на плаћање у злату или страниј валути треба да се исплати у домаћем новцу према курсу који је важио у вријеме настанка обавезе, сада прописује да се њено испуњење може захтјевати у домаћем новцу који важи у тренутку испуњења обавезе (у мјесту сједишта или пребивалишта повјериоца). Положај повјериоца је побољшан, јер је истим законом прописано да одредбе 36. Закона о изменама... имају ретроактивно дејство на све новчане обавезе које су настале прије ступања на снагу овог закона уколико до тог рока нису биле испуњене.

У случају доцње дужника неке неновчане обавезе утврђене правоснажном одлуком суд може на захтјев повјериоца, наредити плаћање судских пенала (*члан 294. ЗОО*) што је такође једна акцесорна новчана обавеза.

#### **4/2) Подјела облигација према степену одређености њихове радње**

У ову групу спадају: индивидуалне, кумулативне, генеричке, алтернативне и факултативне облигације. Сврстава их у ову групу њихов степен, тј. степеновање одређености њихове радње. С једне стране дефинишу се одређене облигације, тј. радње, а с друге стране постављају се дефиниције и дају примјерена правила за испуњење оних облигација које су настале са одредивом, тј. недовољно одређеном, радњом која тек конкретизацијом, према датим правилима, може постати подобна за испуњење, као основни циљ облигације.

4/2/1 - Индивидуалне или индивидуалисане су оне облигације код којих је предмет (радња, чиница) потпуно одређен. Њихова радња је индивидуализована у тако високом степену идентификације (*in specis*) да се не може помијешати или замијенити с било којом другом радњом (предметом облигације). Предмет је у толикој мјери одређен да се не оставља могућност избора или додатног одређивања. Дакле, предмет је одређен не само по квалитативним својствима радње и квантитету, већ и по другим фактичким и правним карактеристикама које га одвајају од свих других облигационих радњи.

Правни значај ових облигација је у томе што се исти предмет јавља и у тренутку настанка облигације и остаје непромијењен до часа њеног извршења.

То не значи да у часу заснивања односа предмет мора и да постоји, али морају постојати планови који јасно указују како да се такав предмет произведе да би био подобан за предају која би имала значење испуњења и постигла циљ облигације. Често се истиче да је исти предмет *in obligatione* као што ће бити *in solutione*. Уколико посматрамо с аспекта сигурности можемо извести двојак закључак: ако под сигурношћу испуњења подразумевамо да су субјекти потпуно одређени с обзиром на предмет који ништа друго не може да замијени онда је то њихов високовриједан интерес. Али, с друге стране, садржај облигације, права и обавезе, могу остати неизмирени и ненамирени, јер дејство случаја или више силе може довести до уништења нпр. предмета предаје, а нестанком предмета и облигација ће се угасити, а да зато нико неће бити дужан одговарати. Уколико немогућност радње наступи из субјективних разлога тада се облигација неће угасити, већ ће повјерилац умјесто овлашћења постати овлашћеник захтјева на накнаду штете. Међутим, питање је да ли се накнадом може постићи циљ индивидуалне или специјалне облигације.

4/2/2 - Кумулативне облигације су оне које садрже више индивидуално одређених радњи које се све морају извршити да би се постигао циљ облигације - испуњење и престанак, гашење облигационог односа. Ријеч је о садржају облигације који се концентрише на више одређених радњи. У правилу се радње из облигације морају извршавати истовремено, а могућа су и одступања од ове временске коинциденције. Накнадна објективна немогућност извршења једне од више радњи преиначује садржај облигације на преостале радње. Субјективна накнадна немогућност једне радње замјењује немогућу радњу накнадом штете уз извршење свих могућих радњи. Неки аутори разликују кумулативну облигацију, која је облигација са више специјалних предмета од кумулативног дуговања двије или више радњи што се јавља код уговора који најчешће представљају збир кумулативних облигација и на једној и на другој уговорној страни (*Перовић, 112*).

4/2/3 - Генеричке облигације су оне облигације чија је радња одредива, по роду којем припада. *In obligatione* је утврђена припадност ове радње неком роду истоврсних радњи. Могућа је и ужа одредница да је генеричка облигација издвојена у масу истоврсних предмета (*члан 355. став 2. ЗОО*). Да би овакве облигације биле подобне за испуњење нужно је из масе или из рода конкретизовати радњу извршења. Јер, радња одређена по (цијелом) роду је неподобна за извршење, јер род, обично, чини неограничен број предмета. Као што важи и правило "*genera non pereunt*", што значи да род не може пропасти, тако из тог правила можемо извести закључак да је род неисцрпна маса истоврсних предмета. Конкретизација или индивидуализација која је нужна ради реализације испуњењем и ових облигација врши се помоћу тзв. права "издвајања" дијела рода или једне ствари, тј. предмета одређеног рода, тј. рода одређеног у облигацији. Да би се ово овлашћење вршило и довело до испуњења потребно је утврдити у облигацији ко врши ово овлашћење и како ће се вршити издвајање (сужавање) предмета облигације одређене по роду. Диспозитивна правила по том питању су оскудна тако да се аналогично са рјешењима која закон даје за алтернативну облигацију која је генеричкој облигацији најближа с обзиром на критериј одређености предмета облигације, и општим принципима

тумачења правила облигационог права као и обичаја, те опште усвојених правила грађанског права, може закључити слиједеће:

- Овлашћеник права издвајања може бити дужник, повјерилац (или свака од уговорних страна) или треће лице. У првом реду овлашћеника поставља или одређује сагласност воља страна облигационог односа или споразум страна. Уколико такав споразум није постигнут, тада се према циљу облигације може утврдити овлашћеник права издвајања. Уколико ни по том критерију не можемо идентификовати овлашћеника права издвајања, тада, по аналогiji, то правно овлашћење припада дужнику. Можемо рећи да ово право или овлашћење издвајања спада у тзв. права обликовања (*gestaltug Recht*).

Вршење овлашћења издвајања подразумејева конкретизацију, индивидуализацију радње, али тако да се поближе одреде њена својства која би је издвојила из свих предмета датог рода, рода одређеног *in obligatione*. И овлашћење на индивидуализацију зависи од споразума субјеката или од циља облигације. Уколико се по овим основним критеријима одређивања овлашћења права обликовања не може утврдити како треба извршити индивидуализацију, правило је промета, које је добило потврду и у законодавству, да је дужник испуњења дужан предати ствари средњег квалитета. (*Лоза, 35, члан 311. ЗОО*). По ЗОО, прије правила о предаји ствари средњег квалитета, предност има правило по којем је дужник дужан, првенствено, предати ствари одговарајућег квалитета, ако му је била позната намјена ствари. Значи да ће одговарати за несавјесно поступање, ако и преда ствари средњег квалитета које не одговарају намјени, ако му је ова била иозната.

Правни значај генеричких облигација потиче од њиховог практичног значаја, јер су оне најчешће у промету. Поред тога оне су "сигурне" у погледу тзв. "реалног" испуњења, јер важи споменуто правило да "род не пропада". Виша сила и случај не ослобађају дужника обавезе. Он сноси ризик испуњења све док не испуни облигацију и дужан је надокнадити предмет извршења и предати га повјериоцу јер је то могуће, чак и када све што дужник има од таквих ствари пропадне ради околности за које он неодговара (*члан 355. став 1. ЗОО*). Фактичка пропаст рода је ријетка и, тако рећи, немогућа појава. Међутим, правна пропаст рода је далеко већа могућност, с којом треба рачунати. Правна забрана, недопуштеноост радње, доводи до престанка облигације, јер се на тај случај примјењују правила о недопуштеноости предмета облигације, и ништавости као санкцији која погађа такву облигацију. Као што дужника не ослобађа обавезе пропаст свих ствари одређеног рода које су у облигацији, а које припадају у правну сферу дужника, када су ствари одређене по роду, тако што се имају узети из одређене масе тих ствари; облигација престаје, без одговорности и обавезе испуњења, када пропадне цијела та маса (нпр. генеричке ствари одвојене за повјериоца у складишту дужника). Пропаст цијеле масе сигурно да мора потицати од тзв. објективних околности које дужник није могао предвидјети, ни спријечити или отклонити. Ако су такве околности утицале да пропадне цијела маса издвојених генеричких ствари (плантаже мандарина које је повјерилац откупио "на зелено" буду уништене мразом), тада ће обавеза за дужника престати како се то каже, усљед околности за које дужник не одговара. Јасно је да за тзв. субјективне околности, када сам дужник допринесе пропасти масе или је он "кривац" за њену пропаст, он ће остати у облигацији и дуговати испуњење

облигационе генеричке радње. Пропусти дужника су околности за које ће он одговарати.

Повјерилац генеричке облигације има право да, ради обезбјеђења свога потраживања, пошто је претходно обавијестио дужника који је запао у доцњу, набави ствари истог рода на другој страни (од другог дужника кога сам изабере) и да од дужника (првобитног дужника) захтјева накнаду штете и цијене или вриједност дугованих ствари и накнаду штете. Ово је једно специјално законско рјешење за одговорност дужника усљед повреде облигације која је већ настала. Ради се о једном специјалном правилу тзв. "уговорне одговорности", јер је опште правило да дужник има обавезу на испуњење обавезе, савјесно и у свему како она гласи. Али ако је не испуни или закасни с њеним испуњењем дугује накнаду штете (члан 262. ЗОО). Посебно правило које смо навели и које спада у групу повјериоцевих права у неким посебним случајевима, алтернативно поставља опште правило по којем је повјерилац овлаштен да захтјева вриједност дугованих ствари и накнаду штете или да, по свом избору (алтернативно овлашћење), набави ствари истог рода и захтјева накнаду штете.

Ово правило је разрађено код уговора о продаји у члану 525. ЗОО, као продаја или куповина ради покрића. Ако бисмо извршили поређење ових одредаба тада бисмо уочили да се као посебно право повјериоца према одговорном дужнику оно јавља као "куповина ради покрића". Осим тога код продаје или куповине ради покрића закон даје право овлашћеном продавцу или купцу ради покрића да купи од другог ствари одређене по роду и да захтјева разлику у цијени која му је у том случају настала. Та разлика у цијени је заправо претрпљена штета коју трпи повјерилац из генеричке облигације уопште.

4/2/4 - Алтернативне облигације су облигације које се формирају поводом два или више предмета (*in obligatione*) а које престају испуњењем само једног од више алтернативно утврђених предмета, дугованих радњи (*una res in solutione*). Она је, значи, алтернативно одредива. Да би постала одређена потребно је извршити избор између двије или више алтернатива. Значи да се конкретизација, индивидуализација радње подобне за испуњење и за постизање циља алтернативне облигације врши коришћењем овлашћења на избор. И ово "право" је заправо овлашћење које може да припадне једном од субјеката или трећем лицу. По својој нравној природи и ово би било једно право, тј. овлашћење на обликовање. ЗОО је алтернативној облигацији посветио више пажње у својим диспозитивним нормама (члан 403-408). И овдје, првенствено од споразума субјеката зависи ко врши право избора (члан 403). Право избора може да припадне и дужнику и повјериоцу, али и трећем лицу. Ако није ништа споразумно утврђено или "уговорено", може се примјенити диспозитивно правило да право избора припадне дужнику (члан 403). Право избора може прећи са повјериоца на дужника и у случају да повјерилац ни у року испуњења ни у накнадном року - по позиву од стране дужника - не изврши овлашћење избора које му по споразуму или по околностима припада (члан 405. став 2. ЗОО). Ако је "право избора" повјерено трећем лицу, а оно га не врши, тада, по захтјеву сваког од субјеката право избора може прећи на суд (члан 406. ЗОО).

Право избора за дужника траје све до поступка принудног извршења и принудне предаје ствари повјериоцу (члан 405. став 1. ЗОО). Указали смо да повјерилац не може да одуговлачи са вршењем овлашћења избора и да га дужник

може натјерати на вршење избора давањем накнадног рока, након кога, ако повјерилац није конзумирао своје овлашћење избора, право избора прелази на дужника. Вршењем права избора алтернативна облигација се претвара у индивидуалну. Од пријема обавјештења којим вршилац права избора обавијести другу страну шта је изабрала, избор је неопозив, извршен и од тога момента више се не може мијењати. Извршен избор дјелује *ex tunc*, што значи да се сматра да је облигација од иочетка била једноставна и да је њен предмет од почетка била изабрана ствар. Алтернативна облигација ће постићи свој циљ када се испуни изабрана радња која постаје једноставна након извршеног избора. Изабрана радња може бити индивидуална али и генерички одређена. Садржај алтернативне облигације се мијења (сужава) усљед пропасти једне радње за чију пропаст неће бити одговорна ни једна страна односа. Значи да објективна накнадна немогућност сужава право избора. Накнадна субјективна немогућност има другачије дејство. Њене посљедице зависне су од чињенице коме припада право избора. Зависно од тога постављена су слиједећа правила:

1) Ако право избора припада дужнику : а) он је одговоран за немогућност једне од алтернативно одређених радњи, обавеза се ограничава на преостале радње; б) ако је повјерилац одговоран за немогућност извршења радње дужник може од њега захтјевати накнаду штете, а своју обавезу може извршити преосталом радњом.

2) Ако право избора припада повјериоцу : а) а он је одговоран за немогућност извршења једне радње, тада он може умјесто те радње накнадити штету и тражити преостали предмет (*члан 408. став 2.* ), и б) ако је дужник одговоран за губитак могућности испуњења радње повјерилац може тражити преостали предмет или захтјевати накнаду штете (*члан 408. став 1. ЗОО*).

4/2/5 - Факултативна облигација је она која има један предмет и *in obligatione* и *in solutione*. Право избора не постоји, јер нема шта да се бира. Дужник дугује само један предмет, јер повјерилац има овлашћење потраживати само тај, у облигацији одређен предмет, дужникове факултативне обавезе (409-411,300). Ове облигације се називају факултативним ( а не индивидуалним) јер на страни дужникове интересне сфере постоји правна могућност (уговором прибављена или на закону заснована) да испуни облигацију факултативно - тј. чињењем неке друге радње. Закон дозвољава да ово факултативно овлашћење дужник користи све док се у поступку принудног извршења не спроведе поступак. Ако дође до накнадне објективне немогућности облигација ће се угасити. Ако је пропаст једине дуговане радње наступила усљед накнадне субјективне немогућности, облигација не престаје, већ повјерилац може само захтјевати накнаду штете умјесто дугованог предмета. Али, и у том случају дужник се може ослободити обавезе на накнаду штете испуњењем факултативне обавезе.

ЗОО уређује и питање тзв. "факултативних потраживања" које по уговору или закону припада повјериоцу. По својој правној природи ова "факултативна потраживања" ближа су праву избора код алтернативних облигација, јер ако повјериоцу припада "факултативно овлашћење" он може умјесто дугованог предмета захтјевати од дужника неки други, одређени предмет и дужник му је обавезан тај предмет предати на његов захтјев. И сам Закон истиче да за оваква

факултативна потраживања према намјери уговарача и према околностима посла важе одговарајућа правила било факултативних било алтернативних облигација, односно, и једна и друга правила (нлан 411).

### 4/3) Подјела облигација према субјектима и дјеливости предмета

#### 4/3/1 - Личне и безличне облигације

Личне и безличне, чешће називане "чисто личне" (*intuitu persone*) и личне, разграничавају се по критеријуму везаности вршења облигационе радње за конкретну личност, односно особине личности дужника. Испуњење облигације код личних облигација најтјешње је везано за лична својства, могућности или повјерење које повјерилац има само у конкретну личност дужника. Иначе, све су облигације личног карактера, јер вежу само лица која су *in obligatione*, међутим, најчешће је њихов предмет имовинског карактера и извршење као и заштита повјериоца реализује се, како смо већ показали, само на личности дужника. Личне облигације су као такве утврдили сами субјекти својом сагласношћу воља или оне таквима чини природа облигационе радње. Збога тога испуњење дуговане радње не може прећи на друго лице уступањем дуга, нити се може појавити као обавеза насљедника. Смрћу дужника оваква облигација се гаси, јер долази до немогућности испуњења. Најзад, овакве облигације се не могу обезбиједити јемством.

Безличне облигације су типичне за облигационе односе. Имовински карактер облигационе радње условљава да свако лице може, у начелу, извршити облигациону радњу, без обзира да ли је она садржајем облигације везана за тачно одређене личности, што је исто тако правило. Хоћемо рећи да је испуњавање имовинске радње из облигације неvezано за било каква лична својства дужника. Ради се о правном стандарду просјечног дужника. Тако, према начелу из члана 18. ЗОО, о понашању дужника у извршавању обавеза и о стандардном понашању повјериоца у остваривању права, истиче се да је сваки дужник дужан да, у испуњавању своје обавезе, поступа с пажњом која се у правном промету захтјева у одговарајућој врсти облигација. Ако се ради о привредно-правним односима, тј. ако као субјекти облигације наступају привредно-правни субјекти који обављају лукративну дјелатност и поводом обављања своје пословне дјелатности закључују уговоре или ступају у друге облигационе односе (издају вриједносне папире и др.), тада су се дужни понашати с пажњом доброг привредника. Просјечно пажљив привредник, односно добар привредник, је стандард пажње који се у својој струци, привредној дјелатности, очекује као минимум код извршавања обавеза. Понашање испод тога минимума довешће до грађанско-правне одговорности уз испуњење и осталих законских услова. Осим тога, пажња доброг домаћина је минимум пажње који се од сваког грађанина, односно лица у праву, очекује према његовим преузетим грађанско-правним обавезама с обзиром на понашање просјечно пажљивог човјека из дате друштвене средине. Према томе, ови стандарди пажње су апстрактна мјерила у која се сваки конкретни дужник може "смјестити" и "измјерити" степен пажње и степен одступања од датог шаблона или модела. Још ужи модел апстрактног мјерача дужникове пажње је пажња доброг стручњака, када се као мјерило узима поступање с повећаном иажњом према правилима струке и обичаја (нпр.:

адвоката, лекара, водоинсталатера, угоститеља и др.). За безличне облигације ови стандардни модели пажње су мјерило испуњења обавеза, док је код личних облигација мјерило понашања конкретно и сведено само на лице које се налази у облигацији на страни дужника и чија се пажња мјери према његовим личним својствима и способностима, која, својства и способности, не посједује сваки просјечни дужник. За разлику од личних облигација, безличне не престају смрћу субјекта или ликвидацијом правног лица. Обавезе дужника из безличних облигација прелазе на наслѣднике, односно правне слѣднике. Обавезе и права из безличних облигација могу се преносити на трећа лица; оне се могу обезбјеђивати јемством, итд.

#### 4/3/2 - Дјелјиве и недјелјиве облигације

Дјелјиве су оне облигације чији је предмет подесан да се испуњава у дијеловима, без да се фактички или правно вријећа њена супстанца. Значи, дјелјива је она облигација која се може издијелити на више мањих јединица, али тако да њен предмет ништа не губи од своје вриједности. Квалитет остаје исти, а квантитет се може мијењати што не вријећа њену супстанцу (материју) нити вријећа какав правни пропис, односно правну норму која такво цијепање забрањује (*члан 412. став 1. ЗОО*). Дјелјивост облигација од посебно је значаја када у облигацији постоји више субјеката, било на страни дужника, када се таква облигација назива пасивна, раздијељена, облигација (*члан 412. став 2. ЗОО*), или је множина субјеката на повјерилачкој страни (имамо више повјерилаца) и тада се назива активна раздијељена облигација (*члан 412. став 3. ЗОО*). Код пасивне раздијељене облигације у којој постоји више дужника на тзв. дужничкој страни, дугују фактички и правно дјелјиву радњу и по садржају облигације сваки од њих дугује "свој" дио облигације који му је споразумом субјеката или законом одређен као дуг, односно обавеза. Уколико није споразумом или законом утврђено колико на ког дужника отпада дуга, односно обавезе, обавеза се дијели на једнаке дијелове (нпр. ако их је тројица сваки дугује једну трећину обавезе и сваки независно одговара за своју трећину обавезе). Неки аутори сматрају да овдје материјално имамо више облигација, а да их обједињује само формално јединство (уколико им је основ исти) (*Лоза, 44*).

Код активне раздијељене облигације радњу која је фактички и правно дјелјива може захтјевати више повјерилаца сразмјерно свом дијелу тражбине која сваком од њих појединачно припада зависно од садржаја неког правног основа који међу њима твори облигационо-правни однос. Уколико правни однос није дефинисан, тј. уколико се по правном основу не може утврдити дио тражбеног овлашћења сваког од повјерилаца, сваком од повјерилаца припада једнак дио повјерилачког овлашћења или права захтјевања испуњења (уколико их је четворица тада сваки има 1/4 потраживања).

Недјелјиве су оне облигације чији се предмет не може подијелити на аликвотне дијелове, без обзира што постоји множина субјеката у облигацији и што би то, за испуњење такве облигације, било неопходно. Оне се још називају и нераздијељеним облигацијама. Разлог недјелјивости лежи у природи предмета (облигационе радње) чијом би се евентуалном подјелом изазвале неповољне посљедице по супстанцу (материју) предмета било у виду пропасти предмета (испуњење обавезе на предају купљеног тркаћег коња не може се извршити у

дијеловима), губљења битних својстава предмета (типичних, уговорених, квалитативних или квантитативних и др.). Таква недјелјивост се назива фактичком или апсолутном недјелјивошћу облигације. Значи да су сви чланови једне стварне или правне заједнице дужни извршити обавезе које на њих опадају из једног правног основа (уговором се обавезу сви чланови једне земљорадничке задруге да читав овогодишњи род шљива испоруче једном набављачу). Осим тога, могуће је да се странке споразумију или да им то диктира неки другачији правни основ (закон, тестамент), да се иначе дјелјива радња извршава као недјелјива. Оваква недјелјивост се назива правна недјелјивост или релативна (уговорна) недјелјивост. Основна карактерна црта ових облигација је у томе да се радња мора испуњавати у цијелости. Дијелјење радње ни по којем критерију подјеле неће бити могуће. Дужници ће дуговати цијелу радњу, а повјериоци ће моћи свој захтјев усмјерити на испуњење цијеле радње, без обзира на то што је радња иначе фактички дјелјива. Нераздијељена облигација је и материјално и формално једна облигација. ЗОО у члану 435. предвиђа за недјелјиве облигације сходну примјену правила која важе за солидарне облигације, иако се правила солидарне облигације, односно испуњење солидарне облигације, разликује од испуњења недјелјиве облигације.

#### 4/3/3 - Солидарне облигације

Солидарне облигације су оне које на страни субјеката имају множину субјеката и правно недјелјиву радњу. То је једна посебна врста правне недјелјивости, која условљава испуњење облигације од стране сваког од садужника понаособ у цијелости или могућност да сваки повјерилац, односно саповјерилац, ако их има више на повјерилачкој страни, може захтјевати од једног дужника испуњење цијеле обавезе у цијелости. Ако се множина субјеката појави на дужничкој страни такву облигацију тада називамо пасивна солидарна облигација а више дужника називају се садужници. Ако је множина субјеката на повјерилачкој страни говори се о активној солидарној облигацији и о саповјериоцима. Иначе, солидарност се не претпоставља. То значи да она мора бити уговором, односно на неком правном основу заснована. Једина законска претпоставка солидарности која је отклоњива јесте када има више дужника у некој дјелјивој облигацији насталој из основа уговора у привреди. Да би отклонили ову законску претпоставку по којој они повјериоцу одговарају солидарно, они то морају изричито, посебном уговорном клаузулом, искључити (члан 413. ЗОО). Закон се често појављује као основ солидарне облигације. Тако је изричитом законском одредом члана 206. ЗОО, одређено да када више лица проузрокују исту штету она одговарају солидарно. Осим тога Закон одређује чланом 106. да више јемаца за исти дуг одговарају солидарно. Према члану 87. став 5. ЗОО : "Ако заступани одбије одобрење, заступник и заступани су солидарно одговорни за штету коју је друга страна претрпјела, ако она није знала нити је морала знати за прекорачење овлашћења."

4/3/3/A - Пасивна солидарна облигација пружа значајне предности за повјериоца. Сваки њен дужник одговара повјериоцу за све садужнике, тј. за цијелокупну обавезу. Сваки садужник повјериоцу јемчи испуњење *in solidum* (у цијелости), према избору повјериоца. Начело савјесности и поштења налаже да

се повјерилац у вршењу права избора између више саповјерилаца определијели за онога који је економски најликвиднији. Када један од солидарних дужника испуни радњу солидарне облигације у цијелости облигација престаје и за све остале садужнике (*члан 414. ЗОО*). Овдје смо изложили конструкцију тзв. вањског односа код солидарне облигације. Повјериоца у реду обраћања сваком поједином садужнику везују и одређени модалитети које мора поштовати, јер сваки од садужника може, према неком правном основу који је уједно и извор солидарности, дуговати са другим роком испуњења, или му обавеза може бити условљена или под налогом и сл. У вањском односу, тј. код разрјешења тзв. вањског односа, сваки солидарни садужник има право да се користи тзв. објективним или субјективним материјално-правним приговорима. Материјално-правни приговори су чињенице којима дужник хоће да постигне одбијање повјериоцевог захтјева. Уколико ово одбијање повјерилац не прихвати може се један материјално-правни однос претворити у спор о постојању или непостојању неког права повјериоца и тако створити услови за грађанску парницу. Приговор је дефанзивна радња, изјава дужника којом он истиче да усљед неке чињенице повјериоцево право није ни настало (нпр. недостатак пословне способности или мане воље приликом закључења правног посла). Дужник се може бранити и чињеницом да је повјериоцево право престало да постоји (нпр. испуњењем обавезе од стране једног од садужника, пропашћу дугованог предмета, отпустом дуга и сл.). Најзад, дужник може истаћи чињеницу на којој се заснива његово право да својом изјавом ускрати повјериоцу чинидбу (нпр.: приговор застарјелости, изјава о пребијању, приговор неиспуњења обавезе друге стране код двостраних уговора и др.)

Приговори којима се чинидба трајно ускраћује зову се перемпторни, а којима се привремено спречава њено испуњење назива се дилаторни. Примјер перемпторног приговора је приговор застарјелости, а примјер дилаторнога приговора је приговор неиспуњења обавезе друге стране. О томе се више учи у грађанском процесном праву (*Проф. др Боривоје Познић: Грађанско процесно право, V издање, стр. 219 и даље*). Када се ради о приговорима које Закон предвиђа за садужнике у вањском односу, у тзв. објективне приговоре који се тичу самог облигационог односа, спадају:

а) Приговор пребијања, као један од начина престанка облигације, тиче се свих садужника и дужник-платац може га истаћи уколико га повјерилац опомене на испуњење, а пребијање је предузето са неким другим садужником (*члан 415. став 1. ЗОО*). Поред тога овим се приговором може извршити пребијање потраживања повјериоца са било којим садужником.

б) Приговор отпуста дуга - Отпуст (опрост) дуга учињен према једном важи и за све остале садужнике, јер је и то један од начина престанка облигације. Уколико је повјерилац ишао на то да дуг изричито опрости само једном од садужника, солидарна обавеза се смањује за вриједност његовог удјела. Долази до измјене садржаја облигације или до редукције њеног садржаја. У овом случају сваки садужник може истаћи тзв. приговор редукције (*члан 416. ЗОО*).

в) Приговор пренова (новације) има исто дејство као и приговор отпуста дуга (*члан 417. ЗОО*).

г) Приговор задоцњења - повјерилачка доцња, без обзира што је он у

доцњи само према једном од садужника, користи свим садужницима и они ће моћи истаћи овај приговор и тако отклонити привремено захтјев за испуњењем солидарне облигације (дилаторни приговор).

д) Приговор сједињења могу користити сви садужници према новом повјериоцу ако је овај универзалном сукцесијом наслиједио повјериоца и постао повјерилац. Ова чињеница не доводи до престанка облигације, али доводи до редукције њеног садржаја што може сваки од преосталих садужника истаћи према повјериоцу. У својој изјави он одбија да исплати цјелокупну вриједност првобитне обавезе јер се она смањила за онолико колико је припадало ранијем саповјериоцу, а сада, због универзалне сукцесије, тј. њеног дејства, посталом повјериоцу.

ђ) Поравнање је један од начина престанка облигације међусобним обрачунавањем узајамних облигација било тако што један од субјеката пребијања изјави своју вољу (компензациону изјаву) или што се они тако споразумију. Искористити положај садужника и извршити пребијање свог узајамног потраживања са повјериоцем лијепа је прилика за само оног садужника који такву облигацију има према повјериоцу. Према томе, остали садужници могу да прихвате такво обрачунавање и тек тада учињено пребијање има дејства према свима и може представљати чињеницу престанка облигације (солидарне), и они се могу том чињеницом користити као објективним перемпторним приговором.

Као што смо већ истакли тзв. објективни приговори тичу се престанка облигације у цијелости, њене недоспјелости за испуњење, њене застарјелости или ништавости основа настанка солидарности (нпр. уговора). Признање дуга, одрицање од застарјелости или доцња једног од садужника нсма дејства према осталим садужницима. Једно од питања која улазе у ова разматрања јесте немогућност испуњења. Ако је у питању тзв. првобитна објективна немогућност испуњења због које обавезу не може да испуни ни један солидарни дужник, облигација није ни настала. Ако се ради о накнадној објективној немогућности, која је наступила, нпр. послѣје закључења уговора и то због догађаја за који није одговоран ни један од солидарних дужника, обавеза престаје и повјерилац не може захтјевати ни од једног садужника да обавезу испуни ( др *Ивица Јанковић*: ' *Видови и последице немогућности испуњења уговорне обавезе*', Београд, 1982. год. стр. 129). Када је у питању тзв. субјективна немогућност испуњења обавеза престаје, али повјерилац има право на накнаду штете. Захтјев за накнаду штете повјерилац може истаћи било према дужнику који је одговоран за немогућност испуњења, било према ма којем од солидарних садужника, било према свим солидарним дужницима. Али, остали садужници, који нису одговорни за немогућност испуњења, одговарају повјериоцу за штету само до висине вриједности дугованог предмета, јер због немогућности извршења солидарне обавезе, која је настала кривоцом једног од садужника, не могу бити доведени у неповољнији положај (*Јанковић*, 130).

Субјективни приговори везани су само за личност појединог садужника, у правилу користе само њему и ствар су међусобних односа само тог садужника и повјериоца. Сваки солидарни дужник може дуговати са другим роком испуњења, обавеза му може бити модификована условом или разним другим модалитетима која само њему користе. Тако, нпр. само садужник према којем је

повјерилац извршио поравнање може се на ово и позивати. Приговори преваре или принуде могу користити само садужнику који је преварен или принуђен од стране повјериоца да ступи у солидарну облигацију (*Милошевић, 271*).

Након што један од садужника испуни цијелу обавезу тзв. вањски однос, однос између повјериоца и садужника, престаје. Међутим, гашење вањског односа није дефинитивно разрјешење односа код пасивне солидарности. Гашење вањског односа нема за посљедицу преваљивање од стране осталих садужника отпадајућих дијелова солидарне обавезе на садужника-платаца. Доћи ће до законске персоналне суброгације и на мјесто повјериоца ступиће према осталим садужницима, садужник-платац. Овом персоналном суброгацијом он стиче тзв. регресно право да се наплати од садужника за отпадајуће дијелове обавезе. У правилу, садужник-исплатилац коначно сноси само свој дио цијелокупне солидарне обавезе, који на њега отпада сагласно садржају или структури унутрашњег односа међу садужницима који је конструисан неким правним основом солидарности (нпр. уговором). Унутрашњи однос зависан је од садржаја разних правних основа солидарности ( уговора, закона, судске одлуке или тестаментa). Сваки садужник може у регресном поступку поставити садужнику-исплатиоцу, који му постави тзв. регресни захтјев, и објективне и субјективне приговоре које је он имао право да постави повјериоцу. Положај садужника-исплатиоца биће нарочито неповољан ако је он пропустио да приговор истакне повјериоцу. Тада му садужник у регресном поступку СВОЈИМ приговором може оспорити регресно право у цијелости или дјелимично. Осим тога у регресном поступку долази до изражаја тзв. приговор редукције. Њега користи садужник који је извршио новацију само за дио своје обавезе према повјериоцу (*члан 417. став 2. ЗОО*); затим и садужник који је усљед конфузије постао и повјерилац (*члан 419. ЗОО*) као и у случају отпуста дуга који се тиче само једног од садужника (*члан 416. став 2. ЗОО*). Приговор застарјелости садужници не могу користити према садужнику-исплатиоцу према којем повјериочев захтјев није био застарио ( због рока који је за њега био утврђен) и он је био дужан да такву обавезу изврши, мада је обавеза била застарјела према другим садужницима који су договали са другим роком испуњења и којима се повјерилац није ни обратио са захтјевом. Садужник исплатилац у таквом случају према осталима задржава право регреса ( *члан 422. став 1. ЗОО*). У случају имовинске неспособности садужника да плати свој дио исплатиоцу, у регресном поступку, његов дио обавезе дијели се сразмјерно (процентуално) вриједности отпадајућих дијелова сваког садужника, на све садужнике (*члан 423. став 3. ЗОО*). Уколико правни основ солидарности својим садржајем не указује на величину (вриједносну димензију) отпадајућих (дугујућих) дијелова сваког појединог садужника, законска је претпоставка да се исплаћени дуг дијели сразмјерно броју садужника на једнаке дијелове (према рачуну разломка; *члан 424. став 1. ЗОО* ). Закон поставља правило да уколико је солидарност имала функцију јемства (гаранције) у корист само једног садужника, тада је једини он у регресном поступку дужан намирити исплатиоцу (*члан 424. став 2. ЗОО*). Ради се о солидарности у корист једног садужника.

4/3/3/Б - Активна солидарна облигација постоји када у једној правно недјеливој обавези фигурира више лица на повјерилачкој страни. Њен практични значај се у уџбеничкој литератури умањује (*Милошевић, 269; Лоза, 48*).

Законодавац даје знатан број правила за уређивање материје активне солидарности (члан 425. до 434. ЗОО). Вањски однос код активне солидарне облигације састоји се у томе што сваки саповјерилац има право да од дужника захтјева испуњење целокупне тражбине, а када реализује потраживање и дужник му испуни дуговани предмет, дужникова обавеза престаје и према осталим саповјериоцима (члан 426. став 1. ЗОО). Закон има интенцију да заштити дужника од несавјесних саповјерилаца, тако што избор повјериоца препушта дужнику, све до часа када неки од саповјерилаца не затражи испуњење облигације (члан 426. став 2. ЗОО). Дужник може извршити пребијање само према повјериоцу тражиоцу испуњења (члан 427. став 1. ЗОО). Отпуст дуга и новација доводе само до редукције потраживања (члан 428. ЗОО). Поравнање нема дејства према осталима, уколико га сви новјериоци не прихвате (члан 429. ЗОО). Конфузија доводи само до редукције потраживања (члан 430. ЗОО). Признање дуга користи свим саповјериоцима (члан 432. ЗОО). Доцња дужника према једном повјериоцу тиче се и осталих саповјерилаца, а доцња једног саповјериоца значи задоцњење свих (члан 431. ЗОО). Признање дуга од стране дужника користи свим саповјериоцима, као и одрицање од застарјелости (члан 433. став 2. ЗОО). Застарјелост је објективна категорија и тече према свим осталим саповјериоцима без обзира што је према једном у прекиду или застоју (члан 433. став 1. ЗОО). Ако "наступи немогућност испуњења солидарне обавезе, обавеза престаје. Али, ако је дужник одговоран за немогућност испуњења повериоци имају право на накнаду штете. Они су постали солидарни повериоци у погледу потраживања на накнаду штете, с тим што је њихов међусобни однос остао непромењен". "Обрнуто, ако је један од солидарних поверилаца одговоран за немогућност испуњења, обавеза дужника престаје, а остали солидарни повериоци имају право да од таквог солидарног повериоца захтевају накнаду штете". (Јанковић, 131).

У унутрашњем односу остали саповјериоци имају на њих опадајуће регресно право према повјериоцу-наплатиоцу. Они захтјевају свој дио права које је преузео наплатилац. Њихови дијелови зависе од односа који су створени правним основом активне солидарности (члан 434. став 1. ЗОО). Ако се не може, због неразрађености тог питања у садржају правног основа, утврдити припадајући дио сваког саповјериоца, законско је рјешење да сваком од саповјерилаца припада једнак дио (члан 434. став 2. ЗОО). Ово законско рјешење јесте александровско али није солмонско. Оно опомиње субјекте активне солидарне облигације да правним основом детаљно уреде свој однос, како би избјегли примјену неправичних, али од законодавца једино успостављених модела разрјешења унутрашњег односа у активној солидарности.

#### **4/4 Врсте (подјела) облигација с обзиром на вријеме трајања односа и њихово правно значење**

##### **4/4/1 - Трајне и тренутне облигације**

Трајање облигације или облигационог односа подразумијева њену егзистенцију у правном животу, од момента њеног настанка на основу неког законом признатог правног основа, па до њеног престанка, потпуног ишчезавања из правног живота. Трајање облигације условљено је природом облигационог

односа, тј. облигационе радње која је њен предмет, а поред тога и околностима случаја као и конструкцијом садржаја облигационог односа од самих странака. Трајност облигације испољава се као вршење облигационе радње у континуитету с обзиром на вријеме. Тај континуитет се може састојати од вршења само једне радње (заступање странке док траје парница на суду), а може се једна облигација испуњавати и у оброцима, постепено и узастопно или сукцесивно, један оброк за другим. Као што смо већ истицали, облигације нису трајни правни односи, тако да се сукцесивне облигације јављају као један изузетак од тог начелног дефинисања. Трајним облигацијама може да се деси накнадна немогућност, промјена околности које су правно релевантне, измјена садржаја или измјена субјеката у облигацији. Облигације са сукцесивним испуњењем уређују и посебна правила о застарјелости. ЗОО облигације које садрже потраживања повремених давања која доспијевају годишње или у краћим одређеним размацима времена назива "повремена потраживања". Она застарјевају за три године од доспјелости сваког појединог давања. (члан 372. ЗОО) Само право из којег проистичу повремена потраживања застарјева за пет година (преклузивни рок) рачунајући од доспјелости најстаријег неиспуњеног потраживања послје којег дужник више није извршавао своју обавезу. Застара права из којег проистичу повремена потраживања повјериоца доводи до губитка захтјевања не само будућих повремених обавеза дужника, него до немогућности захтјевања и повремених давања која су доспјела прије те застаре. Изузетно, право на издржавање које је одређено законом ( законска облигација коју као појам и разрађене случајеве срећемо у породичном праву код издржавања између сродника, издржавања брачног друга) не може застарјети. Мада ЗОО у ставу 3. члана 373. говори о застарјелости права сматрамо да се овдје ради о преклузији и законодавац заправо изриче немогућност преклузије права на издржавање које је одређено законом. То је важно због тога што се преклузивни и застарни рок значајно разликују и повлаче и практичне посљедице, ако се не разликују. Преклузивни рок не може бити заустављен или прекинут као рок застарјелости. Судија мора да пази на преклузивни рок по службеној дужности, док то не мора да чини са роком застарјелости (Милошевић, 262).

Међусобна потраживања правних лица из уговора у промету робе и услуга, те потраживање накнаде за издатке учињене у вези с тим уговорима застарјевају за три године и застарјевање тече одвојено за сваку испоруку робе, извршени рад или услугу (члан 374. ЗОО) И повремено потраживање закупнине застарјева за три године (члан 375. ЗОО). Као повремена потраживања јављају се и сва она потраживања комуналних услуга, медијски и ПТТ услуга као и претплатне продаје публикација која иначе застарјевају у једногодишњем застарном року, према члану 378. ЗОО.

За тренутне облигације можемо рећи да су сигурније за правни промет јер се рок испуњења смањује и везује са тренутком настанка односа (нпр. код реалних уговора или продаје за готово). Њиховом настанку слиједи, истовремено, њихово испуњење - акт стварања и акт престанка ових облигација стапа се у један акт. На тај начин, због тога, оне нису подложне промјенама, ни ризику, за своје правно дејство, а постижу своје правне и економске функције.

4/4/2 - Према правној вриједности упознали смо потпуне и непотпуне облигације као и једностранообавезне и синалагматичне. Осим ове подјеле

постоје и самосталне и акцесорне облигације које се посматрају и уређују према односу међузависности. Акцесоран се најчешће преводи као споредан, узгредан или помоћан. У правном смислу ради се о односу зависности и међузависности, па чак и о хијерархији правила која важе за главну обавезу у односу на правила која важе за споредну обавезу. Примјери за овакво закључивање могу се видјети код уређивања јемства (*члан 997-1119. ЗОО*), код новчаних обавеза односа главне обавезе (главнице) и камата, или код обавезе на плаћање уговорне казне. Тако код јемства се најбоље уочава однос акцесорности. Јемчева обавеза је акцесорна и као таква не може по обиму бити већа од главне обавезе; ако је главна обавеза пуноважна, пуноважна је и јемчева обавеза, када се угаси главна обавеза гаси се и јемство.

## 5) ДЕЈСТВО ОБЛИГАЦИЈЕ

### 5/1 - Повјериочева права и дужникове обавезе

Већ смо истакли да облигација има релативно (релационо) дејство, дејство *inter partes*. Субјективно облигационо право (тражбина) повјериоца снабђено је овлашћењем усмјереним само према његовом дужнику. Исто тако, тражбина је снабђена и захтјевом, тужбом у материјалном смислу, која је могућа само према свом дужнику, а изузетно, и у Закону прецизно наведеним, специфичним и тешким условима могућа је и према неком трећем лицу, а када је дужник инсолвентан. Правно дејство облигације, односно овлашћења која из облигације проистичу, јесте да је дужник обавезан да овлашћеном повјериоцу испуни своју обавезу (дуг), савјесно, у свему како гласи облигација, односно конституисано овлашћење (*члан 262. став 1. ЗОО*).

То значи да се права и обавезе из облигације тичу само субјеката конкретног облигационог односа. Трећа лица су изван облигационог односа. Трећим лицима, како истиче професор Милошевић, облигације не могу ни да шкоде, а ни да користе. Међутим, због имовинског карактера облигација трећим лицима се не могу сматрати насљедници (као и правни сукцесори правних лица). Насљедници и сукцесори су у законом одређеним случајевима и под законом одређеним условима субјекти облигација, јер могу да ступе на мјесто повјериоца или дужника у облигацији (универзалном или сингуларном сукцесијом).

По своме дејству се облигациони односи са дејством *inter partes* разликују од стварноправних односа са дејством *erga omnes* или тзв. апсолутним дејством. Али, као што је познато, и поједини облигациони односи могу да добију апсолутно дејство у том смислу да су сва трећа лица дужна поштовати облигациони однос.

Да би облигација произвела дејство повјерилац треба да се намири у свом овлашћењу, односно захтјеву, и да му дужник испуни обавезу онако како гласи. Значи да се мора поштовати садржај облигације од стране оба субјекта или обје стране односа. Уколико облигација произведе своје правно дејство постиже се циљ облигације, доћи ће до помјерања у имовинама, до нове прерасподјеле у имовинама на различитим странама облигационог односа. Због тога је веома важно да се дужникове обавезе извршавају онако како гласе и да се употребе сва законом дозвољена средства за ову дужникову активност.

## 5/2 - Обезбјеђење дужникових обавеза

За обезбјеђивање испуњења дужникове обавезе разликују се лична и стварна средства обезбјеђења. Лична средства обезбјеђења појачавају дејство облигационог односа тако што стају уз главну обавезу и обавезује се давање ових средстава обезбјеђења у случају да дужник не изврши или неуредно изврши своју обавезу. У лична средства појачања или обезбјеђења дејства облигације убрајају се: уговорна казна (чл. 270-276. ЗОО), јемство (чл. 997-1119. ЗОО), одустаница (чл. 82-83. ЗОО), капара (чл. 79-81. ЗОО), кауција и аванс. Међу реална средства обезбјеђења дужникове обавезе спадају: право задржавања (чл. 286-289. ЗОО), и залога (чл. 966-996. ЗОО). Овим средствима појачања (обезбјеђења) дејства облигације постиже се дисциплиновање дужника у извршавању његових права, односно обавеза, на тај начин што повјерилац стиче, под законом одређеним условима, неко стварноправно овлашћење на дужниковим стварима или правима. Поред ове двије групе средстава појачања или обезбјеђења дејства облигација постоје и законска средства обезбјеђења извршења дужникове обавезе, а то су: право на накнаду штете (члан 262), затезна камата и пенали (чл. 277-279. и члан 274 и 294. ЗОО). Према слову закона сва ова средства обезбјеђења примјењива су на облигације настале из било ког извора облигација. Међутим, Закон посебно издваја средства појачања (обезбјеђења) облигација које извиру из уговора. У ову групу уговорних средстава појачања Закон уврштава као реална: капару, кауцију и аванс, а у лична, изричито уврштава само одустаницу. Основни циљ ових средстава обезбјеђења је појачање дејства дужникове обавезе. Од правног нормирања ових института зависи њихов значај, јер најчешћа критика ових института указује да њихова примјена доводи до слабљења, а не појачања уговорне обавезе.

## 5/3- Лична средства обезбјеђења извршења дужникове обавезе

### 5/3/A - Уговорна казна

Уговорна казна је сума новца, односно друга имовинска вриједност коју се дужник обавезује да исплати повјериоцу уколико повриједи своју обавезу према њему која за предмет има неновчану радњу. Новчане обавезе се према изричитој законској одредби не могу обезбјеђивати уговорном казном (члан 270. став 3. ЗОО), јер је повреда новчаних обавеза обезбјеђена плаћањем камате чија се стопа одређује законом - затезна камата. Уговорна казна је уговорна клаузула којом се повјерилац и дужник споразумијевају о њеном плаћању за случај неиспуњења или задоцњења у испуњењу неке неновчане обавезе. Диспозитивно је правило да је казна уговорена за случај да дужник задоцни са испуњењем своје неновчане обавезе. Можемо тако рећи да је уговорна казна, када служи појачању уговорне обавезе, један акцесорни уговор или клаузула неког постојећег уговора чији је предмет споразумијевање повјериоца и дужника о њеној исплати у одређеним случајевима, под одређеним условима и роковима и са критеријима за одређивање њене висине, односно вриједности. Уговорна казна се одређује (уговара) ради каснијег евентуалног обрачунавања и наплате, у једном укупном износу или у проценту сразмјерно висини вриједности главне обавезе или у проценту, за сваки дан закашњења или друге периоде времена у сукцесивним оброцима. Најчешће се она одређује у сразмјери са вриједношћу главне

дужникове обавезе. Она се може смањити ако је претјерано висока с обзиром на вриједност и значај предмета обавезе (*члан 274. ЗОО*). Према судској пракси, ако се пред судом оспорава право на уговорну казну, претпоставља се да се радњом оспоравања поставља и захтјев за смањење превисоке уговорне казне.

Акцесорни карактер уговорне казне види се по томе што се за уговарање уговорне казне тражи саглашавање воља у истој оној форми по којој је настала обавеза (уговор) која се уговорном казном обезбјеђује (*члан 270. став 2. ЗОО*).

Према судској пракси, уговорна казна има акцесорни карактер и према накнади штете или праву на накнаду штете, јер се не досуђује ако је неиспуњење или задоцњење настало из узрока за који дужник не сноси одговорност.

Уговорна казна није само лично средство обезбјеђења облигације (приватна казна), него је, по својој правној природи, облик апстрактне штете. ЗОО разрјешава дилему односа уговорне казне и накнаде штете. Уговорна казна није накнада штете. Уговорна казна се може наплатити и када премаша висину претрпљене штете а и када није настала никаква штета (*члан 275. став 1. ЗОО*). Функцију накнаде штете уговорна казна ће имати једино у случају да је уговорна казна према методологији обрачунавања мања од претрпљене штете. Тада ималац права на уговорну казну може захтјевати и разлику између обрачунате уговорне казне до обрачунате накнаде претрпљене штете (*члан 275. став 2. ЗОО*). Уговорна казна и накнада штете могу се у овом случају урачунавати, а изван овог случаја не постоје законски услови за кумулирање уговорне казне и накнаде штете. Смисао уговорне казне није да буде сурогат за накнаду штете и да се лакше обрачунава и наплаћује од накнаде штете. Немогућност кумулације је оправдана због постулата да се уговорна казна не може кумулирати са законом одређеном накнадом, у овом случају, тј. у случајевима неиспуњења или задоцњења.

Како се и под којим условима примјењује уговорна казна, тј. шта и када може повјерилац захтјевати од неуредног дужника или дужника који неиспуњава своју обавезу предвиђено је правилима о уговорној казни која се у ЗОО насловљавају као "повјериочева права" (*члан 273. ЗОО*). Ако споразумом о уговорној казни није утврђена њена сврха или циљ ради којег је предвиђена, законска је пресумпција да је уговорена за случај дужниковог задоцњења. Правила за случај дужникове доцње строжија су од правила уговорне казне везаних за случај неиспуњења уговорне обавезе.

Кад је казна уговорена за случај неиспуњења обавезе повјерилац може захтјевати или испуњење обавезе или уговорну казну. Овдје треба водити рачуна о томе да ли је немогућност испуњења настала, тј. постојала у часу закључења уговора који се обезбјеђује уговорном казном. У овом случају није настала ни обавеза ни средство обезбјеђења те обавезе. Ако је немогућност испуњења настала накнадно, али усљед објективних околности за које дужник не одговара тада престаје како главна обавеза, тако и средство њеног обезбјеђења (*члан 295. став 2. ЗОО*), у вези са чланом 272. став 2. ЗОО, који одређује да споразум о уговорној казни губи правно дејство ако је до неиспуњења или задоцњења дошло из узрока за који дужник не одговара. Дакле, ако је казна уговорена за случај скривљеног неиспуњења уговорне обавезе обезбјеђене уговорном казном, повјерилац има алтернативно право или право избора. Уколико изабере право да захтјева уговорну казну, он губи право да захтјева испуњење обавезе (*члан 273.*

став 2. 300). Да би се избјегло слабљење облигације ради уговарања уговорне казне 300 изричито забрањује могућност да дужник, исплаћујући уговорну казну, изјави да одустаје од уговора и тако се уговорном казном послужи као одустаницом. Ова могућност ипак није потпуно искључена и да би произвела правно дејство мора бити изричито уговорена.

Кад је казна уговорена за случај дужничке доцње, повјерилац има право захтјевати и испуњење обавезе и уговорну казну ( члан 273. став 4. 300). Међутим, ако је у случају када је казна уговорена за случај задоцњења уједно наступила као посљедица доцње и трајна немогућност испуњења, дужник ће морати да плати другој страни накнаду штете а не уговорну казну. Дејство уговорне казне престаје, сходно члану 272. став 1. и 2. 300 (Јанковец, 171). Слично правно резонување, али сада из супротних разлога, имао је на уму законодавац када је прописао да повјерилац не може кумулирати и казну и испуњење обавезе у случају дужничке доцње, ако је примио испуњење обавезе, а није без одлагања саопштио дужнику да задржава своје право на уговорну казну (члан 273. став 5. 300).

### 5/3/Б Јемство

Уговором између повјериоца и јемца, јемац се обавезује да ће повјериоцу испунити пуноважну и доспјелу дужникову обавезу ако дужник то не учини. Уговор о јемству је писмен (формалан) и акцесоран у односу на главни уговор или какву другу, "главну", обавезу коју обезбјеђује. Предмет уговора о јемству је обавеза коју дужник има према повјериоцу из постојећег облигационог односа који постоји између дужника и повјериоца. Да би јемство било пуноважно и обавеза за коју се јемчи мора бити пуноважна. Њена садржина није битна. Обавеза може бити условљена или орочена (будућа). Може се јемчити и за јемчеву обавезу, а не само за дужникову. Јемчева обавеза је акцесорна и супсидијарна. Она не може бити већа од главне обавезе. Акцесорност јемства долази до изражаја код застарјелости. Према члану 1019. 300, застарјелошћу обавезе главног дужника застарјева и обавеза јемца. Рок застарјелости обавезе главног дужника своди се, када је у питању застарјелост јемчеве обавезе, на двије године.

### Однос повјериоца и јемца

Однос повјериоца и јемца везан је за садржај уговора о јемству. Уговором о јемству, с обзиром на садржај, тј. права и обавезе повјериоца и јемца, може се успоставити неколико типова (врсти) јемства. Код супсидијарног јемства јемчева обавеза доспијева тек ако је дужник није испунио у року одређеном у писменом позиву повјериоцем да испуни обавезу. Изузетно, јемчева обавеза може доспјети и без писменог позива упућеног дужнику од стране повјериоца, ако је дужник очито неликвидан или је пао под стечај. Случај супсидијарног јемства аналогно се примјењује и у случају јемчевог јемства.

Солидарно јемство постојаће онда када се јемац обавезе поред дужника, као јемац-платац. Јемац из привредног посла сматра се као јемац- платац, по законској претпоставци. Солидарно јемство код којег су дужник и јемац у истом реду позивања на испуњење зајемчене обавезе треба разликовати од

солидарности јемаца. Солидарност јемаца се претпоставља ако постоји више јемаца за исти дуг. Солидарност јемаца може се уговором искључити, исто као и законска претпоставка солидарног јемства код привредног уговора (посла). Исплатилац има "право регреса" према сајемцима у случају "законске солидарности" сразмјерно дијеловима дуга који отпадају на сваког од сајемаца. Када један од сајемаца исплати дуг, тј. намира повјериочеву тражбину, он тада стиче право регреса према дужнику. Тек уколико он не може да се регресира од дужника, он има право да се обрати сајемцима по реду како смо напријед навели.

Акцесорност јемства нема значаја у случају стечаја, без обзира што се смањује дужникова обавеза у стечајном поступку. Поред тога, акцесорност јемства нема значаја ни код наслеђивања. Уколико дужников наследник прими имовину која по својој вриједности не може покрити дужникову обавезу за коју је дужнику јемчио. Члан 1008. ЗОО то изричито одређује: "Јемац одговара за цијели износ обавезе за који је јемчио и у случају када се од дужниковог наследника могла захтјевати исплата само оног њеног дијела који одговара вриједности наслијеђене имовине". Као јемчеви приговори сматрају се сви објективни дужникови приговори које овај има према повјериоцу с обзиром на тражбину. Поред дужникових објективних приговора јемац према повјериоцу има право уложити и своје објективне приговоре који се односе на недостатке уговора о јемству. Поред објективних јемац има право уложити и субјективне приговоре које има према повјериоцу, као, на примјер: ништавост уговора о јемству, застарјелост повјериочевог потраживања према њему, приговор пребијања узајамних потраживања. Повјерилац има дужност обавјештавања јемца о дужниковој доцњи. Ако повјерилац не обавјести о томе јемца биће му одговоран за штету коју овај претрпи због тог пропуштања. Ради се о једној посебној претпоставци одговорности за проузроковану штету.

Под престанком јемства у правилу се подразумијева исплата дужниковог дуга било од стране дужника, било од стране јемца. Међутим, јемац ће се ослободити одговорности (јемства) ако повјерилац, на његов позив, послѣ деспјелости потраживања, не захтјева испуњење од главног дужника у року од мјесец дана по пријему позива (*члан 1011. став 1. ЗОО*). Међутим, када рок деспјелости дужникове обавезе није утврђен у облигацији, јемац се ослобађа одговорности (јемства), без испуњења, ако повјерилац на његов позив по истеку године дана након закључења уговора о јемству, а на позив дужника ни у накнадном року од мјесец дана, не утврди изјавом рок деспјелости дужникове обавезе, односно не учини потребну изјаву којом би одредио датум испуњења (*члан 1011. став 2. ЗОО*). Поред тога, јемац се може ослободити јемства због (сопственог) напуштања реалних средства обезбјеђења дужникове обавезе од стране повјериоца.

Посебан је садржај јемства формиран кроз однос јемца и дужника.

Јемац који исплати дужников дуг повјериоцу суброгира, по закону, у улогу повјериоца. Долази до законске персоналне суброгације. Тражбина јемца према дужнику обухватиће исплаћено потраживање, камате до дана исплате и трошкове евентуалног спора. Дужник може одбити јемца са тражбеним захтјевом објективним приговорима којима је могао одбити и повјериочев захтјев. Између јемца и дужника мора постојати сарадња. Јемац мора обавјестити дужника о

исплати како не би дошао у ситуацију неосновано осиромашеног лица. Јемац који је исплатио повјериочево потраживање, а о томе није обавијестио дужника, те је и овај због незнања те чињенице поново исплатио исти дуг, нема право регреса према дужнику, али има право захтјевати од повјериоца враћање исплаћеног. Право од повјериоца тражити враћање исплаћеног имаће и онај јемац који без дужниковог знања ( не обавијестивши дужника) исплати повјериочево потраживање које је касније, на дужников захтјев, поништено или угашено пребијање.

#### **5/4 - Реална (стварна) средства обезбјеђења извршења дужникове обавезе**

##### **5/4/A** Право задржавања

Право задржавања или право ретенције је према уобичајеном дефинисању право повјериоца да за своје доспјело потраживање задржи дужникову ствар која му се нашла у рукама, и да се, пошто благовремено обавијести дужника о својој намјери, наплати из вриједности задржане ствари. Право ретенције према одредбама ЗОО (*члан 286-289.*) садржи два овлашћења повјериоца: 1) овлашћење задржавања неке дужникове ствари, и 2) овлашћење намиривања из задржане ствари ( *др Обрен Станковић и др Миодраг Орлић: Стварно право, стр. 403*). Према томе, право задржавања је средство обезбјеђења повјериочеве тражбине које се састоји од напријед наведена два овлашћења. Ствар која се налази у посједу повјериоца не смеје бити отуђена од дужника насилно или извршавањем обавезе из уговора чији је циљ чување или послуга. Поред тога, као ствари које су неподобне за ретенцију законом су одређене: дужникове исправе, писма, личне ствари и ствари без прометне вриједности. Повјерилац не може задржати задржану ствар од часа када му дужник понуди адекватно обезбјеђење за његово потраживање. Право задржавања се реализује исто као и заложно право. Повјерилац се намирује наплатом свог потраживања из вриједности задржане ствари, након што је о намјераваној наплати претходно обавијестио дужника.

Као услови које Закон прописује за вршење права задржавања наводе се:

- право задржавања може се вршити на основу доспјелих потраживања сходно одредбама чл. 314. и сл. ЗОО;

- право задржавања се може вршити над стварима изузев оних ствари које закон изузима према члану 287. а то су: - ствари које су изашле из дужникове државине мимо његове воље; - ствари које је дужник предао повјериоцу на чување или послугу; - повјерилац не може задржати пуномоћје добијено од дужника, дужникове исправе, легитимације, преписку и остале сличне ствари, као и ствари које немају прометну вриједност; - право задржавања врши се ради обезбјеђења новчаног потраживања; - ствар треба да се налази у државини повјериоца. Изузетак о постојању првог услова јавља се као квалификована ретенција, код које се право задржавања може вршити и на основу недоспјелог потраживања у случају да је дужник постао неспособан за плаћање (инсолвентан). Под инсолвентношћу, као категоријом теоријског уопштавања, коментатори ЗОО, са гледишта законодавства, утврђују двије ситуације: безусловност извршења на дужниковој имовини и отварањем стечајног

поступка над дужником.

Право задржавања траје све до момента исплате дуга или до момента реализовања права ретенције. Намирење из вриједности задржане ствари вршиће се на исти начин, сагласно истим правилима која важе за заложног повјериоца, а у складу са одредбом члана 980. ЗОО и сл. Проблем разграничења између грађанско-правне и трговинско-правне ретенције потенциран је код вршења права ретенције у зависности да ли је ретенција настала за обезбјеђење привредног посла или грађанско-правног посла. Намирење из задржане ствари може се остварити једноставније ако је потраживање настало из привредног уговора, јер се тада повјерилац није дужан обраћати суду да одобри својом одлуком излагање ствари продаји. Привредни субјект може и без судске одлуке приступити јавној продаји у року од осам дана након обавјештавања дужника. У истом року привредник-повјерилац може продати задржане ствари и без јавне продаје ако имају тржишну и берзанску цијену. Обавјештавање дужника је вид заштите дужника којем се пружа посљедња прилика да дуговану тражбину исплати и тако отклони од себе штетне посљедице које иначе изазива продаја задржане ствари од стране повјериоца. Пропуштање обавјештења ствара обавезу на накнаду штете уз постојање узрочности између пропуштања обавјештења и настале штете.

Иако ЗОО изједначава ретенцију и залог у погледу овлашћења повјериоца на намирење из задржане, као и заложене ствари, извјесне разлике дијеле ова два стварно-правна института настала на подлози обезбјеђења облигационог права. Тако, заложни повјерилац има право следовања, а ретинет нема. Ретинет не може поднијети петиторну тужбу против лица код којег се налази ствар изашла из његове државине, а заложни повјерилац може. Што се тиче државинске заштите и права на самопомоћ нема разлике међу њима.

Да би повјерилац могао вршити право ретенције ствар мора бити у његовој непосредној државини, "у његовим рукама". Залогопримац не мора имати непосредну државину; заложена ствар се може налазити и у рукама трећег лица, али потребно је да залогодавац нема искључиву државину на ствари.

Залога се може дати и за будућу као и за условну обавезу, док се право ретенције заснива само ако је потраживање доспјело. Право ретенције настаје на основу закона, а заложно право најчешће по основу уговора. Изузетно је законско или судско заложно право, као што је изузетак уговорна или судска ретенција (*Станковић-Орлић: Стварно право, стр. 414*).

Најзад, постојање конекситета (узајамности) по ЗОО захтјева се само за остваривање заложног права, а тамо гдје не постоји конекситет захтјева може остварити право задржавања. Тако, нпр. комисионар стиче заложно право над стварима комитента, посленик над стварима наручиоца, превозник над стварима предатим на превоз, и тако даље: складиштар, налогопримац, заступник и др. А, с друге стране, у јасно неконексном послу, угоститељ који прима госте на ноћење има право задржати ствари које су гости донијели све до наплате потраживања своје услуге (*према Коментару ЗОО, у редакцији: Благојевић-Круљ, стр.727*).

Залога је заложно (стварно) право на туђој ствари. Због свог начина настанка она се дијели на уговорну, судску и законску. У Закону о облигационим односима регулисана је тзв. ручна залога, односно заложно право на покретним стварима. Уговор о залози покретне ствари (ручна залога) је облигациони однос којим се залогодавац (дужник или треће лице) обавезује према залогопримцу (повјериоцу) да му преда одредјену покретну ствар на којој има право својине, да би се повјерилац, под условима прописаним законом, могао наплатити из њене вриједности прије свих осталих повјерилаца уколико му дуг не буде измирен по доспјелости, а повјерилац се обавезује да му у залогу узету ствар чува и по намирењу потраживања од стране дужника, неопштећену врати дужнику или да вршећи своје заложно право прода ствар и из добијене цијене наплати своју тражбину, камате и трошкове чувања ствари као и трошкове уновчења. Хипотека, или заложно право на непокретним стварима регулисана је Законом о основним својинско- правним односима. Законско регулисање не мора да самим својим систематизовањем залог утиче на рјешење питања о правној природи заложног права. Уобичајено је да се залога изучава у оквирима стварног права. Али, истакнути теоретичари стварног права упозоравају на специфичности заложног права као стварног права због његове функције ( осигурања потраживања) и због своје структуре која показује одређена одступања у односу на остала, типична, стварна права. Уговор представља основ (*titulus*) за стицање заложног права, али се оно не може стећи закључењем уговора, већ тек предајом ствари (*modus acquirendi*). Примјер за илустрацију значаја заложног права, као средства обезбјеђења повјериоачеве тражбине, налази се у члану 866. Општег имовинског законика за Црну Гору: "Кад ти је неко, или иначе дужан дати какву покретну ствар у залогу, па ти је не да, ти га, истина можеш нагнати судом да изврши што је речено, али док год залога у твоје руке (или у руке онога ко је за то одређен) не дође, дуг ти још није залогом зајамчен" (*Станковић- Орлић, 366*).

Најједноставније речено заложно право је стварно право на туђој ствари. Према Закону о облигационим односима, заложно право на покретним стварима систематизовано је у облигационе односе (*чл. 966- 996.*). И међу присталицама стварноправне природе заложног права постоје правници који сматрају да је само заложно право на стварима стварно право, а заложно право на правима (нарочито потраживањима) облигационо право (*Станковић-Орлић, 362*). Не упуштајући се даље у ову расправу можемо само истаћи сличности са осталим (типичним) стварним правима и разлике које заложно право дијеле од осталих, типичних особина стварних права. Најважнија стварноправна особеност заложног права и уједно најважнија његова функција као средства обезбјеђења извршења дужникове обавезе, односно намирења повјериоачеве тражбине, састоји се у томе што заложни повјерилац није обични повјерилац. Он има ексклузивно право или привилегован положај да може намирити своје, непосредно из заложене ствари, прије осталих повјерилаца, без обзира у чијим се рукама ствар налази. Значи да заложно право као стварно право садржи два овлашћења: 1) право првенства, и 2) право слијеђења; и по тим, најважнијим, карактеристикама битно се разликује од облигационог права и приближава категоризацији стварног права (*Станковић-Орлић, 362*).

Када га наши истакнути теоретичари-цивилисти сврставају у стварна права, истичу његове различитости, специфичности које заложно право одјељују

од осталих, типичних, карактеристичних, стварних права. Те разлике су сљедеће: С обзиром на своју структуру заложно право није потпуно као остала стварна права. Заложена ствар и последице залагања остаје у својини дужника или трећег лица и њему као сопственику припадају све користи које та ствар пружа. Друго, што је карактеристична разлика, јесте да је заложно право акцесорног карактера, док су остала стварна права самостална. Заложно право може постојати само ако постоји пуноважно потраживање чију исплату обезбјеђује (*Станковић-Орлић, 363*).

Дакле, није спорно да је заложно право стварно право на туђем правном објекту. Као стварно право оно се по наставном плану и програму изучава у оквирима стварног права. Овдје ћемо се само подсетити и подвући његове функције обезбјеђења потраживања тако што се из читаве дужникове имовине издваја одређени објект, из чије ће се вриједности заложни повјерилац, због овлашћења која стиче конституисањем заложног права, намирити ако дужник по доспјелости не испуни преузету обавезу, без обзира да ли су, евентуално, објекти заложног права (залог) изашли из дужникове имовине.

Заложни повјерилац је носилац овлашћења заложног права на одређеном објекту које се зове "залог". Заложни повјерилац је повјерилац из постојећег облигационо-правног односа. Заложни дужник је власник залога или титулар права (ако је право залог) и не мора залогодавац бити исто лице као и дужник из облигационог односа. Уговором о залогу који је основ (*titulus*) заложног права обавезује се залогодавац (дужник из облигације или треће лице) према повјериоцу (залогопримцу) да му преда неку покретну ствар на којој залогодавац има право својине да би се могао у случају доцње дужника наплатити из њене вриједности прије осталих повјерилаца дужникових (*нлан 966. ЗОО*). Повјерилац се уговором о залогу обавезује да ствар чува и по испуњењу дуга врати неоштећену залогодавцу. Залогопримац стиче заложно право предањем залогне која представља довољно обезбјеђење наплате потраживања, тј. нема неки материјални или правни недостатак. Вршење заложног права припаће повјериоцу када дужник задоцни и своди се на захтјев суду да ствар прода на јавној продаји (одлучи, дозволи јавну продају, ако не оцијени да би то изискивало непотребне трошкове) или да дозволи да се ствар прода по текућој цијени ако ствар има берзанску или тржишну цијену. Ако се ради о облигационом праву повјериоца насталог из уговора у привреди, повјерилац се за вршење својих права није дужан обраћати суду, али је о својој намјери дужан обавијестити дужника и залогодавца. Ако је залог склон кварењу због својих физичко-хемијских и др. својстава или губитку вриједности суд може на захтјев залогопримца одлучити да се ствар прода на прописани начин и депоновати добивену цијену или довољан износ цијене ради функције обезбјеђења повјериоцеве тражбине или дозволити замјену залога другом ствари која пружа довољно обезбјеђење повјериоцевој тражбини. Иста ствар заложена неколицини повјерилаца служи као залога по принципу *prior tempore potior iure*. Заложно право престаје, исплатом потраживања. Осим тога заложно право престаје губитком државине, пропашћу залога, одрицањем и извршеном продањом. Поред ствари која у грађанско-правном смислу представља дио материјалне природе који се налази у људској власти и на коме постоји право својине или неко друго стварно право, залога може бити и право. Право се традиционално сматра као

бестјелесна ствар, осим права својине које се због своје свеобухватности поистовјећује или изједначава са својим објектом, материјализује се [Станковић-Орлић, 22]. Уговор о залагању потраживања производи правно дејство када је дужник писмено обавијештен о његовом закључењу и залогодавац је дужан предати залог, односно исправу о заложеном потраживању. Давање у залог потраживања из папира од вриједности врши се предајом папира повјериоцу ако гласи на доносиоца или заложним индосаментом, тј. по наредби у којој се назначује да се папир предаје у залог. Осим права потраживања, у залог се могу дати и друга права на начин предвиђен за њихово преношење на другога, као што су: ауторско право, патентно право, лиценца, заложно право и др., а не могу се залагати: стварне службености, личне службености, статусна-лична права. На правима уписаним у земљишне књиге стиче се заложно право исто као и на непокретним стварима.

Хипотека је, као што је познато, заложно право на непокретним стварима. Залог је некретнина, тј. читаво земљишно-књижно тијело. Правни основ (*titulus*) заснивања хипотеке је правни посао, судска одлука или закон. Модус *acquirendi* је упис у земљишне књиге. Хипотекарни повјерилац не стиче државину већ право првенственог намирења свог потраживања у случају дужничке доцње продајом заложене некретнине. Ако је иста некретнина заложена неколицини повјерилаца за редослијед њиховог намирења не вриједи правило "*prior tempore...*" већ се ред првенственог намирења рачуна према моменту затраженог уписа хипотеке у земљишну књигу, тј. према часу настанка хипотеке. Ако је право хипотеке уписано у земљишној књизи оно може престати уписом брисања у земљишној књизи.

Заложни повјерилац, заложном или хипотекарном тужбом, може од заложног дужника, који је власник залога, захтјевати трпљење намирења тужиочевог потраживања продајом залога. Тужбом *vindicatio pignoris* заложни повјерилац, као стварно-правни овлашћеник, аналогно *rei vindicationom* захтјеву сопственика, може тражити од сваког трећег лица предају залога.

Законско заложно право стиче се и без публицитета, тј. не тражи се за његово стицање предаја када се ради о покретним стварима нити упис у земљишну књигу када се ради о непокретним стварима. Законско заложно право на непокретности стиче се када су испуњени услови одређени законом. Иако се не уписује у јавне књиге као уговорно и судско заложно право на некретнинама по правилу има право првенства у односу на уговорно заложно право које се уписује у јавне књиге. (Станковић-Орлић, 370) Као законско заложно право истиче се: заложно право закупаца на покретним стварима које је купац унио у зграду или земљиште; законско заложно право у приредним пословима (превозиоца на превоженим стварима, складиштара на ускладиштеној роби, налогопримца на покретним стварима добијеним за извршење налога и на плаћеним новчаним износима у извршењу налога за рачун налогодавца, комисионара на предмету комисионог посла и др.) као и законско заложно право у поморском и ваздухопловном праву (Станковић-Орлић, 367-373). Цитирани аутори право ретенције, које смо обрадили као средство појачања (обезбјеђења) извршења дужникове обавезе, према правној природи, сврставају у законско заложно право.

## 5/5 - Законска средства обезбјеђења извршења обавезе дужника

### а) Право на накнаду штете

Ако је штета коју повјерилац трпи због доцње дужника већа од износа који се добија по основу законске (затезне) камате, тако оштећени повјерилац има право на накнаду тзв. потпуне штете (*члан 278. став 2. ЗОО*). Потпуна штета обухвата просту штету и изгубљену добит коју је дужник морао предвидјети да може настати приликом заснивања облигационог односа перфекцијом уговора (*члан 266. став 1. и став 4. ЗОО*). О овом институту се потпуније говори у лекцијама о промјени садржаја облигација, односно у лекцијама о повреди облигација, на које упућујемо да бисмо избјегли непотребна понављања. За потребе вјежби, види чл. 262-269. ЗОО.

### б) Право на затезну камату

Камата је накнада коју једна страна дугује другој за држање њених замјенљивих ствари (главнице). Та накнада је редовно у стварима исте врсте као и главница и сразмјерно главници због чега се камате и називају «цивилни плодови».

Дужник који је у доцњи са плаћањем новчане обавезе дугује поред главнице и камату која се израчунава по стопи која се у мјесту испуњења плаћа на штедне улоге по вићењу, да би каснијим измјенама ЗОО параметар за обрачунавање - "штедни улог по вићењу" био замијењен параметром "штедни улог орочен без утврђене намјене преко годину дана" (*Закон о изменама и допунама ЗОО, објављен у Службеном листу СФРЈ, број 39/85*).

Позитивно-правна (важећа) формулација члана 277. ЗОО, који прописује када се дугује затезна камата, гласи:

Члан 277. став 1.

"Дужник који задоцни са испуњењем новчане обавезе дугује, поред главнице, и затезну камату по стопи утврђеној савезним законом".

Став 2.

"Ако је стопа уговорене камате виша од стопе затезне камате из претходног става овог члана, она тече и после дужникове доцње".

Затезна камата представља законско средство обезбјеђења повјериоца у случају неизвршења дужникове обавезе. Право на затезну камату није законом обрачуната накнада штете, јер се досућује без обзира да ли је повјерилац претрпио какву штету због дужниковог задоцњења. Поред тога, затезна камата не искључује захтјев повјериоца до потпуне накнаде штете, ако је претрпљена штета, коју дужник треба да докаже, већа од износа који би добио на име затезне камате. Значи да је, овако одређена кумулација захтјева на плаћање затезне камате и захтјева за накнадом штете која прелази по вриједности износ припадајуће затезне камате, дозвољена.

У старијој облигационо-правној литератури право на затезну камату лијепо је образлагано као "законски интерес". То су интереси на које повјерилац има право и које им закон признаје. Ови "законски интереси" називају се још и мораторни, од латинске ријечи *мора*, што значи "доцња"; дакле, то су

повјериочеви интереси које вријећа дужник који је у доцњи (*мори*) и зато те интересе дужник треба да намири (дугује) повјериоцу (*Живојин Перих*, 487). О институту затезних камата већ смо говорили код партије о новчаним облигацијама.

#### в) Пенали

Пенали су законом одређени новчани износ који је дужник обавезан исплатити повјериоцу ако не испуни своју неновчану обавезу или падне у доцњу са њеним испуњењем уколико је скривио неиспуњење односно задоцњење. Како је законском нормом установљена висина накнаде у облику пенала, то пенал има казни, пенални карактер, јер није зависна од стварно претрпљене штете. Отуда су пенали врста грађанскоправне санкције односно грађанскоправне казне. У односу на уговорну казну пенали имају јаче дејство, јер у ситуацији ако је уговорена уговорна казна дужник че дуговати само прописане пенале (члан 276 ЗОО). Пенали су изузетак од правила да модерно облигационо право садржи само накнаду проузроковане штете као грађанскоправну санкцију.

Пенали су законско средство обезбјеђења повјериочевих интереса који су повријеђени тако што дужник касни са испуњењем неновчане обавезе. Примјена овог средства је законом условљена. Повјерилац има право захтјевати од дужника неновчане обавезе, путем суда, да је у накнадном року испуни и да суд обавезе дужника да за сваки дан закашњења плати повјериоцу одређен износ новца. Судски пенали су новчани износ (свота новца) који суд у извршном поступку на захтјев повјериоца (и у корист повјериоца) налаже дужнику неновчане обавезе који је у доцњи са извршењем своје обавезе утврђене правоснажном судском одлуком, да га плати у париционом року. Пенали су слични уговорној казни и затезној камати, јер ако је штета већа од уговорне казне или износа затезне камате, повјерилац има право да захтјева разлику до потпуне накнаде штете. Повјерилац не би могао кумулирати и захтјевати пун износ штете и судске пенале; за наплаћени износ пенала смањује се претрпљена штета. Али ако повјерилац и није претрпио штету има право да под законом одређеним условима захтјева судске пенале. Чим повјерилац предложи извршење не може више постављати захтјев за судске пенале, према правилима судског извршног права (*члан 187. став 3. ЗИП*). Поред овог услова дужник је у доцњи са извршењем обавезе у париционом року (*члан 328. ЗИП*) који, ако посебним прописима није другачије одређено, износи петнаест дана. Тако за неновчане обавезе суд може одредити и дужи парициони рок који почиње тећи првог дана након достављања преписа рјешења. За чинидбе из радних, мјеничних и чековних односа, тј. спорова, парициони рок је осам дана. Трећи услов за захтјевање судских пенала јесте да је обавеза дужника неновчана. Четврти је услов да је утврђена правоснажном судском одлуком која се не може више побјигати редовним правним лијеком. И, посљедњи услов јесте доношење рјешења од стране извршног суда на приједлог повјериоца. Ако и када дужник накнадно изврши обавезу, суд може смањити тако одређену своту, водећи рачуна о сврси због које је наредио њено плаћање. ЗОО уређује судске пенале у члану 294. Одељак 2, који носи наслов: Повериочева права у неким посебним случајевима, а који се налази у склопу Главе III ЗОО која носи наслов: Дејства

обавеза.

## 5/6 - Вршење повјерљачких права

Повјерилац своје право из облигације може захтјевати само према дужнику. Он је упућен само на дужника све док се у поступку принудног извршења не установи да се над дужником (дужниковом имовином) не може спровести принуда. Међутим, у циљу ефикаснијег вршења повјерљачких права Закон даје повјериоцу могућност да дође до циља и на тај начин што ће вршити своје право и мимо дужника. У посебним (изнимним) случајевима које Закон одређује повјерилац ће моћи предузети вршење својих права самостално или уз сарадњу трећих лица, с тим да ће коначно сношење овако допуштених радњи повјериоца у вршењу свога права пасти на дужника. Та повјериочева права у неким посебним случајевима ЗОО уређује у чл. 290-294. То су сљедећа **ит.\*<\***

**...^J,;ш,a,** заправо, случајеви законом дозвољеног вршења **поБЈер\*\***. **!**. **.iјr.<<\_>>** самостално или мимо дужника: кад се обавеза састоји у давању ствари одређених по роду; кад се обавеза састоји у чињењу; кад се обавеза састоји у нечињењу; право захтјевати накнаду умјесто досуђеног и судски пенали. Поред ових специфичних одступања од релативног дејства облигације дозвољава се повјериоцу његово мијешање у имовинске односе дужника. То су случајеви када се може поднијети тзв. индиректна тужба и случај судске цесије. Класичан начин мијешања повјериоца у имовинске односе свога дужника са трећим лицима и обраћање повјериоца са својим захтјевом директно трећим лицима постиже се побијањем дужникових правних радњи.

### а) Повјериочева права у посебним случајевима

Закон је утврдио број случајева када повјерилац одступа од уобичајеног вршења свог субјективног права сагласно дејству и садржају облигације и када му закон даје могућност да од уобичајеног дејства и садржаја облигације одступи.

У првом случају, ако се ради о генеричкој облигацији у којој је дужник пао у доцњу, ако претходно о својој одлуци да врши право избора обавијести дужника, може и вршити право избора. Право избора је карактеристично за алтернативне облигације. Тако настаје алтернативна облигација по закону као бенефиција за повјериоца који тада може да прибави од трећег лица (а не дужника) ствари истог рода, а од дужника захтјева само накнаду цијене и накнаду евентуалне штете која му је ради ове набавке, ради покрића настала или може захтјевати вриједност дугованих ствари и накнаду штете (измјена садржаја облигације по иницијативи повјериоца).

Други случај имамо онда када се обавеза састоји у чињењу, вршењу неке радње, а дужник је у доцњи, тада повјерилац може, уз претходну обавијест дужнику, сам о свом трошку извршити дужникову радњу и измијенити садржај облигације тако што би дужник умјесто радње чињења сада дуговао накнаду штете.

Трећи случај је повреда обавезе нечињења од стране дужника. Самим поступањем дужника противно обавези нечињења повјерилац стиче право на накнаду штете што је измјена садржаја облигације. Ефекти радње чињења могу

се уклонити на трошак дужника уз накнаду евентуалне штете.

Четврти случај јесте измјена садржаја облигације утврђене правоснажном одлуком, уколико је дужник у доцњи па ни у накнадном примјереном року не изврши своју обавезу, повјерилац може изјавити да неће примити испуњење како је утврђено облигацијом, тј. правоснажном одлуком, него ће тражити накнаду штете због неиспуњења.

Пети случај су судски пенали о којима смо већ излагали.

#### б) Побијање дужникових правних радњи

Побијање дужникових правних радњи, у материјално-правном смислу се састоји од повјерилачког права побијања, а у процесно-правном смислу се реализује побојном тужбом чији су првобитни облици конституисани још у римском праву под *actio pauliana*. Према нашој систематици то је једно од права или захтјева којима се повјериоцу омогућује, уз испуњење законских услова, мијешање у правне радње "свога" дужника са трећим лицем.

Јасно је да дужник, захваљујући начелу аутономије воље, има генерално овлашћење да располаже, слободно, својом имовином. Међутим, несавјесни дужник може злоупотребити слободу коју му пружа начело аутономије воље и може злонамјерно, у циљу да оштети свога повјериоца отуђивањем своје имовине, тако и у толикој мјери, да би повјериоцу било онемогућено да реализује, намири, своје пуноважно и доспјело потраживање.

Још је у римском праву постојао посебан **целикт** *fraus ceditorum* који би се извршио када би дужник тако умањио своју имовину да би онемогућио повјериоце да се из ње наплате, те их на тај начин и оштетио. У периоду римског правног позитивизма, римски законодавац је санкционисао понашања дужника која су се јавила у значајнијем броју онда када је у римском праву установљена нека врста стечаја (*venditio bonorum*) као начин наплате потраживања свих повјерилаца инсолвентног дужника из његове имовине, и то, када су поједини дужници почели, чим осјете да ће доћи до стечаја, да спасавају своју имовину поклањајући је или је фиктивно продајући пријатељима. Да би се овакво понашање дужника спријечило поред осталих средстава (као што је нпр. *interdictum fraudatorium*) којим је претор, на захтјев неког повјериоца, наређивао трећем лицу (повјериоцу) да врати оно што је, знајући за инсолвентност дужника, примио од њега, на штету осталих повјерилаца (и на основу идеје коју је садржавао *interdictum fraudatorium* у упоредном праву је уређена тзв. "индиректна тужба"), уведена је и једна тужба под називом *actio pauliana* (Стојчевић, *Римско облигационо право*, стр. 123).

Индиректном тужбом се, у упоредном праву, назива правно средство којим повјерилац умјесто дужника (подиже) тужи дужниковог дужника ради реализације занемарених дужникових права због чега је дужникова актива недовољна да би се повјерилац из ње могао наплатити. Ради се о имовинским правима која дужник не врши, као нпр.: убирање станарине, захтјевање предаје ствари, захтјевање исплате купопродајне цијене за продату ствар и сл. (Милошевић, стр. 232-233). За разлику од поменутог интердикта (а у модерно вријеме развијене индиректне тужбе), тзв. паулијанска тужба римског права је ефикаснија за повјериоца, јер се само он, а не и остали повјериоци, као код интердикта, тј. индиректне тужбе, намирује из побијаног посла (дјела)

дужниковог и то у мјери која је потребна за намирење његове тражбине. Таквим утуживањем стоји се на основама духа и функције грађанских субјективних права, посебно субјективних облигационих права. Субјективна облигациона права, као што је познато су персонализована, лична, индивидуална права чије је вршење подвргнуто овлашћењима диспозитивне максиме. Отуда је и непримјерено њиховој природи, правној функцији и друштвеној сврси да се њоме користе колективитети (нпр. сви дужникови повјериоци). Тужбени захтјев се код побојне тужбе своди на побијање дужникових оштећујућих радњи предузетих с трећим лицима, што значи да је захтјев ограничен само да се такво дјело огласи према тужиоцу-повјериоцу без дејства и то само у мјери која је потребна за намирење повјериоачеве тражбине.

По својој природи и сврси побојна тужба је средство за ефикаснију повјерилачку заштиту савјесног и уредног повјериоца (који води рачуна о својим правима) и који нема интереса да чека да се и ако се над имовином дужника отвори стечај. Иначе, стечај се отвара или у случају инсолвентности дужника (неспособности за плаћање) или у случају презадужености дужника (када дужникови дугови - пасива - прелазе његову имовину - активу - макар још увијек постојала способност плаћања). Сврха стечаја је да се имовина дужника прикупи, сачува и расподијели повјериоцима сразмјено посебним правилима стечајног, материјалног и процесног права. За отварање стечаја тражи се и испуњење неколико услова, а стечајни поступак је, у пракси, компликован, спор и скуп, па због свега тога често не постиже жељену сврху. Основни недостатак му је у томе, што, по правилу, ниједан повјерилац не може од стечаја очекивати потпуно намирење свога потраживања. Због тога је очито, из онога што смо напријед изнијели, да побојна тужба има значајне предности за потпуно намирење уредног повјериоца. Заштита интереса појединог повјериоца подизањем побојне тужбе због тога се и назива побијањем правних дјела изван стечаја. У Краљевини Југославији повјерилачко право побијања било је регулисано Законом о побијању правних дјела изван стечаја од 22. јануара 1931. године, те су правила која су у том Закону била садржана, примјењивана, у нашем праву, све до ступања на снагу Закона о облигационим односима 1. октобра 1978. године, јер нису била у супротности с тада важећим уставним и законским поретком (*према пресуди Савезног врховног суда, Рев. 1000/58 од 11. IV 1959, објављена у "Правни живот" бр. 5-6/1959 - наведено према Јакишић, стр. 195*).

Субјекти побијања су: повјерилац, који је у овој ситуацији "побијач" и треће лице на које је дужник правном радњом пренио дио своје имовине (односно лишио се имовине у корист трећег лица), односно насљедник трећег лица или "противник побијања" (*члан 283. ставови 2. и 3.*). Сингуларни правни сљедник трећег лица је онај правни субјект коме је треће лице отуђило корист прибављену располагањем које се побија, тако да се и "сингуларни сукцесор трећег лица" може појавити као противник побијања. Сингуларни сљедник се у ЗОО назива "прибавилац" (*члан 283. став 3.*) и тужба се може подићи против "прибавиоца", тј. "четвртог лица" само ако је овај знао да се прибављање његовог претходника могло побијати у случају оневозности посла, изузев ако је послом без накнаде отуђио корист, кад се тужба против "прибавиоца" може подићи иако он није знао за побојност посла његовог несавјесног претходника (*члан 283. став 3. ЗОО*). Универзални сукцесор одговара за дугове оставиоачеве до висине вриједности насљедне имовине, а ако је више насљедника, одговарају солидарно

за дугове оставиоца и то сваки до висине вриједности свог насљедног дијела без обзира да ли је извршена диоба насљедства (*члан 143. ставови 1. и 3. Закона о насљеђивању*). Повјериоци, према одредбама Закона о насљеђивању, могу захтјевати у року од три мјесеца, од отварања насљедства, да се заоставштина одвоји од имовине насљедника и тада они стичу право првенствене наплате у односу на остале повјериоце који нису тражили одвајање заоставштине, али су ограничени у наплати свог потраживања само на средства заоставштине (*члан 144. став 2. ЗН*). Побијач је, дакле, сваки повјерилац чије је потраживање доспјело за исплату, без обзира када је настало. Противник побијања је треће лице на које је дужник пренио дио своје имовине, које је због дужникове правне радње стекло неку корист и чије стицање је довело до умањења дужникове имовине тако да је он постао инсолвентан према побијачу.

Побојна радња (побојно дјело) је правна радња дужника која је предузета на штету повјериоца. Под правном радњом, према општој теорији грађанског права, подразумијевају се изјаве воље које се предузимају у циљу стварања неког правног односа (*Гамс, Увод у Грађанско право, параграф 253*). Таквим изјавама воље ствара се, мијења или престаје неки правни однос. На примјер: неко се одриче својине (дереликција), неко прибавља својину (продајом, поклоном, окупацијом), одриче се од насљеђа, користи се или не користи својим правом прече куповине, подиже евикцију или тражи одговорност због мана на ствари или не тражи одговорност, прихвата насљеђе или га се одриче и сл. Према томе, правне радње јесу правне чињенице, али се од осталих разликују по томе што су то квалификоване правне чињенице као израз или реализација нечије пословне способности. Правне радње, у ширем смислу, обухватају и правне послове, односно, другим ријечима, правни послови спадају у (нај)квалификованије правне радње. Под правном радњом подразумијевамо и пропуштање због којег је дужник изгубио какво материјално (имовинско) право или којим пропустом је за њега настала каква материјална обавеза (нпр.: допустио је застарјелост своје тражбине према неком свом дужнику, или је пропустио неку процесну радњу због којег пропуста је изгубио какав имовинско-правни спор). Пропуштање да би се сматрало правном радњом мора бити под контролом или управљено од стране дужникове воље (то је дужникова вољна радња, тј. нерадња). Пропуштање мора бити свјесно (изјављивањем) или свјесно уздржавање од изјављивања (неизјављивање). Несвјесна пропуштања (из заборавности или незнања) неће се моћи побијати, јер немају квалитете или квалификације правне радње. Сигурно је да у несвјесна пропуштања не можемо уврстити непознавање права, које никога не ослобађа. Одрицање од насљедства сматра се губитком материјалног права (*члан 281. став 4. у вези с чланом 280. став 3. ЗОО*). Међутим, дужник се не може присилити да предузме неку правну радњу којом би увећао своју имовину, тј. коју тек треба да стекне (нпр.: да прими поклон или да одбије зарадити и сл.). У имовину коју тек треба да стекне не спадају ненамирена потраживања дужника, јер су потраживања, као што је већ знано, саставни дио дужникове активе. Дужник се не може присилити да увећа своју имовину и такве радње које су хипотетичког карактера нећемо сматрати побојним радњама (пропуштањима) (*Лоза, 41*). Побојним радњама неће се сматрати ни оне радње које су изричитом законском радњом искључене, односно чије је побијање забрањено. Тако се, по Закону, неће сматрати радњом оштећења повјериоца (побојном радњом) давање од стране дужника трећим лицима уобичајених пригодних дарова, наградних

дарова, као ни дарова учињених из захвалности, сразмјерним могућностима дужниковим (члан 282. ЗОО). Према томе, пропуштање обogaћења не може се побијати, јер дужник није изгубио материјално право, нити му је смањена актива или повећана пасива. Осим тога, даровање извршено према законом дозвољеним разлозима (тј. да је пригодно: нпр. поводом празника, рођења, крштења, вјенчања, дипломирања и сл.) или наградно (чије би неизвршење умањило друштвени углед дужников - нпр. давање напојнице) или из захвалности (што је морална обавеза нпр.: према спасиоцу живота, имовине, лекару који је успјешно предузео неку ризикантну интервенцију и сл.) не би се могли побијати ако су сразмјерни материјалним могућностима дужника.

Да би правна радња била побојна (подесна за побијање) уз остале услове, то може бити само радња која може бити предметом извршења према правилима извршног процесног права. Побојна може бити само имовинско-правна радња, а не неимовинска (као што је нпр.: усвојење, промјена држављанства и сл.), јер је сврха побијања намирење тражбине. Под побојне радње не могу се подвести ни располагања оним дијеловима имовине која је или који су изузети од судског извршења.

Под побојном радњом, у најширем смислу, можемо сматрати сваки поступак дужника усљед којег је његова имовина смањена или усљед којег дужник долази у тежи процесно-правни положај. Према ЗОО, под побојном правном радњом подразумијева се правна радња дужника која је предузета на штету повјериоца. Као и у римском праву тражи се да је поступање дужника штетно за повјериоца. Мада је у римском праву штетно поступање повјериоца представљало деликт, оно, у модерном праву нема смисла деликта (противправне радње којом се проузрокује штета неком лицу). Штетном се сматра она правна радња дужника која је предузета на штету повјериоца ако усљед њеног извршења дужник нема довољно средстава за испуњење повјериоцевог потраживања. Према томе, уочава се разлика између штетне радње у смислу деликтног облигационог права на накнаду проузроковане штете и штетне радње у смислу повјерилачког права побијања. Другим ријечима, треба да се ради, или, довољно је да се ради о конкретној инсолвентности дужника (немогућност плаћања) према конкретном повјериоцу, односно конкретном повјерилачком захтјеву (потраживању). Не мора се радити о потпуној инсолвентности дужника. Оштећење повјериоца састоји се у томе што је потраживање доспјело за исплату, а дужник је инсолвентан. Радње уништења ствари од стране дужника не могу се побијати од стране повјериоца, јер никоме не користе, тако да поводом тих радњи нема противника побијања (тј. трећег лица у чију корист је дужник извршио радњу). За наше право сматра се да повјериочева тражбина, ради чијег се намирења побија дужникова правна радња не мора бити новчана. Побијати повјерилац може и када је предмет тражбине неко друго право или одређена ствар *in specie* (види објашњење др Божидар Марковић: Коментар ЗОО, стр. 703). Ради се о случају побијања због "специјалне инсолвентности". То је ситуација коју имамо кад је дужник, у општем значењу појма солвентности, заправо солвентан, тј. његова актива је иначе већа од његове пасиве, али је инсолвентан у односу на одређеног повјериоца, тј. у односу на потраживање одређеног повјериоца, и то из разлога што тражбина тог повјериоца није новчана него за предмет има неко друго право или одређену ствар *in specie*.

У уџбеничкој литератури насталој прије ступања на снагу Закона о облигационим односима, односно на подлози Закона о побијању правних дјела изван стечаја, за повјерилачко побијање дужникових правних дјела требали су постојати тзв. општи и посебни услови. Према параграфу ЗППД општи услови су били овако одређени:

1. Било је потребно да повјерилац има извршну тужбу против дужника, тј. извршну пресуду или какав други извршни наслов по коме може тражити принудну наплату тражбине путем судског извршења, и

2. Да судско извршење на постојећој имовини дужника није довело до потпуног намирења или се мора узети да до тога не би ни довело (јер је, нпр.: извршење које је већ водио неки други повјерилац на имовини дужника остало без пуног успјеха. Тиме је утврђено да је повјерилац управо због побијеног правног дјела остао ненамирен, а тиме и оштећен (*проф. др Стеван Јакшић: Облигационо право, опитидио, Сарајево, 1962, стр.195*).

Према члану 280. ЗОО опште претпоставке ванстечајног побијања су: инсолвентност дужника због извршене правне радње оштећења повјериоца онемогућавањем, том радњом, повјериоцевог намирења. Закон користи термин "доспјелост за исплату" чиме олакшава позицију повјериоца и омогућује му олакшано подизање побојне тужбе (у односу на раније важећи правни режим побијања), али отвара и неке недоумице у тумачењу ове одредбе. Професор Марковић у Коментару ЗОО на стр. 702. истиче да "доспјелост" не треба схватити дословно, у материјално правном значењу тог термина, већ да је доспјелост синоним извршности као и да под појам доспјелости улази и постојање доказане или вјероватне инсолвентности дужника у односу на подмирење те тражбине ("чисто индивидуалистички концепт инсолвентности"). Ми сматрамо да тражбина, у тумачењу значења израза "доспјелост за исплату", треба да је утужива, а не "извршна" у смислу постојања извршног наслова и утврђено неуспјешног покушаја намирења. Тачно је да би дословна примјена термина "доспјелост" довела до апсурдне примјене права побијања, јер би сваки повјерилац који има доспјелу тражбину био овлашћен на побијање, чиме би се вријећала основна карактеристика или природа облигационих односа, који су, како смо то већ више пута поновили, лична права, односи *intuitu persone*, који се трећих лица, у правилу, не тичу. Таквом примјеном побојне тужбе њена, начелно и историјски утврђена рестриктивна примјена и законом условљена употреба, била би толико проширена и либерализована да би се трећа лица могла непотребно и безразложно, редовно и учестало, узнемиравати. Одатле би могло проићи непотребно компромитовање правне сигурности у друштву, а облигациони однос би се, на овом плану појављивао као грађанско-правни однос са апсолутним дејство, што је и теоријски неприхватљиво. Стога се ми морамо сложити са професором Марковићем који сматра да се инсолвентност дужника треба утврдити али да је то могуће вршити свим доказима (нпр.: дужниковим бјекством, његовим суспектним поступцима у смислу избјегавања повјерилаца, неуспјехом раније вођених извршења од стране истог или других повјерилаца и сл.). Мора се констатовати да ће најелегантнији и формалистички посматрано "најсавршенији" или "крунски" бити онај доказ инсолвентности дужника који се састоји од чињеница да није успјело потпуно намирење утужене извршне тражбине на дужниковој имовини. Међутим, по слову и духу Закона о

облигационим односима који на либералнији начин дозвољава, олакшава, вршење повјерилачког права побијања то се неби више могао сматрати искључивим елементом општих услова побијања. Стога сматрамо да у литератури треба избјегавати "историјско значење" као метод тумачења правне норме у којем мора да доминира машта, што је за тумачење правне норме као и код природних наука неприхватљиво, јер и у једном и у другом случају мора да доминира *ratio*, садржан у правним методама тумачења правне норме (*академик Радомир Д. Лукић: Методологија права*).

Према свему изнијетом под општим претпоставкама побијања (према ранијој терминологији - општим условима) морамо подразумевати:

1) постојање утуживог потраживања повјериоцевог, доспјелог за исплату, без обзира када је настало, и

2) постојању инсолвентности дужника која је настала предузимањем правне радње на штету повјериоца. Инсолвентност, као немогућност плаћања односно наплате потраживања, постојаће ако је ненаплативост потраживања стварна. Инсолвентност не значи неплаћање доспјелих обавеза од стране дужника из било којег разлога ако та појава није трајне природе. Дужникј ће се сматрати инсолвентним ако је обавеза доспјела а постоји извршна одлука посредством које се повјерилац не може намирити.

Без обзира на ову, привидну, либерализацију општих услова повјерилачког права побијања, опасност од безразложног узнемиравања трећих лица и угрожавањем правне сигурности као високе вриједности сваког правног поретка, избјегнута је на тај начин што уз кумулативно узете опште услове за подизање побојне тужбе мора бити кумулиран и један од иначе алтернативно постављених посебних услова побијања.

Под посебним претпоставкама побијања (према ранијој терминологији: "посебним условима" за побијање, а према законској терминологији из члана 281. ЗОО "условима побијања") обухваћене су четири варијанте измијењене и развијене класичне латинске паулијанске тужбе (*према професору Марковићу*) и то:

- побојна (паулијанска) доложна тужба;
- побојна (паулијанска) кулпозна тужба;
- побојна (паулијанска) породична тужба; и
- побојна (квази-паулијанска) тужба.

Као што смо већ истакли, једна од ових посебних претпоставки, кумулативно са општим претпоставкама ствара могућност подизања побојне тужбе. Тиме су испуњени, ако су испуњени, материјално-правни услови за подизање побојне тужбе код надлежног суда. Ове претпоставке доказује повјерилац. Повјерилац може изабрати било који од ових посебних услова (претпоставки) или то може чинити сукцесивно, зависно од успјешности подигнуте побојне тужбе на суду.

Према другачијим критеријумима систематизације посебних услова, тј. према врстама правних дјела која се побијају, могу се посебни услови разврстати на:

- она правна дјела која је дужник учинио у намјери да оштети свога повјериоца побијају се доложном, кулпозном и породичном побојном тужбом, у која би ушла и подваријанта правних дјела којима је дужник отуђио своју

имовину у бесцијење , и

- дужникова бесплатна располагања имовином побијају се квази-паулијанском тужбом.

Прихватајући овакву систематику излагања наставићемо излагање сваке поједине варијанте побојне тужбе.

1) Дјела учињена с дужниковом намјером оштећења повјериоца разликују се и према намјери дужника и према степену саучесништва - знања трећег лица (противника побијања) на три варијанте побојне тужбе, које ћемо надаље изнијети под: а), б) и в).

а) Побојна (паулијанска) доложна тужба може се подићи ако је дужник знао да предузетим теретним располагањем наноси штету својим повјериоцима и ако је трећем лицу са којим је или у чију је корист правна радња предузета то било познато или могло бити познато. Теретно располагање је оно којим се умањује дужникова имовина ради испуњења неке његове правне обавезе. *Професор Марковић у Коментару ЗОО, стр. 710* сматра да се исплата доспјелог дужниковог дуга не може побијати као теретно располагање којим дужник наноси штету својим повјериоцима. Међутим исплата дуга који није доспио као и исплата доспјелих природних обавеза побојне су радње, јер се, по истом аутору, могу побијати доложном побојном тужбом.

Свијест о доношењу штете повјериоцу мора се наћи на страни дужника у тренутку предузимања радње. Посебна претпоставка (посебан услов) побијања формулисана је као "да је дужник знао" да предузетим располагањем наноси штету својим повјериоцима садржи реформисан најбитнији конститутивни елемент римске доложне паулијане, некадашњи римски *consilium fraudis*, тј. намјеру дужника да предузетим располагањем оштети своје повјериоце. Закон о облигационим односима више не тражи "намјеру оштећења повјерилаца" (*dolus*, у ужем значењу) већ смањује захтјев да на страни дужника постоји само знање, односно свијест да таквим располагањем наноси штету повјериоцима (*проф. Марковић, Коментар ЗОО, стр. 711*). Теретно располагање које је предузео несавјесни дужник може се побијати и ако га је предузео дужник преко заступника. Код законског заступника дужниковог несавјесност мора постојати код заступника или код заступљеног. У случају пословодства без налога несавјесност мора постојати код господара посла у тренутку ратификације посла. Поред овог субјективног елемента, тј. доказивања несавјесности дужника (умјесто раније намјере оштећења, знања или свијести о оштећењу повјериоца) побијач мора и да докаже несавјесност трећег лица, тј. противника побијања којему је дужниково стање свијести односно дужникова несавјесност у односу према повјериоцима била позната (знање) или могла бити позната (скривљено незнање).

б) Кулпозна (паулијанска) побојна тужба захтјева да повјерилац докаже да је дужник "могао знати" (скривљено незнање) да својим теретним располагањем оштећује повјериоца. Повјерилац доказује, у овом случају, да је дужник, у тренутку располагања, могао знати да таквом радњом оштећује своје повјериоце да је био пажљивији. Ради се о стандарду пажње и то: пажњи доброг привредника, доброг домаћина или доброг стручњака (*сагласно члану 18. ставу 1. и 2. ЗОО*) зависно од тога у који се правни стандард дотична личност дужника може уклопити. Овај степен скривљеног незнања изједначава се, у нашем праву,

са лаким нехатом (*culpa levis*). Не захтјева се као у раније важећем правном правилу ЗППД да је дужник "морао знати". Овакав степен пажљивости, односно непажљивости из ранијег примјењиваног правног правила значио је изједначавање тог облика несавјесности са грубом непажњом (*culpa lata*). Због тежине доказивања *culpa late*, измјена коју нормира ЗОО води ка либерализацији подизања побојне тужбе (*проф. Марковић, Коментар ЗОО, стр. 712*). Као и код доложне паулијане повјерилац мора и да докаже несавјесност трећег лица (противника побијања). За доказивање му стоје на располагање двије, ако их докаже, подједнако вриједне алтернативе: или да докаже доложно поступање трећег (да му је било познато - знање или свијест), или, кулпно понашање трећег (да му је могло бити познато - скривљено незнање трећег о оштећењу повјерилаца). Пошто се и за доказивање несавјесности дужника и несавјесности трећег лица (за побојну тужбу којом повјерилац побија теретно располагање (правну радњу) које је дужник учинио у "намјери", може прићи алтернативно: било доказати доложност понашања тј. позитивног знања и дужника и трећег лица или доказивати кулпно понашање (скривљено незнање) и дужника и трећег лица, то се сматра да је законодавац сва стања свијести оба учесника као субјективне елементе (предмете доказивања) иначе тешке за доказивање на којима је до ступања на снагу ЗОО почивала паулијанска тужба - реформисао у правцу потпуне објективности, очигледно је да ће повјерилац своју тужбу за побијање заснивати скоро искључиво на чистој кулпној паулијани, тј. на скривљеном незнању како дужника тако и трећег лица (*проф. др Б. Марковић: Коментар ЗОО, стр. 714*).

Посебна побојна тужба којом се побијала дужникова радња отуђења имовине у бесцијење и која је имала посебне, редуковане услове у односу на доложну и кулпозну тужбу против теретног располагања (треба доказати сам факат отуђења у бесцијење које спада у подврсту теретног располагања и треба доказати само несавјесност трећег лица), није посебно предвиђена у правилима побојне тужбе према ЗОО. Сматрамо да и отуђење у бесцијење којим дужник, када је презадужен или је у новчаној оскудици, отуђује своју имовину будзашто само да дође до новца, било добронамјерно - нпр.: да плати дугове, или злонамјерно - да нпр.: новац сакрије, потпада под побијање правних радњи теретног располагања било доложно или кулпно предузетих у смислу члана 281. став 1. ЗОО.

в) Породична (паулијанска) побојна тужба је варијанта којом се побија свако располагање учињено између законом таксативно одређених сродника (у законском кругу сродника). Код ове тужбе породична веза је битна чињеница која односе између инсолвентног дужника и његових сродника чини сумњивим (*"familia suspecta"*) у односу на питање њихове савјесности, тј. њиховог знања или скривљеног незнања (несавјесности) у односу на дужникова располагања имовином у корист сродника, а на штету повјерилаца.

Ширим тумачењем става 2. члана 281. и довођењем у везу са ставом 1. долази се до закључка да је код породичне паулијанске тужбе избјегнут терет доказивања на страни повјериоца несавјесности дужника у вријеме теретног располагања, односно отуђења имовине неком из круга сродника који су законом таксативно наведени. За породичну паулијанску тужбу карактеристична је оборива претпоставка (*praesumptio iuris tantum*) присуства позитивног знања

блиског сродника (тј. његовог знања да дужник предузетом радњом наноси штету повјериоцу). Међутим, ово је оборива претпоставка коју обара блиски сродник свим доказним средствима. Иначе, блиски сродник је ослобођен по закону терета доказивања одсуства скривљеног незнања, тј. да није ни могао знати... Повјерилац, као побијач на основу породичне паулијанске тужбе обавезан је доказати као посебну претпоставку, односно као посебни услов побијања једино чињеницу да је противник побијања блиски сродник дужников у смислу става 2. члана 281.

### 300.

Као блиски сродници одређени законом убрајају се:

- дужников супруг(а), тј. брачни друг;
- сви крвни сродници у правој линији (усходној или нисходној, како брачни тако и ванбрачни, тј. преци дужникови и сви потомци из свих бракова дужникових);
- остали дужникови сродници по крви до четвртог степена како брачни тако и ванбрачни. У овај круг сродства под сумњом улазе: дужникова браћа и сестре, њихова дјеца и унуци, стричеви, ујаци, тетка по оцу и мајци, сви са својом дјецом, и
- дужникови сродници по тазбини до четвртог степена закључно.

Сви сроднички односи као и брачни однос треба да постоје у тренутку предузимања теретног располагања које се побија. Изузетно, кад брак престане услед смрти, а прије предузетог располагања, сматра се да сродство по тазбини и даље постоји. Треба истаћи да таксативно свођење сродства у законске оквири (и тако извршено сужавање круга "својте") не значи да је доказивање сродства необорива претпоставка знања противника побијања - сродника - о несавјесности дужника према својим повјериоцима. Разне релевантне околности ће условљавати да се донесе правилна оцјена о животној блискости и интересној повезаности дужника и сродника.

2) Побиање бесплатних располагања инсолвентног дужника на штету повјериоца (квази паулијанска побојна тужба)

Овом тужбом се повјериоцу даје право побијања бесплатних располагања и с њима изједначених правних радњи које су такве у тренутку предузимања.

Бесплатним располагањем и с њим изједначеним правним радњама обухваћене су радње дужника које нису теретне, тј. којима дужник умањује своју имовину а да на то није правно обавезан. Другим ријечима, бесплатно је свако оно располагање за које дужник не може као накнаду захтјевати никакву противчинидбу од стране у чију је корист располагање учињено. Ова правна радња редукована је чак до фактичких радњи: пропуштања, дереликције, уништења вриједносних папира и доказних средстава и сл. (*проф. др Б. Марковић: Коментар ЗОО, стр. 717*). Што се тиче претпоставки (услова) за подизање квази-паулијанске тужбе повјерилац је у најповољнијем положају. Повјерилац није дужан да доказује ни позитивно знање ни скривљено незнање, било дужника, било трећег лица - противника побијања. То су необориве законске претпоставке (*iuris et de iure*), јер законодавац најстроже просуђује о дужниковој и корисниковој несавјесности, тј. узима као сигурну претпоставку да је дужник који бесплатно расподјељује своју имовину знао да оштеђује

повјериоце, као и да је трећем лицу, које од таквог дужника прими корист, такво понашање било познато или могло бити познато, односно није могло остати непознато.

Одрицање од наслеђства, које Закон посебно истиче и редакцијски одваја од свих осталих бесплатних располагања, у ствари је само један од случајева одрицања од права уопште и као такав улази у категорију бесплатних располагања уопште. Професор Б. Марковић сматра да је законодавац овим редакцијским потезом желио да се ограда од римске паулијанске тужбе којом се није могло побијати дужниково одрицање од насљеђа (*Коментар ЗОО, стр. 718*).

### Форма побијања

Право побијања повјерилац остварује процесном радњом-тужбом или приговором. У тужби повјерилац као тужилац поставља два захтјева:

- 1) тражи да се дужникова правна радња огласи према њему без дејства, и
- 2) одређује обим и начин чињења противника побијања што је одређијено природом и висином неподмирене повјериоачеве тражбине са споредним захтјевима (камате, парнични трошкови и сл.).

Истицање приговора је облик побијања у двије ситуације:

а) ако се побијана радња састоји у некој обавези коју дужник има према противнику побијања, овај тражи од дужника испуњење те обавезе, а повјерилац приговором побија то тражење, или

б) ако се у дужниковој имовини налази неки предмет на којем је противник побијања стекао неко старије и јаче право, па тражи да се тај предмет изузме од извршења, а повјерилац истиче приговор да је противник то право стекао од дужника правном радњом која је подложна побијању (нпр. симулованим послом) (*проф. др Б.Марковић: Коментар ЗОО, стр. 720*).

Пасивно легитимисани (противник побијања) су, према једној категоризацији, двије групе лица:

У прву категорију улазе двије групе лица: 1) лица са којима је дужник предузео правну радњу која се побија и лица у чију је корист та правна радња предузета. 2) Категорију пасивно легитимисаних лица у спору о побијању чине универзални правни сљедници лица са којима је или у чију корист је предузета правна радња која се побија. Да би сингуларни сукцесор био пасивно легитимисан први је услов да побијање буде засновано и против његовог правног сљедбеника. Посебни услов се јавља када је сингуларни сукцесор прибавио побијану вриједност теретним послом, а посебан услов је ако је до ње дошао бестеретно. Сингуларном сукцесору који је од претходника теретно прибавио вриједност, повјерилац мора доказати да је он у тренутку прибављања знао и да се прибављање његовог претходника могло побијати (стварно знање о тој околности). Ову околност тужилац не мора да доказује кад је сингуларни сукцесор прибавио вриједност бестеретним послом. Ако је сингуларни сукцесор

блиски сродник он мора доказати да није знао да се прибављање претходника могло побијати (*Проф. др Б. Марковић: Коментар ЗОО, стр. 722*).

### Рокови за подизање побојне тужбе

У року од једне године, почевши рачунати од дана када је дужник предузео правну радњу која се побија, односно од дана када је требало да предузме пропуштenu радњу, мора се подићи долозна, кулпозна и породична (паулијанска) побојна тужба. Једногодишњи рок почиње тећи од дана дужникове предузете правне радње према првом противнику побијања и о томе се води рачуна и када се тужба подиже против његових правних сљедбеника. И у случају побијања стицања сљедбеника у ствари се побија стицање првог прибавиоца, јер су се код њега морали стећи сви услови за побијање (општи и један посебни), па и околност да рок према њему још није истекао (*Проф. др Б. Марковић: Коментар, стр. 725*).

У року од три године мора се подићи квази-паулијанска побојна тужба рачунајући од предузимања побијаног бесплатног располагања, односно од дана када је требало да предузме пропуштenu радњу.

### Дејство побијања

Ако суд усвоји тужбени захтјев, правна радња, изреком одредбе члана 284. ЗОО, губи дејство само према тужиоцу и само колико је потребно за испуњење његових потраживања. Овдје се може јасно уочити разлика између побојне тужбе и раније споменуте тзв. индиректне тужбе која нема значаја у нашем правном систему. Поред тога можемо уочити разлику побијања од поништавања и рушљивости правних послова. Код поништавања или рушљивости оглашава се неважећом цијела правна радња према свим лицима, док се побијана радња проглашава без дејства само према повјериоцу и само у границама довољним за намирење његове тражбине. Према свим осталим лицима побијена правна радња остаје на снази. То значи да она и даље важи у односу дужника, његових правних сљедника и противника побијања, као и у односу између дужника и осталих његових повјерилаца који је нису побијали. Остају на снази и сва права која су трећа лица стекла на предмету побијања након предузимања побијене радње. Дејство побијања (*проф. др Б. Марковић: Коментар ЗОО, стр. 723*) састоји се у релативној неважности правне радње, неважности која не дејствује ретроактивно. Према обиму побијање је двојакo ограничено првенствено на оно што усљед правне радње није ушло у дужникову имовину или што је из ње отуђено или напуштено. Друго ограничење тиче се везаности побојног захтјева висином повјериочеве неподмирене тражбине (*проф. др Б. Марковић: Коментар ЗОО, стр. 723*).

Најзад, поједини аутори, као средство мијешања повјериоца у имовинске односе дужника спомињу и цесију у извршном поступку. Цесија у извршном поступку је процесно средство извршења на потраживањима извршеника (дужника) према трећим лицима (дужниковим дужницима). Самим заснивањем заложног права у корист тражиоца извршења (повјериоца) он не стиче могућност да своје потраживање оствари према извршниковом дужнику. Да би стекао могућност наплате потребно је да суд на тражиоца извршења (повјериоца)

пренесе заплијењено потраживање у границама у којима је на њему стечено заложно право пљенидбом ради наплаћивања или умјесто исплате. Пренос се врши тако што се рјешење о дозволи уступања (цесији) доставља извршениковом (дужниковом) дужнику. Овоме се забрањује да свој дуг плати извршенику или неком трећем по његовом налогу.

Пошто се у овом случају ради о процесно-правном, а не материјално-правном институту, то је његова обрада првенствено предмет грађанског процесног извршног права (извршног поступка), а у оквирима материјалног права дато је само у циљу илустрације и потпуности информације.

## **6) ИЗМЈЕНА САДРЖАЈА ОБЛИГАЦИЈЕ**

### **а) Опште**

Под измјеном садржаја облигације подразумијевамо мијењање (смањивање, увећавање или гашење) појединих или свих права и обавеза у облигацији. До измјене садржаја у облигацији долази под утицајем разних правних чињеница.

У првом реду измјена садржаја у облигацији наступа усљед одговорности њених субјеката због повреде облигације - заправо повреде њеног садржаја, вријећањем нечијих права или неизвршавањем својих обавеза из облигације. Тада се самостална обавеза из облигације најчешће увећава и за акцесорну обавезу која гласи на накнаду штете повјериоцу или се првобитна обавеза мијења тако да умјесто првобитне обавезе у облигацији остане само обавеза на накнаду проузроковане штете усљед неиспуњења или неуредног испуњења првобитне обавезе. Како се истиче у старијој правној литератури умјесто непосредног извршења облигације, тј. онако како обавеза гласи, под дејством чињеница и околности ради којих постаје немогуће извршење првобитне обавезе из облигације, првобитни захтјев се супституише резервним захтјевом на посредно извршење, у виду захтјева за накнадом штете, будући да је непосредно извршење (онако како облигација гласи) постало немогуће (*Живојин Перић, 531*). Мијењање садржаја облигације, долази и усљед примјене правила о уговорној казни, затезној камати и судским пеналима. Осим ових чињеница које смо у претходним излагањима овог курса обрадили, као фактори измјене садржаја у облигацији јављају се и слиједеће правне чињенице: добровољно поравнање, принудно поравнање, стечај, случај и виша сила. Предмет обавезе, односно испуњење предмета обавезе чини садржај обавезе. Садржај обавезе се концентрише на предмет испуњења, а испуњење се састоји од извршења онога шта чини садржај обавезе. Дужник нема право на замјену испуњења (реалну суброгацију), а ни повјерилац нема право да захтијева нешто друго. Реална суброгација, као начин измјене садржаја може се јавити као "замјена испуњења", ако повјерилац у споразуму са дужником прими нешто друго умјесто предмета (радње) која му се иначе дугује. Измјену садржаја облигације имамо и у случају тзв. "предаје ради продаје", која се дозвољава када дужник преда повјериоцу неку ствар или неко право да их овај прода и из наплаћене продајне цијене наплати своје потраживање, а остатак евентуални преда дужнику. И "дјелимично

испуњење" није могуће, изузев ако природа обавезе не налаже да се облигација мора дјелимично испунити. У правилу, повјерилац је дужан примити дјелимично испуњење новчане обавезе. Када је у питању испуњење генеричких облигација, ако ништа није уговорено дужник је дужан дати, испунити облигацију предајом генеричких ствари средњег квалитета. Изузетно, ако му је позната намјена ствари за коју је повјерилац набавља, дужан му је предати генеричке ствари одговарајућег, "намјенског", квалитета.

Када се говори о измјени садржаја облигације имамо у виду и појаву немогућности испуњења (уговорне) обавезе (др Ивиша Јанковић: "Видови и последице 'немогућности испуњења уговорне обавезе'", Београд 1982. Године, у даљем тексту: Јанковић, број стране). С обзиром на узрок немогућности врши се подјела на природну и правну немогућност испуњења. С обзиром на природу (озбиљност) немогућности разликују се објективна и субјективна немогућност. Према ширини последица које производи немогућност може бити потпуна и дјелимична, а с обзиром на вријеме трајања привремена или трајна. Врло је значајна подјела на немогућност која је настала због догађаја за који су одговорни дужник (или друга уговорна страна) и за немогућност за коју дужник (односно уговорне стране) не одговара(ју). Немогућност испуњења (уговорне) обавезе дефинише се као ситуација у којој (уговорна) обавеза из неких природних или правних разлога с обзиром на околности конкретног случаја, не може бити испуњена како гласи, у том смислу што дужник не може извршити дуговану чинидбу (Јанковић, 28). Питање постојања или непостојања немогућности извршења (уговорне) обавезе је фактичко, а не правно питање; док је питање последица немогућности чисто правно питање (Јанковић, стр. 29). За наша разматрања питања измјене садржаја облигације од посебног значаја је подјела на објективну и субјективну немогућност. Објективно је немогуће испуњење када нико, а не само конкретни дужник, не може испунити конкретну обавезу. Субјективна немогућност испуњења постоји када дужник није у стању да испуни обавезу, али је њено испуњење за неко треће лице (изван облигације) могуће. С друге стране, ако би неко треће лице могло да испуни обавезу, да је оно, хипотетички, на мјесту дужника, радило би се о субјективној немогућности испуњења, а ако ни једно треће лице не би могло, била би у питању објективна немогућност испуњења. У ЗОО је одређено да обавеза престаје кад њено испуњење постане немогуће услед околности због којих дужник не одговара (члан 354. став 1). Др Јанковић сматра да би одредбу члана 354. став 1. ЗОО требало примјењивати само у случају објективне немогућности испуњења која је наступила послје закључења уговора (Јанковић, 40). За случај субјективне немогућности требало би да важи одредба члана 124. ЗОО којим се уређују права стране у двостраном уговору која се свде на захтјевање испуњења или једнострано раскидање уговора простом изјавом, ако раскид уговора не наступа по самом закону. И у сваком случају оштећена страна има право на накнаду штете. Др Јанковић истиче да немогућност испуњења обавезе која се састоји у извршењу индивидуално одређене чинидбе има, по правилу, за последицу престанак обавезе (члан 354. став 1. ЗОО). Али, изузетно, постоје и такви случајеви у којима немогућност испуњења дужникове обавезе има за последицу промјену садржине (уговорне) облигације. Поједини елементи уговора ће по сили закона мијењају, тако да испуњење уговора буде могуће. Као примјере случајева

у којима обавеза дужника постоји и поред тога што је њено испуњење у неком погледу немогуће, др Јанковец наводи: немогућност испуњења обавезе која се састоји у генеричкој чинидби; дјелимичну немогућност испуњења уговорне обавезе; привремена немогућност испуњења уговорне обавезе; немогућност испуњења код сукцесивних уговорних обавеза; немогућност испуњења уговора са алтернативним чинидбама; немогућност испуњења обавеза из уговора са алтернативним чинидбама и немогућност испуњења код солидарних облигација (Јанковец, 95-131). А као примјере промјене садржаја уговора због немогућности испуњења наводи примјере: промјена садржаја уговора о превозу ствари железницом када наступе сметње у превозу које се могу отклонити превозом помоћним путем; промјена мјеста утовара од стране превозиоца на најближе мјесто које испуњава услове за утовар; ако се код уговора о продаји робе испорука због сметњи не може извршити у уговореном мјесту, купац је овлашћен да постави захтјев (промјени садржину обавезе) да се роба испоручи у мјесту гдје се налази; у односима из уговора о превозу ствари ваздухопловом, превозилац је дужан да поступи на најприкладнији начин водећи рачуна о интересима имаоца права и ако је усљед промјене законских прописа наступила немогућност испуњења обавезе у девизама дужник ће своју обавезу извршити исплатом динарске протувриједности девизне обавезе (Јанковец, 181-182).

## 7) ПОВРЕДА ОБЛИГАЦИЈЕ

### а) Уопште о повреди облигације од стране њених субјеката

Ако смо напријед највише пажње посветили измјени садржаја облигације усљед немогућности њеног испуњења, сада ћемо се задржати на најзначајнијем начину измјене садржаја облигације због повреде њеног садржаја од стране њених субјеката. Професор Јанковец говори о промјени садржаја односа дужника и повјериоца (друге уговорне стране) ако се постави питање одговорности дужника за штету усљед немогућности испуњења (уговорне) обавезе (Јанковец, 135). Прво питање које др Јанковец поставља јесте правна природа дужникове одговорности за немогућност испуњења обавезе, тј. да ли је његова одговорност уговорна или деликтна. Одговорити се мора, јер између ове двије групе правила о грађанско-правној одговорности постоје значајне разлике (Јанковец, 135). И са аспекта измјене садржаја у облигацији ова разматрања су најзначајнија, јер, у случају одговорности дужника треба поћи од правила да је обавеза дужника на накнаду штете ступила на мјесто примарне уговорне обавезе, чије је испуњење постало немогуће. Професор Јанковец сматра да питање да ли је дужник одговоран за штету усљед немогућности испуњења (уговорне) обавезе треба рјешавати примјеном правила о уговорној одговорности. Овакво рјешење избора правила почива, по Јанковцу, на четири правила:

- прво, о одговорности дужника за штету усљед немогућности испуњења (уговорне) обавезе треба рјешавати примјеном члана 263. ЗОО, а не примјеном члана 154. ЗОО;

- друго, обавеза дужника на накнаду штете због немогућности испуњења обавезе доспјева онда када би доспјела и обавеза на примарну чинидбу, да њено испуњење није постало немогуће;

- треће, висина накнаде штете обрачунава се према стању ствари у тренутку доспјелости примарне обавезе (значи и обавезе на накнаду штете),

- четврто, за застарјелост потраживања друге уговорне стране у погледу накнаде штете због немогућности испуњења уговорне обавезе важе правила о застарјелости потраживања из уговора, а не правила о застарјелости потраживања накнаде проузроковане (деликтне) штете.

Најважније питање овог цијелог проблема своди се на утврђивање када ће се сматрати да је дужник одговоран за штету због немогућности испуњења (уговорне) обавезе. То имплицира утврђивање основа уговорне одговорности. Основ уговорне одговорности професор Јанковец изводи тумачењем одредбе члана 263. ЗОО, која гласи: "Дужник се ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем обавезе због околности насталих после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избјећи". Из овога изводи закључак да је у нашем позитивном праву напуштена кривица као основ уговорне одговорности. Да би дужник био ослобођен одговорности за штету, није довољно да докаже да није крив за немогућност испуњења уговорне обавезе. Али, ако је дужник крив за немогућност испуњења, он ће увијек одговарати за штету. Ово због тога што дужник (увијек) одговара ако је могао спријечити, отклонити или избјећи да наступи немогућност испуњења уговорне обавезе али то није учинио. А у таквим случајевима сматраћемо да је немогућност испуњења наступила усљед непажње или намјере дужникове, тј. усљед његове кривице (*Јанковец, 139*). С друге стране, дужник неће одговарати за немогућност испуњења уговорне обавезе ако је она посљедица дејства више силе. Виша сила је посебна, строжа категорија догађаја које дужник није могао спријечити, отклонити или избјећи. Виша сила је онај спољни догађај чије се дејство није могло предвидјети, ни избјећи или отклонити (*члан 177. став 1. ЗОО*). Виша сила је непредвидљив, неотклоњив (несавладив) и спољни догађај (*Јанковец, 140*). Према томе, наше позитивно право прихвата рјешење по којем се дужник ослобађа одговорности ако за немогућност испуњења његове обавезе његова одговорност није искључена због наступања објективних околности насталих последице преузимања обавезе које он није могао спријечити, отклонити или избјећи. Није потребно да "објективне околности" имају и елемент спољности како би се квалификовале као догађај више силе. А са друге стране дужник се не може екскулпирати доказивањем да није крив за проузроковану штету, јер му се претпоставља одговорност иако може да докаже да није крив за немогућност испуњења уговорне обавезе. Поставља се још и питање да ли ће дужник бити одговоран за случај када није могао спријечити, отклонити или избјећи наступање догађаја који је онемогућио испуњење уговорне обавезе, али је наступање тог догађаја могао предвидјети. Такав догађај не представља вишу силу, али, с друге стране, дужник не мора бити крив за наступање таквог догађаја. Професор Јанковец закључује да ће дужник бити одговоран за штету и онда ако је приликом настанка облигационог односа (закључивања уговора) знао или морао знати, тј. морао предвидјети да испуњење његове обавезе може постати немогуће, а ипак је преузео безусловну" обавезу. Проф. Јанковец образложење за овакво правило налази у начелу да су уговорне стране дужне да се приликом закључења уговора понашају савјесно (*члан 12. ЗОО*). Чини нам се да се овакво рјешење одговорности дужника за

свјесни превид може образложити и чланом 1028. ОИЗ који гласи: "Највећа је неправда, кад ко од зла дјела свог, још и корист какву има". Питање искључења дужникове одговорности везано је и од одговора на питање да ли ће дужник одговарати за штету због немогућности испуњења уговорне обавезе у оним случајевима ако је неко треће лице проузроковало немогућност испуњења. Професор Јанковец то питање рјешава с обзиром на однос између дужника и трећег лица. Двије су могуће ситуације:

- прва, ако дужник није могао спријечити, отклонити или избјећи радњу трећег лица усљед које је испуњење његове обавезе постало немогуће, његова обавеза престаје, и он неће одговарати другој (уговорној) страни за штету;

- друга ситуација настаје, ако је дужник могао спријечити, отклонити или избјећи да усљед радње трећег лица наступи немогућност испуњења његове (уговорне) обавезе, али то није учинио, одговараће другој страни за штету *Цанковец, 144*).

Поставља се питање да ли објективне околности и њихово дејство на могућност испуњења дужникове обавезе треба цијенити према субјективном критеријуму (с обзиром на конкретног дужника) или према објективном критеријуму. Пошто се пажња у облигационим односима процјењује према стандардима пажње доброг привредника, доброг домаћина или доброг стручњака из члана 18. ЗОО, то проф. Јанковец умјесно закључује да би објективни критеријум требао да важи и за оцјену да ли је дужник учинио све што је требао да учини да би спријечио, отклонио или избјегао наступање немогућности испуњења уговорне обавезе. То треба прихватити као једино могуће законско поимање појма "дужник", јер законско значење не би могло подразумевати сваког конкретног дужника у најразличитијим околностима и ситуацијама које "господар" живот може да подари.

Поред основа грађанско-правне одговорности, најзначајнија су питања услова, односно претпоставки, одговорности дужника за повреду своје

- (уговорне) примарне обавезе наношењем штете другом лицу

због немогућности испуњења (уговорне) обавезе. Као претпоставке или услове уговорне одговорности можемо набројати

слиједеће:

- 1) околност да дужник није испунио или је неуредно испунио (задоцнио) своју обавезу;
- 2) да не постоји законски основ ослобађања од одговорности, тј. објективне или неотклоњиве (вануговорне) околности;
- 3) да је штета стварно претрпљена;
- 4) да постоји узрочна веза између наступјеле штете и неиспуњења, односно неуредног испуњења примарне дужникове обавезе, и
- 5) да повјерилац докаже постојање штете, врсту, висину и узрочну везу. Како видимо, међу услове одговорности нисмо ставили основ одговорности мада се то мора учинити. Можемо рећи да се више не може говорити, у строгом смислу те ријечи, да се кривица претпоставља, јер се кривица, као омашка дужника у његовом понашању према својим обавезама, као

његова грешка у понашању, више и не узима у обзир. Међутим, основ уговорне одговорности, као разлог зашто ће дужник дуговати, умјесто или поред примарне обавезе и секундарну, акцесорну обавезу на накнаду штете, мора постојати. Према томе, сама околност да дужник није испунио своју обавезу онако како она гласи (а то је "примарна обавеза") упућује на закључак да је он због тога одговоран, то је разлог његове одговорности. Дакле, основ његове одговорности је околност да није испунио (примарну) обавезу онако како она гласи (како је "углављена") а у томе га нису спријечиле објективне (вануговорне) неотклоњиве околности (ради којих није могао спријечити, отклонити или избјећи испуњење своје обавезе) и које су уједно биле и непредвидљиве. Најкраће речено основ дужникове одговорности је повреда облигације. Према томе, законом је установљена оборива претпоставка о одговорности дужника за немогућност испуњења (уговорне) обавезе. Међутим, термин "уговорна" одговорност треба условно схватити, јер је Закон у члану 262. став 1. установио генерално правило о праву на накнаду штете кад дужник не испуни своју обавезу или задоцни са њеним испуњењем које важи за све облигације из свих извора настанка и облигације утврђене судским одлукама. Овако високо постављен захтјев дужникове одговорности за испуњење своје обавезе како по основу одговорности тако и по условима ослобађања од одговорности представља варијанту примјене начела апсолутности уговорне обавезе или преузете обавезе. Правила о осујећењу уговора или примјена клаузуле "*rebus sic stantibus*" важе за двостране уговоре, а не као генерално правило.

У погледу ослобађајућих или неотклоњивих околности важи правило да се случај и виша сила, као и кривица, више не узимају у обзир. Да је узрок стран, елеменат је квалификације објективних околности у појам више силе. Међутим, посебним законима могуће је ослобађајуће околности дефинисати појмом више силе ( код одговорности организатора путовања или код уговора у превозу). С друге стране, "непредвидљивост" као елеменат ослобађајућих околности је историјски, елемент римског појма случаја (*quod coeptu humani praevederi non potest* - што је започето од човјека не може се предвидјети). Модерни појам случаја подразумијева одсуство кривице. Како се кривица начелно не истражује то се поставља питање релевантности модерног појма случаја у материји ослобађајућих околности. Међутим, субјекти облигације или уговорне стране могу уговором поштрити или ослабити (ограничити или искључити) уговорну одговорност помоћу клаузула неодговорности (егзонерације). Закон прихвата клаузулу егзонерације само за обичну непажњу (која је степен кривице) и овдје се кривица узима у обзир (члан 265. став 1. и 2. ЗОО). Уговором се одговорност може ограничити на терену максимирања накнаде штете само ако нема кривице код дужника у облику намјере или непажње и ако се тако не постиже очигледна несразмјера са претрпљеном штетом (члан 265. став 3. и 4. ЗОО).

Ако је дужник одговоран за немогућност испуњења његова обавеза престаје, али умјесто ње настаје (суброгира) обавеза на накнаду штете. На терену уговора тзв. теорија о суброгацији, омогућава да уговор остане на снази и поред тога што је испуњење обавезе постало немогуће (Јанковец, 153). Како треба утврдити обим накнаде уговорне штете или како професор Јанковец предлаже: "Како треба одредити висину накнаде штете коју је друга страна претрпела због тога што дужник није испунио своју уговорну обавезу, и то из узрока за који је

одговоран"? И одговара: "Другу уговорну страну треба ставити, у материјалном погледу, у исти положај као да је дужник испунио уговорну обавезу онако како она гласи. Накнада штете треба да задовољи онај интерес који друга уговорна страна има у погледу испуњења уговорне обавезе" *Цанковец*, 153-154). Из њемачког права у наше право је продро термин по којем се овај интерес оштећене стране навиза "интерес испуњења" или "позитивни интерес" или "позитивни уговорни интерес", који се јавља као позитивна повреда уговора. Позитивна повреда уговора може се надокнадити накнадом обичне (просте) штете (*damnum emergens*); накнадом измакле користи (*lucrum cessans*) као и накнадом цјелокупне штете у случају преваре, намјере или крајње непажње. И овдје видимо да се приликом одмјеравања обима накнаде штете као претпоставка узима и кривица дужника, односно најтежи степен кривице дужника.

Накнада обичне штете подразумијева успостављање ранијег стања или накнаду у новцу, и по правилу се надокнађује у новцу. Када се накнада обрачунава у новцу долазе у обзир два начина обрачунавања: конкретно и апстрактно обрачуната накнада штете.

Конкретно обрачуната накнада штете представља разлику између имовинског стања повјериоца под хипотезом да му је дужник испунио примарну обавезу онако како она гласи и имовинског стања повјериоца у којем се без тог резултата нашао.

Апстрактна накнада штете или апстрактно обрачуната накнада штете представља налажење или обрачунавање разлике вриједности престације у вријеме настанка облигације (закључење уговора) и њене вриједности у моменту неиспуњења обавезе. Повјерилац у овом начину обрачунавања накнаде штете не доказује колику је штету претрпио због дужникове повреде облигације већ доказује разлику између уговорене и текуће цијене коју има ствар или услуга која је предмет обавезе. Облици апстрактне штете су и уговорна казна као и затезна камата.

Накнада измакле користи је надокнада добитка који је повјерилац основано могао да очекује (да предвиди) према редовном току ствари или посебним околностима конкретног случаја, а чије је остварење спречено повредом уговора од стране дужника.

Са накнадом измакле користи доста сличности има надокнада штете због повјерења у закључени уговор или "негативни уговорни интерес". Повјерилац се поуздавао у испуњење уговора, основано је очекивао да ће друга уговорна страна испунити своју обавезу, те је усљед тога претрпио штету. И у овом случају нема ослобађајућих околности па чак ни савјесности друге стране која је могла предвидјети неиспуњење своје обавезе и благовремено саопштити другој страни релевантне чињенице које би спријечиле њено повјерење у уговор и избјегавање ризика које би себи створила поуздавајући се у облигациони однос. Већ створени облигациони однос је правно обавезујући. Трајбина представља активу у имовини повјериоца с којом он, одмах након перфекције облигационог односа, као са имовинском категоријом, може слободно располагати. Тако се може десити да повјерилац "купљену" али још непредату ствар препрода трећем лицу, али до њене предаје, односно преузимања не дође усљед повреде облигације од стране продавца-дужника.

Најзад, на глобалном плану, кривица повјериоца доводи до тзв.

подијељене одговорности (*према члану 192. ЗОО*) и до сразмјеног смањења накнаде штете коју би дужник дуговао. Ако се може утврдити сразмјера суд ће досудити накнаду у облику разлике вриједности водећи рачуна о околностима случаја. Када нема елемената и доказа штету, тј. накнаду треба подијелити на једнаке дијелове, тј. од утврђеног износа накнаде коју би дужник био обавезан да плати повјериоцу требало би да плати само половину износа.

На терену уговорне одговорности у ужем смислу ријечи, у односима из једнострано обавезујућих уговора дужник који је одговоран за немогућност испуњења треба да накнади повјериоцу вриједност чинидбе која је постала немогућа. Међутим, код двострано обавезујућих уговора треба узети у обзир и вриједност чинидбе друге уговорне стране. Професор Јанковец предлаже примјену теорије о разлици у вриједности чинидби, према којој се однос између дужника и друге уговорне стране треба свести на обавезу дужника да другој уговорној страни накнади штету у висини разлике између вриједности њихових чинидби, укључујући и измаклу корист коју друга уговорна страна није могла да оствари јер уговор није испуњен онако како гласи.

### б) Дужничка доцња

Дужничка доцња (*mora debitoris*) је најчешћи начин повреде облигације од стране њених субјеката. Дужник пада у доцњу када неизврши (не започне извршавати - испуњавати) своју обавезу на вријеме. Како је дужничка доцња најчешћа, па отуда и најзначајнија неуредност коју дужнички субјект у облигацији може починити противно садржају облигације у погледу времена испуњења обавезе, то она најчешће условљава и иницира и остале неуредности у погледу мјеста, начина и других околности испуњења обавезе из облигационог односа. Дужник пада у доцњу када његова обавеза доспије за извршење. Ако рок доспјелости протекне, а дужник не започне извршење, он пада у доцњу. Закон о облигационим односима систематизује доцњу код партије о престанку облигације (*члан 324. ЗОО*). Рок који је одређен у облигацији опомиње дужника на испуњење (*члан 324. став 1. ЗОО*). Уколико рок није одређен у садржају облигације, диспозитивно је правило да је повјерилац обавезан дужника опоменути да започне испуњавати своју обавезу. опомена се састоји од позива на испуњење који се даје изјавом повјериоца у усменој или писменој форми, вансудски или започињањем неког поступка, најчешће судског (*члан 324. став 2. ЗОО*).

Доцња је објективна категорија и одговорност дужника која, у правилу, неће зависити од његовог скривљеног понашања. Наравно да кривица повјериоца за закашњење анулира дужникову доцњу. За објективну доцњу дужник одговара тако што постаје дужник и акцесорне обавезе на накнаду затезних камата, ако је предмет његове облигације испуњење новчане обавезе (*члан 278. ЗОО*). Ако је дужник у доцњи а његова обавеза потиче из двостраног уговора, повјерилац стиче овлашћење да једнострано раскине уговор, након што дужнику одреди накнадни примјерен рок за испуњење обавезе, а и овај накнадни рок безуспјешно истекне (*члан 125-127. ЗОО*). Скривљена дужничка доцња доводи до дужникове одговорности за накнаду штете. Према ЗОО дужник ће се сматрати кривим за задоцњење, ако не изврши обавезу ни у накнадном примјереном року одређеном

од стране повјериоца (члан 262. став 3. ЗОО). Други случај дужникове "скривљене" доцње имамо када дужник одговара и за дјелимичну или потпуну немогућност испуњења иако ту немогућност није скривио, тј. ако је немогућност испуњења посљедица дејства случаја, који се догодио након његовог доласка у доцњу (члан 262. став 4. ЗОО). Специјално дејство дужникове доцње имамо када дужник падне у доцњу са предајом генеричке ствари. У том случају повјерилац има право, уз претходну обавијест дужнику, да алтернативно: или, те ствари које су предмет дужникове обавезе набави од трећег лица и да од дужника захтјева накнаду штете, односно набавну цијену, или, да захтјева новчани еквивалент дугованих генеричких ствари и накнаду штете коју је претрпио због дужникове доцње (члан 290. ЗОО).

Друго специјално дејство дужникове доцње имамо када се дужникова обавеза састоји у чињењу, а дужник ју на вријеме не започне. У том случају повјерилац стиче овлашћење, након претходне опомене дужника, да сам изврши дуговану радњу чињењем и да захтјева накнаду штете због доцње и накнаду штете због таквог начина испуњења обавезе на чињење, односно своје трошкове које је имао поводом тога чињења (члан 291. ЗОО).

Слиједећи случај специјалног дејства дужникове доцње имамо код његове повреде обавезе на нечињење. У том случају, када дужник предузме неку радњу коју се обавезао да неће вршити, повјерилац има право по самом закону на накнаду штете зато што је дужник поступио противно својој обавези.

Најзад, ако дужник неизврши обавезу у року који му је одређен у правоснажној одлуци, повјерилац може да одустане од реалног испуњења и стиче *facultas alternativu* да захтјева само накнаду штете због неиспуњења, ако је дужнику оставио накнадни примјерен рок за реално испуњење.

Поред тога што је доцња објективна категорија за доцњу се одговара и по тзв. теорији о субјективној одговорности, тј. због кривице дужника. Повјерилац ће имати право да од дужника накнади потпуну штету која обухвата накнаду обичне штете и изгубљене добити (члан 266. став 1. ЗОО) или накнаду цјелокупне штете (члан 266. став 2.) уколико постоји кривица дужника због доцње, јер се одговорност дужника за намјеру или крајњу непажњу не може унапријед уговором искључити (члан 265. став 1. ЗОО). Ова одговорност је тзв. појачана одговорност за кривицу, јер се дужник не може ослободити од одговорности ако докаже дејство случаја на његово неиспуњавање обавезе на вријеме, него се може ослободити одговорности за тзв. скривљену доцњу ако докаже дејство тзв. објективних околности, које су настале након закључења уговора, односно настанка облигације и које није могао спријечити, отклонити или избјећи, а није их могао ни предвидјети, а оне су тако дејствовале да су га омеле да своју обавезу изврши на вријеме (члан 263. ЗОО).

Дужникова доцња престаје тако што он понуди испуњење или што се облигација угаси без испуњења (Радишић, 312).

#### в) Повјерилачка доцња (*mora creditoris*)

Повјерилац пада у доцњу ако без оправданог разлога не прими испуњење обавезе од стране дужника која је доспјела за испуњење или својим понашањем онемогући испуњење обавезе од стране дужника који је спреман на њено

испуњење (члан 325. став 1. ЗОО). Ако је облигација са роком (термином) испуњења, повјерилац пада у доцњу чим није омогућио испуњење, ако се то од њега очекује с обзиром на садржај облигације (нпр.: није се појавио у мјесту које је утврђено за мјесто предаје ствари) или није однио ствар коју му је дужник ставио на располагање саобразно облигацији.

Ако је облигација без утврђеног рока (нетерминска) повјерилац пада у доцњу од часа када му дужник понуди уредно испуњење. Немогућност испуњења на страни дужника повјерилац мора доказати да би се ослободио доцње (члан 325. став 3. ЗОО). Ако се повјерилац налази у тзв. двострано обавезним облигацијама ситуација је сложенија. Повјерилац може бити спреман да прими или омогући испуњење обавезе од стране дужника, али, ако у овој ситуацији, не нуди, са своје стране, испуњење своје доспјеле обавезе, у којој је он за другу страну облигационог односа дужник, пада у доцњу (члан 325. став 2. ЗОО).

Чини се да се одговорност ивјериоца, уколико је дужник уредан, претпоставља. Уредан је дужник који о доспјелости своје обавезе нуди њено извршење повјериоцу. Понашање повјериоца, уколико је супротно начелу поштења и савјесности и начелу забране злоупотребе права, треба се сматрати скривљеним (супротно: Радишић, 314).

Доцња повјериоца има своје дејство које се састоји од слиједећих промјена у односима повјериоца и дужника:

- када повјерилац падне у доцњу тада долази до престанка доцн ; дужника (члан 326. став 1. ЗОО);

- од доласка повјериоца у доцњу престају и посљедице Које је дужник у доцњи до тада сносио (нпр.: плаћање затезне камате (члан 326. став 2. ЗОО);

- у случају доцње и повјерилац може постати "дужником" акцесорне обавезе на накнаду штете, ако је скривљено проузроковао штету (ако је доцњу проузроковао својом кривицом), (члан 326. став 3. ЗОО);

- на повјериоца који се налази у доцњи прелази ризик случајне пропасти или оштећења ствари (члан 326. став 1. ЗОО), као и трошкови чувања ствари које је непотребно изазвао дужнику (члан 326. став 3. ЗОО);

- ради повјериоцеве доцње дужник стиче овлашћење да испуни обавезу путем суда или продајом умјесто испуњења, као и овлашћењем да одустане од уговора, ако се обавеза не састоји од продаје ствари, већ од радње чињења (Радишић, 315).

Повјерилачка доцња престаје када повјерилац манифестује своју спремност да прими извршење или му се престане противити. Повјерилачка доцња престаје и ако се догоди неки од случајева престанка облигације без испуњења.

## 8) ОСТАЛИ СЛУЧАЈЕВИ ИЗМЈЕНЕ САДРЖАЈА У ОБЛИГАЦИЈИ

Под осталим случајевима измјене садржаја у облигацији подразумијевамо слиједећи правне ситуације (правне институте) и правне чињенице које утичу на измјену права и обавеза у облигацији: добровољно поравнање, принудно поравнање и стечај као и дејство случаја и више силе.

#### а) Добровољно поравнање

Добровољно поравнање заснива се уговором (сагласном изјавом воља) између субјеката облигације који су уједно и лица између којих постоји спор или неизвјесност у погледу њиховог правног односа ( њихових права и обавеза). Добровољно поравнање у својој подлози садржи међусобно попуштање страна у спору, тј. обе стране морају од нечега да одступе како би измијењени облигациони однос и даље поштовале и извршавале. Попуштање се састоји од признавања захтјева неке стране (узајамног признавања), или у одрицању од неког свог захтјева да би се противна страна одрекла свога, или, у повећању своје обавезе, смањењу потраживања, продужењу рока, измјени начина исплате, за шта и друга страна у нечему попушта од својих првобитних позиција у односу. Све се ово предузима да би се облигација одржала и произвела своје правно дејство, па макар и са измијењеним садржајем. Ради се, значи, о свеобухватној или дјелимичној реконструкцији облигационог односа у погледу садржаја са дејством "за будуће".

Да би добровољно поравнање произвело правно дејство, тј. да би било пуноважно, мора бити закључено од стране лица која се могу појавити као субјекти (уговорачи) двостраног уговора. Значи да та лица морају имати уговорну способност (*animus contrahendi*), тј. пословну способност да могу изразити своју правно-пословну вољу. Предмет споразума о поравнању могу бити само имовинска права. И, поравнање настаје *post festum*, тј. поводом реконструкције већ постојећег правног односа. Тај постојећи облигациони однос мора бити пуноважан. То значи да поравнање нема за циљ изигравање права, јер се поравнањем, нпр.: не могу конвалидирати ништави правни послови, изузев када се неко одриче неког свог захтјева по основу релативне ништавости. Ништавост једне одредбе споразума о поравнању повлачиће ништавост цијелог поравнања. Субјекти поравнања не могу својим споразумом ићи на прекомјерно оштећење. Акцесорност и супсидијарност јемчеве обавезе не престаје поравнањем, изузев ако је поравнањем извршена новација. Дејство поравнања састоји се у томе да странке, закључењем уговора о поравнању, прекидају спор или неизвјесност (несигурност) о свом правном односу и да, "за будуће", на нов начин уређују своја узајамна права и обавезе.

#### б) Принудно поравнање и стечај

Принудно поравнање је стечајна мјера којом се између дужника и иовјерилаца чија потраживања представљају натполовичну величину дужникових обавеза постиже споразум о разним питањима олакшавања дужниковог положаја и његовог "оздрављења" како би се избјегло отварање скупог, дуготрајног и "фаталног", по дужника, стечајног поступка. Олакшавање дужниковог положаја углавном се састоји од смањивања његових дугова према већинским повјериоцима и пролонгирању рокова исплате дугова (популарно названо у економском жаргону "репрограмирање дугова"). Када принудно поравнање закључи натполовична већина повјерилаца ово поравнање постаје правно обавезно за све дужникове повјериоце. На тај начин утврђене отплате и одлагања дугова имају значење измјене садржаја облигације за све повјериоце. Ако то изложимо на примјер процентуално: дужник нуди повјериоцима постотак

(рецимо 50%) који сви прихвате, тада тако репрограмирани дуг обавезује сваког дужниковог повјериоца сразмјерно његовом потраживању.

Стечај је посебан судски поступак који се спроводи због инсолвентности дужника (немогућности плаћања). Стечајем се мијења садржај облигације тако што се сва пријављена потраживања слијевају у стечајну масу, а намирују се према посебним правилима која омогућују равноправно намирење повјерилаца сразмјерно реду и висини њихових потраживања. У стечају су сви повјериоци на губитку, али је то крајња мјера, јер се не може очекивати дужниково оздрављење већ његова ликвидација тако да се жели постићи равномјерно и приоритетно намирење, јер је имовина дужника недовољна за потпуно намирење свих повјерилаца сразмјерно њиховим потраживањима. Осим смањивања потраживања, долази и до мијењања њиховог предмета, јер се сва потраживања претварају у новчана потраживања.

#### в) Случај и виша сила

Случај (лат. *Casus*) је догађај који је настао без активности субјекта односно којем се субјект није могао супротставити те за штету насталу дејством случаја субјект не може одговарати.

Синтетичку дефиницију случаја коју можемо прихватити дају у литератури *Ђорђевић-Станковић, стр. 161-164*. Према овим ауторима случај је околност (правна чињеница) у оквирима активности субјекта, по правилу, слабије правне моћи, односно моћи дјеловања од снаге субјекта, али која је субјекта својим наступањем и дејством изненадила, јер је наступила независно од његове воље и мимо његовог очекивања (односно у одсуству његове кривике), те је због тога, упркос својим могућностима, није могао предвидјети, спријечити или избјећи да утиче на настанак, промјену или престанак правног односа. Случај као животну чињеницу треба разликовати од случаја као правне чињенице, која нас једино интересује. Поређења ради, обичан и нормалан квар је када на аутомобилу пукне гума и када све може да прође без огреботине, али можете и да завршите и у јарку или за бандером. Пуцање гуме на аутомобилу у току вожње је у оквиру активности субјекта, тј. у овом случају његове вожње. Пуцање гуме возач не може предвидјети у конкретном случају. А нормално је да повремено и код неког од безброј возача пукне гума на аутомобилу. Али ни један од возача не зна када ће му се то десити и да ли ће му се десити, те да ли ће својом вјештином и снажљивошћу успјети спријечити или избјећи да настане правни однос или да се он измијени или престане. Случај као правна чињеница, уколико се возач не снађе или, како се то каже, не буде имао "среће", наступа или ствара правни однос на накнаду штете, или мијења правни однос код уговора о превозу или доводи до престанка правног односа из уговора о превозу, али рађа правни однос из основа осигурања. Случај у модерном правном значењу подразумијева одсуство кривике код субјекта за настанак, промјену или престанак правног односа. Такво значење правне чињенице случаја везује се најчешће за утврђивање дужникове одговорности за неиспуњење или неуредно испуњење своје обавезе. Случајна пропаст предмета обавезе ослобађања дужника од одговорности за накнаду штете, ако се, нпр.: ради о индивидуално одређеном предмету обавезе и ако се дужникова обавеза, односно одговорност,

за накнаду штете темељи на кривици као основу одговорности за штету. За мјешовити случај (*casus mixtus*) дужник ће одговарати, без обзира што је наступио случај као модификатор његове обавезе. Изузетно, и у "мјешовитом случају", када дужник падне у доцњу и за вријеме његове доцње предмет његове обавезе случајно пропадне, он се може ослободити одговорности ако докаже да би с обзиром на конкретне околности предмет обавезе случајно пропао и да је он на вријеме испунио своју обавезу. Дакле, измјена облигације усљед случаја иде у правцу смањивања дужникове обавезе, изузев ако не може доказати своју неодговорност на напријед описани начин и позвати се на околности које може доказати те се према правној норми и ослободити своје одговорности код појаве *casus mixtus*.

Виша сила (*vis maior*) за разлику од случаја (*casus*) је околност (правна чињеница која има јачу моћ - фактичку) од моћи субјекта као и дејствовање независно од његове воље. Воља или евентуална кривица субјекта овдје се уопште не може постављати или испитивати, јер околност која се квалификује као виша сила долази споља и нема везе са активношћу или дјелатношћу субјекта. Основна чињеница која квалификује вишу силу и том квалификацијом одваја је од случаја као правне чињенице, јесте спољност. Узрочник догађаја или случаја који се може оквалификовати као виша сила долази споља, тј. изван ствари, човјека или дјелатности. Виша сила је квалификован случај по слиједећим елементима квалификације: прво, узрок дјеловања на правни однос је изван ствари, човјека или дјелатности, а чије се дјеловање није могло ни предвидјети, ни избјећи или отклонити. Ради се о спољњем, непредвидивом и неотклоњивом случају који има елементарну (надљудску) снагу дјеловања и који утиче на настанак, промјену или престанак неког правног односа. Утврђивање или квалификовање случаја као више силе је правно питање. Међутим, да би се дошло до одговора на ово правно питање, у сваком конкретном случају суд мора ријешити низ фактичких питања. Ради се о утврђивању спољности догађаја, његове непредвидљивости, неизбјежности и неотклоњивости. Отуда судска пракса има задатак да утврђује шта се сматра вишом силом "од случаја до случаја". Стога никакав систем енумерација неке прихватљиве казуистике не би требало прихватити као шаблон за неке будуће догађаје. Поједини аутори сматрају да се може говорити о чврстој, изграђеној судској пракси коју прати правна теорија по питању да се неким спољним околностима, у сваком случају, треба признати својство више силе (правне чињенице) када изазове правне посљедице у погледу настанка, промјене или престанка неког правног односа. Аутори сматрају да је то неспорно ако се спољни догађај манифестује као: земљотрес, олуја, напад оружане банде, разбојничка крађа и генерални штрајк (*Ђорђевић- Станковић, 160*). Уколико суд оцијени, у конкретном случају, да се ради о вишој сили и њеном дјеловању, тада ће њено опште дејство бити да се дужник ослобађа сваке грађанско-правне одговорности и обавеза. Тако се дужник постојеће облигације ослобађа обавезе и одговорности за неиспуњење. Виша сила, дакле, доводи до гашења облигационог односа потпуно или дјелимично. Дужникова обавеза предаје индивидуално одређене ствари ће се угасити, а дужник неће одговарати. Ако обавеза једне стране под дејством више силе престане у двостраном уговору, због тога ће се угасити и обавеза друге стране. Ако је обавеза дјелимично могућа за испуњење радиће се о измјени

садржаја у облигацији.

## 9) ИЗМЈЕНА СУБЈЕКТА У ОБЛИГАЦИЈИ

### а) Уопште

Облигација је имовински однос тако да права и обавезе из таквог односа нису неотуђиви од личности. Осим тога, трајност односа ствара услове да се мијењају њени субјекти, а да облигација остаје иста. Код тренутних облигација измјена садржаја као и измјена субјеката су беспредметни. Измјена субјеката подразумијева да основ, предмет и садржај облигације остају исти. Нови субјекти само улазе и поштују затечени идентитет облигационог односа. Измјена субјеката има за циљ стварање нових или разрјешавање постојећих облигационих односа који иначе постоје између неког од лица у постојећем облигационом односу и лица која приступају тим облигацијама. С тог аспекта имамо промјену повјериоца у облигацији из разноврсних разлога, као и измјена дужника у облигацији.

### б) Уступање потраживања

Уступање потраживања (лат. *Cessio*) је уговор између повјериоца који се овдје назива уступилац (лат. *Cedent*) са трећеим лицем који се овдје назива пријемник (лат. *cessionar*) чији је предмет уступање потраживања, тражбине, те измјена повјериоца у односу према дужнику (лат. *Cesus*) који се не мијења и према којем нови повјерилац стиче тражбину, тј. Право да захтијева испуњење обавезе исте садржине коју је према дужнику, прије перфекције цесионог уговора, имао стари повјерилац.

Промјена повјериоца најчешће се дешава уступањем потраживања уговором што се назива цесија. У овом односу појављују се три лица: цедент (уступилац тражбине), цесионар (прималац тражбине) и цесус (уступљени дужник). Пошто је цесија у ужем смислу уговор субјекти цесије морају имати уговорну способност. Субјекти цесије су цедент и цесионар. Предмет цесије је право потраживања (тражбина). Цесија може настати поводом сваке тражбине која има имовински карактер и није везана за личност, односно, чији пренос није законом забрањен или уговором између цедента и цесионара уговором искључен (члан 436. став 2. ЗОО). Члан 66. ЗОСПО одређује да се хипотека може пренијети на другог само заједно са преносом потраживања које је том хипотеком осигурано. Хипотекарни вјеровник може засновати хипотеку на постојећој хипотеци у корист трећег лица без пристанка хипотекарног дужника (натхипотека).

Правни основ цесије, поред уговора, може бити: закон (кад јемац постаје повјерилац према главном дужнику) или судска одлука (у извршном поступку). Кауза цесије може бити различита и везана је за тип уговора који је основ цесије.

### Дејство цесије

Тражбина се сматра уступањем од момента закључења цесионог уговора. Уступљени дужник од тада дугује цесионару, а не више цеденту. Дејство цесије обично се прати преко три односа: односа цедента и цесуса; односа цесионара и цесуса и односа цедента и цесионара који је основни однос у цесији.

#### Однос цедента и цесуса

Цедент и цесионар као уговорне стране цесионог уговора не траже учешће дужника у њиховом билатералном споразуму. Од дужника се не тражи ни пристанак ни сагласност. Због тога се дужник доживљава као "објект" у овој правој операцији мада се у ствари ради о субјекту права. Цедент, ипак, има обавезу да обавијести дужника о томе ко му је нови повјерилац (нотификација). Уколико то не учини може се десити да дужник испуни обавезу старом повјериоцу и тако пуноважно угаси свој дуг. Међутим, ако је дужник уредно обавјештен, а упркос томе испуни своју обавезу старом повјериоцу, његов дуг се неће угасити и остаће и даље у обавези према цесионару. Уколико су у питању, двостране облигације цедент остаје у обавези према цесусу. Уколико је ријеч о цесији ради наплаћивања цесус има правну могућност да испуни своју обавезу и цеденту, без обзира на обавјештење о уступању (*члан 444. став 4. ЗОО*). Вишеструко уступање потраживања разним лицима ствара обавезу цесусу да дуг измири ономе повјериоцу о коме је најприје обавијештен (који се први јавио) (*члан 439. ЗОО*).

#### Однос цедента и цесионара

Цедент је обавезан да цесионару преда све исправе којима се доказује да је он повјерилац потраживања које уступа (*члан 441. став 1. ЗОО*). Пошто је теретна цесија по свом економском, па тако и имовинско-правном значају најважнија, цедент је обавезан да гарантује цесионару за постојање (веритет) тражбине у часу уступања потраживања; што се поклапа са перфекцијом цесионог уговора. Стога се подразумијева да постојеће потраживање има особину цивилне (потпуне или утуживе) облигације, тј. да је пуноважно настало и да није престало (бонитет) (*члан 442 ЗОО*).

Уступилац, у принципу, не одговара за наплативост уступљене тражбине. Изузетно, тако се може уговорити, али само до висине противдавања.

Теретна цесија се састоји од три подврсте: цесија умјесто испуњења, цесија ради наплаћивања и цесија ради обезбјеђења.

#### а) Цесија умјесто испуњења

Закључењем уговора обавеза цедента коју он има према цесионару гаси се до висине вриједности уступљеног потраживања (*члан 444. став 1. ЗОО*). Ако је уступљено потраживање веће по вриједности од дуга који цедент на овај начин жели да угаси, цесионар је дужан вратити цеденту све што је наплатио преко износа вриједности свог потраживања које има према цеденту (уступиоцу) (*члан 444. став 3. ЗОО*).

б) Цесија ради наплаћивања

Када цедент пренесе цесионару неко своје потраживање само ради наплаћивања његова обавеза се закључивањем цесионог уговора не гаси. Она се гаси или смањује само ако цесионар (његов повјерилац) успије пренесено право да реализује (наплати) (члан 444. став 2. ЗОО).

в) Цесија ради обезбјеђења

Ако је тражбина са уступиоца пренијета на примаоца ради обезбјеђења примаочевог потраживања према уступиоцу о њеној реализацији прималац се стара са пажњом доброг домаћина или доброг привредника. Након реализовања наплате прималац задржава износ потребан за намирење свог потраживања према уступиоцу, а вишак вриједности је дужан предати уступиоцу (члан 445. ЗОО)

Однос цесионара и цесуса

Закључењем цесионог уговора цесионар постаје нови повјерилац на којег прелази главно потраживање и сва споредна права (право првенствене наплате, хипотеке, залога - ако залогодавац на то пристане), права у односу на јемца, право на камате (јер је *praesumptio legis* да су доспјеле а неисплаћене камате уступљене са главном тражином), права из уговорне казне и др.

Цесусов се положај не мијења у облигацији. Објективне приговоре који се тичу самог уступљеног потраживања цесус задржава, тј. има их право истаћи и према цесионару. Цесус има право истаћи и све субјективне приговоре које има према цесионару с обзиром на његову личност. Ако је у питању двострана обавеза цесус има право ставити цесионару и приговор истовремености испуњења, односно приговор неиспуњења.

Облигација се гаси реализацијом тражбине, тј. њеним испуњењем од стране цесуса цесионару.

в) Промјена дужника у облигацији

в/1 Преузимање дуга (приватна интерцесија)

У основи промјене дужника у облигацији је уговор (сагласност изјава воља-споразум) којим се уговара преношење обавезе која је подобна за пренос с једног лица (дужника) на другог дужника. Битан циљ оваквог уговора је да интерцедент (нови дужник) има намјеру *in causa contrahendi* да старог дужника ослободи обавезе и да ступи на његово мјесто у облигацији. Ради се, по класичној правној терминологији, о сингуларној сукцесији у туђи дуг. Повјериоцу није свеједно ко му је нови дужник, стога се уговорна интерцесија не може пуноважно остварити док повјерилац не да свој пристанак на преузимање дуга. Обавеза уговарача из интерцесионог уговора је да обавијесте повјериоца о закљученом уговору и да од њега траже пристанак на извршену промјену личности дужника (члан 446. став 2. ЗОО). Повјерилац свој пристанак може дати

у било којој форми па и конклюдентном радњом (на. пр. тако да прими испуњење од интерцедента) (члан 446. став 3. ЗОО). Док повјерилац не да свој пристанак, или га уопште не да, уговор о преузимању дуга квалификујемо као уговор о преузимању испуњења дуга (члан 453) који је слабије правне снаге или дејства од интерцесионог уговора. Ако се тражени пристанак од повјериоца не би добио дошло би до такорећи законске "дисимулације" уговора о преузимању дуга. Законски изузетак да ћутање значи пристанак повјериоца срећемо у једном посебном случају или ситуацији. То је у ситуацији када се пристанак за преузимање дуга не може добити од хипотекарног повјериоца и то у року од три мјесеца по његовом примитку писменог позива да се изјасни, тј. да изјави свој пристанак на пренос непокретности која је оптерећена хипотеком. Ако хипотекарни повјерилац својом изричитом изјавом не одбије тражени пристанак у року од три мјесеца од пријема захтјева, законска је фикција да је он свој пристанак дао (члан 447. ЗОО).

### в/2. Дејство преузимања дуга

Основно дејство уговора о преузимању дуга састоји се у ослобађању дужника обавезе према повјериоцу. Дужник (стари) "излази" из постојеће облигације, јер на његово мјесто "ступа" интерцедент ("нови" дужник) (члан 448. став 1. ЗОО).

Облигација остаје иста, јер између преузимаоца и повјериоца постоји иста обавеза која је постојала између "старог" или првобитног дужника и повјериоца (члан 448. став 3. ЗОО). Тзв. "законска дисимулација" појављује се и у случају интерцедентове (преузимаоачеве) обавезе, тј. његове презадужености у вријеме давања пристанка од стране повјериоца на напријед описани начин (било изричито или прећутно), ако је повјерилац био савјестан, тј. за преузимаоачеву презадуженост нити је знао нити је могао знати. И у овој правној ситуацији неће настати уговор о преузимању дуга, него ће се такав споразум квалификовати као уговор о приступању дугу (члан 448. став 2. ЗОО). Уз главни дуг на преузимаоца прелазе и споредне обавезе. Јемство и залога, мада су споредне обавезе, зависе од воље јемца, односно залогодавца, који не морају бити сагласни да обезбјеђују новог дужника (члан 449. став 1. ЗОО). Њихов однос са старим дужником имао је елементе односа *intuitu persone* који преовлађују и код приватне интерцесије. Нови дужник неће одговарати за ненаплаћене камате које су доспјеле до његовог интерцедирања у постојећи дуг (члан 449. став 1. ЗОО). Преузималац дуга има право истаћи тзв. објективне приговоре који се тичу саме облигације, а све субјективне приговоре које може истаћи преузималац дуга према повјериоцу с обзиром на њихове међусобне односе (члан 450. став 1. ЗОО). Интерцедент не може повјериоцу истаћи приговоре из правног односа који он има према првобитном дужнику, а из којег је настала кауза за преузимање дуга (члан 450. став 2. ЗОО).

### в/3. Приступање дугу

Приступање дугу је гранични институт близак преузимању дуга који настаје уговором између повјериоца и трећег лица којим се оно обавезује да ће ступити у облигациони однос на дужничкој страни (поред дужника, а не умјесто

дужника). Правни положај приступиоца дугу је исти као и правни положај затеченог дужника. Зависно од правног основа приступања дугу може се радити о солидарном или супсидијарном положају приступиоца дугу (*члан 451. ЗОО*). Повјерилац има иста права према приступиоцу, као и према дужнику. У случају примања (преузимања) неке имовинске цјелине на основу уговора (нпр.: уговором о продаји занатске радње) стицалац ступа на мјесто дотадашњег дужника у облигационе односе и одговара солидарно за дугове имовинске цјелине коју је преузео до висине њене активе - случај законске солидарности (*члан 452. ЗОО*).

#### в/4. Преузимање испуњења

Уговором између дужника и трећег лица, треће лице се обавезује према дужнику да ће испунити његову обавезу према његовом повјериоцу. То је однос *inter debitores* и повјерилац из њиховог споразума не стиче никаква права обраћања према трећем са својим облигационо-правним захтјевом. Треће лице ће бити једино одговорно дужнику, на основу њиховог споразума, тј. њиховог правног односа, у ситуацији да не испуни преузету обавезу, па повјерилац, због тога позове дужника на испуњење постојеће дужникове обавезе коју није угасио преузималац испуњења.

## 10) УПУЋИВАЊЕ (АСИГНАЦИЈА)

### Појам

Изјавом воље упутилац (асигнант) упућује, тј. овлашћује упућеника (асигната) да за његов рачун изврши одређену радњу трећем лицу (асигнатару), а асигнатара овлашћује да извршење радње прими у своје име. Асигнант није повјерилац, док је асигнат потенцијални дужник. Асигнацијом се не ствара облигациони однос самим изјављивањем упута, јер је облигационо-правно дејство асигнације одложено и зависно од престанка асигната и прихватања асигнатара. Асигнација је отуда специфичан облигационо-правни однос. Значај јој је у томе што се њоме постиже "економичност" облигационих односа између три лица која учествују у асигнацији и због чега се избјегава двоструко исплаћивање обавеза. Основ асигнацији се налази у правним пословима којима су сва три лица у облигационим односима међусобно повезана и међузависна.

### Дејство

1) Односом покрића називамо однос између упутиоца и упућеника, тј. асигнанта и асигната. Изјава асигнанта да асигнат нешто изврши асигнатару могућа је под условом да асигнат прихвати упут (*члан 1030. став 1. ЗОО*). Асигнат није дужан прихватити упут изузев ако није дужник асигната, или му је обећао да ће упут прихватити (*члан 1030. став 2. ЗОО*). Под покрићем се подразумева постојање средстава асигнанта код асигната (као што је, нпр. асигнатаров дуг асигнанту). Упут је опозива изјава воље и опозив је могућ све док се упут не изврши или док се не да изјава асигната да ће извршити упут (*члан 1031. став 1. ЗОО*).

2) Валутни однос је однос који се успоставља између примаоца упута и упутиоца, тј. асигнатара и асигнанта. Асигнатар се најчешће овлашћује да прими исплату своте новца те се због тога и овај однос назива валутним односом. Асигнатар је овлашћено лице из асигнације и најчешће повјерилац асигнанта. Он није дужан прихватити асигнацију, али је обавезан да врши благовремено обавјештавање асигнанта у случају неприхватања асигнације како би избјегао одговорност за штету услед своје несавјесности (*члан 1025. став 1. ЗОО*). Уколико пристане на асигнацију дужан је позвати асигната да изврши упут (*члан 1025. став 2. ЗОО*). Тек извршењем радње од стране асигната гаси се обавеза, тј. дуг асигнанта који има према асигнатару (*члан 1026. ЗОО*). Дужност обавјештавања асигнанта о понашању асигната у извршавању упута лежи на асигнатару. Он је у обавези да извјештава асигнанта (дужника) о одбијању упута или испуњења или о манифестовању воље асигната којом одбија да изврши упут. Уколико се не стара о извршавању упута и не обавјештава асигнанта сносиће штетне посљедице таквог свог немарног односа у асигнацији. Поред евентуалне одговорности за штету према члану 1027. ЗОО, асигнатар има овлашћење да одустане од прихваћеног упута уз обавезу обавјештавања (*члан 1028. ЗОО*). Асигнант може опозвати издати упут (овлашћење да асигнатар прими исплату од асигната) изузев ако је овлашћење дато у интересу асигнатара (*члан 1029. ЗОО*).

3) Аистрактни однос називамо однос који се успоставља између примаоца и упућеника, тј. асигнатара и асигната. Из асигнације, тј. изјављивања упута који садржи двоструко овлашћење - упућенику да изврши упут и примаоцу да прими упут, не ствара се никакав правни однос нити се између ових лица формирају права и обавезе. Овај однос је фикција, јер он реално не егзистира. Отуда овај однос се и назива апстрактним. Тек када асигнат изјави да прихвата упут асигнатар стиче право захтјевати од асигната испуњење радње на коју је упућен (*члан 1021. став 1. ЗОО*). Тек тада се ствара један неопозиви облигационо-правни однос (*члан 1021. став 2. ЗОО*). Овај облигационо-правни однос је апстрактан и због своје независности (самосталности) према односима између асигнанта и асигната и односа између асигнатара и асигнанта (*члан 1022. став 1. ЗОО*). Асигнат има овлашћење да истакне асигнатару све објективне и субјективне приговоре које он лично има према асигнатару (*члан 1022. став 2. ЗОО*). Асигнатар може преносити упут (асигнацију), јер се ради о субјективном имовинском праву које је, као такво, подобно за промет (*1023. ЗОО*). Као свако облигационо право и право асигнатара је застариво и мора се користити у року од годину дана. Рок почиње тећи од одређеног датума или од прихватања асигнације или од предаје (*члан 1024. ЗОО*).

## **11) ПРЕСТАНАК ОБЛИГАЦИЈЕ**

### **11/1 Уопште**

Облигациони односи, који, у принципу, нису трајни правни односи, гасе се постизањем жељеног правног дејства, али и објективно постављеног циља облигације. Принципијелно испуњење облигације сматра се као њен и правни и економски циљ. Значи да се њеним испуњењем постиже њен циљ. Међутим,

уколико се од настанка облигације до ороченог момента када треба започети њено испуњење појаве извјесне запреке које су вољног карактера или су изван моћи и воље субјеката може доћи и до престанка облигације "без испуњења". Понекад саме странке, руковођене својим интересима и околностима односа одступе од тзв. "реалног испуњења" и замјене га неким сурогатом испуњења као што је у случају манифестовања воље за потпуном компензацијом, опростом дуга, новацијом. С друге стране, извјесни догађаји дјелују као правне чињенице које доводе до гашења облигације без испуњења као што је: сједињење, немогућност испуњења, протек времена или смрт субјекта облигације, с важношћу *intuitu personae*.

Поједини аутори ове начине престанка облигације разврставају у двије групе, према критеријуму учешћа воље у гашењу облигационог односа (Милошевић, 239: "Вољни и невољни начини Гашења облигације"), док други истичу да облигације престају или испуњењем или без испуњења (Лоза).

## 11/2 Престанак облигације испуњењем

### Испуњење (исплата) Појам

Испуњење је основни вид престанка облигационог односа извршењем дуговане радње из облигације од стране дужника или трећег овлашћеног лица.

Испуњење је одлучујућа фаза егзистенције облигације. Када облигација буде спремна за испуњење мора се ријешити цијели низ питања, као што су: ко су субјекти испуњења, шта је предмет испуњења, када треба започети са радњом испуњења, на ком мјесту радњу испуњења ваља започети и завршити, те на који начин предмет испуњења треба реализовати. Испуњење се, због свог пресудног значаја за облигацију, тј. њено дејство, у неким правним системима уређује као двострани правни посао (посебан однос у облигацији) који због свог значаја добија самосталност од цјелине облигационог односа и покреће свој механизам дјеловања (Ђуровић-Драгашевић, 50). Ипак, претеже схватање да је испуњење један фактички акт који није самосталан, већ инкорпорисан у цјелину облигационог односа. Међутим, како од настанка до престанка облигационог односа испуњењем протекне извјестан период времена сви елементи испуњења добијају законска диспозитивна правила која требају да разријеше неријешена питања која сами субјекти, кроз садржај облигационог односа, нису ријешили или су, због природе облигације, нека питања остала отворена, тј. недефинисана. Испуњење је радња којом се постиже престанак облигације извршавањем управо онога или оног предмета, односно радње, које је у облигацији и прописано. У привредном праву користи се израз испорука, јер се испуњење најчешће појављује кроз испоруку робе. У свом правном и техничком значењу испорука је сложен однос зависан од предмета који често захтјева познавање струке и технологије робе што усложњава и правне односе који из такве ситуације произилазе. Поједини аутори као синоним за испуњење користе израз исплата. То потиче отуда што се реализација облигационог односа најчешће и постиже исплатом суме новца, али нарочито због тога што се принудно испуњење може увијек постићи алтернативном исплатом еквивалентног износа новца,

сразмјерног вриједности предмета облигације. У уговорном праву, посебно код уговора о отуђењу, односно стицању ствари и права, под радњом испуњења подразумева се предаја.

### Субјекти испуњења

а) Дужник је субјект облигације који, по правилу, испуњава у облигацији обећану радњу (*члан 296. став 1. ЗОО*). Међутим, испуњење ће произвести своје правно дејство које се састоји у престанку облигације, и ако га предузме, изузетно, неко треће лице које за тим има правни интерес (*члан 296. став 2. ЗОО*), или се дужник саглашава (пристаје) да трећи предузме акт испуњења облигације умјесто дужника (*члан 296. став 3. ЗОО*). То је могуће јер је, у већини случајева, облигациона радња и радња испуњења имовинског карактера, а изузетно, ако је личног карактера трећи је не може предузети, јер по природи ствари нити за њу има правни интерес нити му дужник може дати свој пристанак да би повјериочев интерес од испуњења био задовољен, већ је дужник обавезан да је лично испуни. Повјерилац је, са своје стране, властан да прими испуњење од трећег лица, ако се дужник таквом испуњењу од трећег и противи, јер он врши своје право (*члан 296. став 4. и 5. ЗОО*). Пословно неспособни дужник може ваљано испунити облигацију, ако је његова обавеза пуноважна и доспјела (*члан 297. став 1. ЗОО*), што подржава став да је испуњење реални акт, али не може угасити натуралну облигацију, тј. неутуживу када је облигација застарјела или потиче из игре или опкладе (*члан 297. став 2. ЗОО*). Како је у духу облигационог права да се преузете обавезе испуњавају, дужник може изгубити пословну способност у међувремену, тј. од настанка облигације до њеног испуњења или је пословно неспособни дужник обавезан по правилима која вриједе за накнаду проузроковане штете код деликтне одговорности. Међутим, закон не дозвољава да се овај изузетак широко, односно прешироко примјењује, тако да штити пословно неспособног дужника од испуњења неутуживих облигација, јер по правилима грађанског права исплата по неутуживој облигацији која је настала као природна облигација је пуноважна и дужник нема право захтјевати поврат по правилима о исплати недугованог.

б) Испуњење са суброгацијом је квалификовани случај испуњења облигације од стране трећег лица. Ово испуњење имамо када треће лице испуни облигацију и уговори са повјериоцем да испуњено потраживање пређе на њега. Суброгација се постиже или уговором између повјериоца и исплатиоца (*члан 288. став 1. ЗОО*), као и на основу уговора између дужника и исплатиоца (*члан 299. став 2. ЗОО*). Поред уговорне постоји и законска суброгација у случају да исплатилац има законом утврђен правни интерес да изврши исплату. Тада, "по сили закона", на њега прелази повјериочево потраживање према дужнику (*члан 300. ЗОО*). Код суброгације имамо комбинована правила цесије и интерцесије. Код суброгације прво се одиграва привативна интерцесија или преузимање испуњења на шта се надовезује цесија. Повјерилац је обавезан, према суброгацији, да исплатиоцу преда доказе и средства обезбјеђења (*члан 302. ЗОО*), али повјерилац не гарантује испуниоцу ни веритет ни бонитет, односно ликвидност тражбине (*члан 304. ЗОО*).

в) Повјерилац је, у правилу, овлашћен да прими испуњење у своје име и за свој рачун. Треће лице може да прими испуњење само по основу повјериочевог овлашћења. Треће лице може да посједује законско или судско овлашћење да прими испуњење облигације од стране дужника (*члан 305. став 1. ЗОО*). И без повјериочевог овлашћења испуњење ће произвести правно дејство и угасити облигацију и ако је извршено трећем лицу, ако га повјерилац прихвати и тако ратификује (*члан 305. став 2. ЗОО*)

И пословно неспособном повјериоцу може се испунити обавеза из облигације тако да се дужник ослободи своје обавезе и "изађе" из облигације, ако је испуњење корисно за повјериоца; ако се предмет испуњења већ налази у његовом притежању или ако пословно неспособни повјерилац одобри (ратификује) испуњење након што стекне пословну способност.

### Предмет и начин испуњења

Предмет испуњења је она облигациона радња која је утврђена *in obligatione* - на њој се испуњење конкретизује и она је предмет и испуњења као што је била предмет обавезе, односно повјериочевог овлашћења и захтјева. Уколико се субјекти испуњења прије започињања испуњења споразуме, повјерилац на основу тог споразума или поступајући у складу са таквим споразумом, може примити и нешто друго умјесто дуговане радње (*datio in solutum*). Обавеза се испуњава у потпуности онако како гласи, како је прописано у облигацији. Повјерилац није дужан примити дјелимично испуњење, осим ако то не налаже природа обавезе и ако се не ради о новчаној обавези код које се не може одбити дјелимично испуњење по природи ствари (*члан 310. ЗОО*).

Предмет испуњења генеричких облигација су генеричке ствари "средњег квалитета" или ствари "одговарајућег квалитета", ако је дужнику позната посебна намјена ствари за коју их набавља повјерилац (*члан 311. ЗОО*). Наравно ово диспозитивно правило уредиће однос између субјеката испуњења у случају да они сами нису приликом заснивања облигационог односа или најкасније до доспјелости обавезе утврдили одговарајући квалитет испуњења.

Давање на име дуговања (*datio in solutum*) је начин испуњења који се огледа у томе да повјерилац умјесто стипулисане обавезе пристане да од дужника прими другу радњу и тако задовољи свој интерес испуњења и да се облигација угаси. У овом модалитету испуњења дужник одговара као продавац за материјалне и правне недостатке ствари дате умјесто дуговане радње (*члан 308. ЗОО*).

Давање ради испуњења (лат. *Datio pro solvendi*) је споразум страна из облигационог односа, који од раније егзистира, према којем дужник предаје повјериоцу неку ствар или му уступа неко право да га прода и из добијене цијене наплати своје потраживање. Давањем ради испуњења дуг не престаје постизањем споразума повјериоца и дужника, па чак ни самом продајом уколико она није постигла висину продајне цијене у висини дуга. Уколико је продајом датог постигнут већи износ од висине вриједности дуга, повјериочева тражбина се гаси, али остаје у обавези да вишак постигнуте цијене врати дужнику. Уколико је остварена цијена по вриједности мања од вриједности дуга, потраживање се гаси само до износа постигнуте цијене. Ако се продаја не може реализовати ствар или

право дато ради продаје враћају се дужнику и повјериочева тражбина остаје ненамирена. Дужничко повјерилачки однос из *datio pro solvendo* разријешавају се према одредбама чл. 554.-556. којае уређују продајни налог.

До предмета испуњења помоћу законских диспозитивних правила долазимо и у случају примјене правила "предаје ради продаје". И то је специфичан начин испуњења, када се као предмет испуњења појављује добијени новчани износ цијене од продате дужникове ствари (*члан 309. ЗОО - datio pro solvendo*).

Као посебан начин испуњења дозвољено је и полагање и продаја дуговане ствари. Дужник али и трећа лица могу депоновати предмет испуњења код надлежног суда у одређеним случајевима и на такав начин се ослободити своје обавезе (*члан 331. ЗОО*). Трошкове полагања сноси дужник до износа трошкова испуњења, а преко тога износа трошкове депоновања сноси повјерилац. Депоновати се могу само ствари које су погодне за чување. Претпоставке које су елементи случаја или ситуације када се дозвољава депоновање код суда су: - да се повјерилац налази у доцњи (*mora creditoris*); - ако је повјерилац непознат или је неизвјесно ко је повјерилац; - ако је мјесто боравка повјериоца непознато; - ако је повјерилац пословно неспособан, а нема законског заступника (*члан 327. став 1. ЗОО*).

Ако је ствар неподесна за чување или су трошкови чувања несразмјени према вриједности предмета испуњења као начин испуњења дозвољава се њена принудна јавна продаја (*члан 333. ЗОО*). На исти начин ствар се може продати ради подмирења трошкова чувања (*члан 335. ЗОО*).

### Вријеме испуњења

Вријеме испуњења је рок испуњења који уговарају повјерилац и дужник. Доспјелост тражбине означава правну ситуацију у којој је повјерилац овлашћеник захтјева по којем дужник мора без одлагања да изврши обавезану радњу њеним извршењем.

Вријеме испуњења подудара се са временом доспјелости обавезе дужника из облигације. Рок (термин) доспјелости одређују сами субјекти облигације као и све остале претпоставке испуњења. Поред воље самих субјеката испуњења вријеме доспјелости могу да фиксирају правно релевантне околности облигационог односа као што су: сврха посла или пророда обавезе. Рок испуњења може бити препуштен на вољу једној од страна облигационог односа. Уколико страна којој је остављено на вољу одређивање рока испуњења не врши своју вољу, друга страна може од суда захтјевати да одреди примјерен рок за испуњење обавезе испуњења (*члан 317. ЗОО*). Ако то није одређено повјерилац може захтјевати испуњење одмах (промптно), а дужник може захтјевати да повјерилац прими промптно испуњење (*члан 314. ЗОО*).

Ако је рок испуњења уговорен у интересу дужника он је овлашћен да се ослободи своје обавезе и прије наступања рока испуњења (*члан 315. став 1. ЗОО*).

Ако је рок уговорен или утврђен у искључивом интересу повјериоца и ако му дужник не даје тражено обезбјеђење испуњења или не допуни тражено,

односно дато обезбјеђење ради потпуне заштите повјериочевог потраживања, повјерилац стиче овлашћење да захтјева испуњење прије рока који је утврђен.

За вријеме испуњења новчаних обавеза важе посебна правила примјерена овој важној врсти генеричких радњи испуњења. Ако се плаћање врши преко банке или друге финансијске организације овлашћене за вршење оваквих трансакција, испуњење је пуноважно и производи правно дејство када дознака или вирман стигну у повјериочеву банку, изузев ако није шта друго вољом субјеката испуњења претходно договорено (*члан 318. став 1. ЗОО*).

Када се плаћање новчане обавезе врши преко поште, дуг ће се сматрати измиреним када повјерилац прими новчану дознаку, изузев ако су субјекти испуњења одредили да ће се дуг сматрати измиреним већ када дужник уплати пошти дужни износ обавезе (*члан 318. став 2. ЗОО*). Плаћање чековном уплатницом је извршено када дужник изврши уплату у корист повјериочевог рачуна (*члан 318. став 3. ЗОО*).

### Мјесто испуњења

Мјесто испуњења је просторна локација на којој је дужник обавезан предузети радњу испуњења, а повјерилац примити испуњење.

Мјесто испуњења може бити одређено правно пословном вољом субјеката облигације, односно субјеката испуњења или законском нормом (*члан 319. став 1. ЗОО*). Поред правно релевантне воље од пресудног утицаја на утврђивање мјеста испуњења облигације су и правно релевантне околности посла (сврха посла или природа обавезе и сл.) (*члан 319. став 2. ЗОО*). Уколико се ни према правно релевантним околностима не може утврдити мјесто испуњења, могуће је, ради рјешења тога питања, позвати се на диспозитивна законска правила. Мјесто испуњења за неновчане предмете испуњења је, према диспозитивној законској норми, оно мјесто у којем је дужник у вријеме настанка обавезе имао пребивалиште или сједиште, односно, у недостатку овога, боравиште (*члан 319. став 2. ЗОО*). Ако је дужник лице са више сједишта неновчана обавеза се испуњава према диспозитивној законској норми, у мјесту у којем се налази пословна јединица тога лица која је у функционалној вези са предметом испуњења.

Новчане облигације испуњавају се у мјесту гдје повјерилац има своје пребивалиште, односно сједиште или боравиште. Плаћање вирманом врши се у мјесту сједишта организације која води повјериочева новчана средства.

### Урачунавање (импутација) испуњења

Урачунавање испуњења представља законско диспозитивно правило о редосљеду дјелимичних испуњења обавезе од стране дужника у ситуацији када су појединачно недовољна за потпуно намирење дуга а дужник се приликом сваког појединачног плаћања не изјашњава која дуговања измирује повјериоцу, а таква испуњења су недовољна за подмирење свих дужникових обавеза према истом повјериоцу.

Проблем потребе урачунавања испуњења јавља се када дужник на име испуњења исплати одређену радњу која не може покрити или измирити све његове дугове који се састоје од више једнородних радњи а које све има према истом повјериоцу. Због тога се поставља питање која је облигација престала, тј. којој се може приписати или урачунати дато испуњење. За оцјену која је облигација престала првенствено је правно релевантан споразум или манифестована правно пословна воља субјеката испуњења. Уколико сагласне воље субјеката за рјешење овог питања нема, јер је изостала њена манифестација, правно релевантним ће се сматрати и изјава самог дужника о томе коју своју обавезу датим испуњењем или предузетом радњом жели да измири. Уколико не постоји ни дужникова изјава у том погледу обавезе се намирују према реду доспјелости, што значи да се измиреном сматра она обавеза која је прва доспјела, односно њој се приписује дато на име испуњења. Ако се догоди да су облигације једновремено доспјеле, дато испуњење ће се урачунати оној обавези која је најслабије обезбјеђена с обзиром на дата средства обезбјеђења. Ако су све облигације, тј. потраживања и по критерију обезбјеђења једнако обезбјеђене, престалим ће се сматрати оне облигације које су дужнику на највећем терету, ако се датим испуњењем могу измирити. Ако се ни према овом критеријуму не може утврдити ред урачунавања, дата исплата урачунаваће се у дуговање које је најраније настало, а ако се ни по овом, последњем, критерију за урачунавање не може урачунати испуњење, јер су обавезе истовремено настале, оно што је дато (испуњено) на име испуњења дијелиће се сразмјерно на све обавезе дужникове које он има према истом повјериоцу (*члан 312. ЗОО*).

#### Доказивање испуњења

Доказивање је поуздано утврђивање неке спорне чињенице од значаја за остварење, измјену или престанак правног односа, у овом случају чињенице испуњења облигације.

Основни доказ исплате је признаница коју је повјерилац обавезан издати на захтјев дужника који испуни уредно своју обавезу. Признаница је приватна исправа у писменој форми која садржи податке о измиреном потраживању и потпис повјериоца. Ако је признаница издата по испуњењу главне обавезе, садржи претпоставку да су измирене и њене споредне (акцесорне) обавезе. Признаница која је касније издата претпоставља се да свједочи о уредности испуњења дужникових сукцесивних давања која су раније настала, тј. обухвата сва раније доспјела сукцесивна давања или све доспјеле оброке сукцесивне облигације (*члан 321. ЗОО*).

Враћање обвезнице од стране повјериоца дужник може захтјевати када је своју обавезу уредно и у потпуности испунио и враћена обвезница садржи пресумпцију потпуног измирења обавезе. Према свом општем значењу обвезница је исправа којом се њен издавалац обавезује да ће лицу означеном у обвезници односно доносиоцу обвезнице одређеног дана исплатити износ означен на обвезници и припадајуће камате. Ако се обвезница не може вратити дужник је овлашћен захтјевати да му повјерилац изда јавно овјерену исправу у којој ће се утврдити да је његова обавеза угашена. Уколико је дужник извршио

испуњење дјелимично, може захтјевати да се оно констатује на обвезници као писменој исправи (члан 323. 300).

## Трошкови испуњења

Трошкове испуњења сноси сам дужник, јер се испуњење сматра његовом радњом из облигације (члан 298. 300). Ово диспозитивно правило може бити непримјењено ако се субјекти другачије споразуме. Повјерилац сноси трошкове које сам изазове (члан 332. 300).

### 11/3 Prestanak obligacije bez ispunjenja

Obligacije mogu prestati i bez da se ispune ili isplate. Ispunjenje smo definisali kao voljni i realni akt. Zakon o obligacionim odnosima pod -ostalim na~inima prestanka obligacija- uredjuje slijede}e institute: PREBIJANJE (KOMPENZACIJU), OTPU[TANJE DUGA, PRENOV (NOVACIJU), SJEDINJENJE (KONFUZIJU), NEMOGU]NOST ISPUNJENJA, PROTEK VREMENA i OTKAZ kao i SMRT SUBJEKTA OBLIGACIJE.

Medju ostale na~ine prestanka obligacije, kod kojih subjekti, svojim izjavama volja, gase obligaciju, ubrajaju se : prebijanje (kompensacija), otpu{tanje duga, prenov (novacija) i otkaz. Obligacije prestaju i -po sili Zakona- nastupanjem pravnih ~injenica: smrti subjekta, sjedinjenjem (konfuzijom) i nemogu}no{}u ispunjenja. Izlo`i}emo ih ovim redom kako smo ih i sistematizovali.

#### 11/3/1) Prestanak obligacije bez ispunjenja voljom subjekata obligacije

##### 11/3/1/1) Prebijanje (kompensacija)

Prebijanje ili kompensacija je medjusobno obra~unavanje uzajamnih obligacija.

Prebija se tra`bina sa tra`binom i dug sa dugom. Ovakvom operacijom koja je, svojevrsni, ra~unski ili matemati~ki, bolje re~eno ra~unovodstveno-finansijski metod, mogu}e je da dodje do potpunog ga{enja najmanje dvije ( a mo`e i vi{e) uzajamnih obligacija. Pored toga, mogu}e je da, se kao saldo ovakvog obra~una obligacija, pojavi smanjeni ili djelimi~ni dug (ostatak duga) na jednoj strani obligacionog odnosa. Takva kompensacija se naziva djelimi~nom.

Kada medju istim subjektima postoji vi{e uzajamnih obligacija, prebijanje se vr{i prema pravilima koja va`e za ura~unavanje ispunjenja. Zna~i da se po{tuje Zakonom propisani red ura~unavanja vi{e istorodnih obaveza (~lan 312 ZOO). Ako se pored glavnice duguju i sporedne obaveze (kamate i tro{kovi) tada red ura~unavanja po~inje prvo od otplate tro{kova, zatim se otpla}uju kamate (~lan 313 ZOO), a tek na kraju se ispla}uje glavnica obaveze (shodno odredbi ~lana 312 ZOO).

Da bi prebijanje moglo uspjeti, tj. proizvesti obligaciono-pravno dejstvo prestanka obligacija, obligacije koje idu u preboj moraju biti kompenzabilne. To zna~i da Zakon ne

dozvoljava svim obligacijama da prestaju prebijanjem, nego samo onima koje ispunjavaju Zakonom propisane, materijalno-pravne uslove za prebijanje.

Osnovni op{ti uslov kompenzibilnosti obligacija je njihova uzajamnost. Koje su obligacije uzajamne? Uzajamne su one obligacije kod kojih su subjekti ista lica, ali sa razli~itim, obligaciono-pravnim ulogama: jedno lice je, u jednoj obligaciji, u ulozi povjerioca, a u drugoj, kojom je vezan sa istim licem, u ulozi du`nika, i , obratno.

Ostali op{ti uslovi kompenzabilnosti obligacija su:

- da su predmeti obe obligacije generi~ke stvari (novac ili druge zamjenljive stvari istog roda i kvaliteta (tzv. jednorodne);

- da su obe obligacije dospjele, i

- da su obe prinudne (utu`ive, tj. da nisu naturalne).

Prebijanje se ne}e izvr{iti samo po sebi ili samo od sebe. Do medjuszobnog obra~unavanja uzajamnih obligacija ne}e do}i ve} samim ispunjavanjem zakonskih pretpostavki, tj. op{tih uslova za prebijanje. Dakle, prebijanje ne nastaje ve} -po sili zakona-, tj. kada se dvije uzajamne i kompenzabilne obligacije --sretnu-. Potrebno je jo{ ne{to, zapravo manifestacija volje barem jednog od subjekata uzajamne obligacije; izjava da `eli ga{enje obligacije kompenzacijom, tj. bez ispunjenja. Potrebna je, dakle, jednostrana izjava o prebijanju. Bez izjavljene volje barem jedne strane obligacionog odnosa ne}e do}i do prebijanja, makar svi materijalno-pravni uslovi bili ispunjeni. Ako jedna strana izjavi da ulazi u preboj, druga strana ne mo`e se protiviti toj izjavi ni na koji na~in osim prigovorom nepostojanja bilo kojeg od materijalno-pravnih uslova za prebijanje.

Nakon izjavljene volje za prebijanjem, koja nije osporena prigovorom ili je prigovor uspje{no odbijen, smatra}e se da je prebijanje obavljeno kada su se stekli zakonski uslovi u konkretnom odnosu. To zna~i da se momenat prestanka obligacija prebijanjem ne ra~una od izjave, nego od sticanja materijalno-pravnih, Zakonskih op{tih uslova prebijanja obligacija. Zbog svega izlo`enog , prebijanje obavljeno pod opisanim uslovima naziva se JEDNOSTRANA KOMPENZACIJA.

Prigovor odsustva uzajamnosti obligacija mo`e ista}i strana iz obligacije ako du`nik da izjavu o prebijanju ne~ega {to duguje povjeriocu sa onim {to povjerilac duguje njegovom jemcu (Jemac mo`e izvr{iti prebijanje du`nikove obaveze prema povjeriocu sa du`nikovim potra`ivanjem od povjerioca - ~lan 338 stav 2 ZOO).

Prigovor zastare mo`e sprije~iti kompenzaciju ako su uslovi za prebijanje nastali tek nakon {to je jedno od potra`ivanja zastarjelo. Prigovor ne}e biti pravno relevantan, ako potra`ivanje nije bilo zastarjelo u ~asu kada su se stekli uslovi za prebijanje.

Prigovor ustupanja (cediranja) mo`e se postaviti izmedju prijemnika (novog povjerioca, cesionara) i du`nika (cesusa). Du`nik ustupljenog potra`ivanja mo`e ista}i u preboj samo ona svoja potra`ivanja koja je do obavije{tenja (denuncijacije, notifikacije) o ustupanju mogao ista}i u preboj ustupiocu (starom povjeriocu, cedentu).

Du`nik ustupljenog potra`ivanja mo`e ista}i u preboj i potra`ivanje od ustupioca (cedenta) koje nije dospjelo u momentu obavije{tavanja. Ako je ustupljeno potra`ivanje upisano u javnoj knjizi du`nik ga mo`e ista}i u preboj ako je njegovo potra`ivanje (prema povjeriocu) upisano, pored ustupljenog potra`ivanja, u istoj javnoj knjizi ili ako je prijemnik obavije{ten, prilikom ustupanja, o postojanju tog potra`ivanja u javnoj knjizi.

### Prigovor zabrane prebijanja

Ako se prigovor zabranjenosti obligacije mo`e ista}i tada prebijanje ne mo`e uop{te ni nastati. Razlozi radi kojih se prebijanje ne mo`e izvr{iti, jer to javni poredak ne dozvoljava su:

- ako se potra`ivanje ne mo`e zaplijeniti;
- ako se potra`ivanje koncentri{e na vra}anje stvari ili vrijednosti koje su date du`niku na ~uvanje ili poslugu; ili na stvari koje je du`nik bespravno stekao ili ih bespravno zadr`ao;
- ako je potra`ivanje nastalo namjernim prouzrokovanjem {tete povjeriocu od strane du`nika;
- ako se potra`uje naknada {tete prouzrokovane o{te}enjem zdravlja;
- ako potra`ivanje poti~e od zakonske obaveze izdr`avanja (~lan 341 ZOO); i,
- ako je du`nikovo potra`ivanje dospjelo za isplatu tek po{to je tre}e lice stavilo zabranu na povjerio~evo potra`ivanje prema du`niku (~lan 342 ZOO).

Ostaje za diskusiju pitanje: da li Zakon o obligacionim odnosima dozvoljava UGOVORNU KOMPENZACIJU?

Kao {to znamo iz pregleda zakonskog teksta, ZOO je svoju reglementaciju povjerio jednostranoj kompenzaciji. Da bi ovo pitanje ispitali moramo se podsjetiti da su odredbe ZOO, koje uređuju op{te uslove prebijanja uzajamnih obligacija (~lan 336 ZOO), dispozitivne prirode. Mo`e se prihvatiti kao preliminarni zaklju~ak da na~elo slobode ugovaranja dozvoljava da se dispozitivne norme supstitui{u saglasno{ }u volja zainteresovanih subjekata. Zainteresovani subjekti, shodno tome, mogu, da svojom saglasno{ }u volja mijenjaju i zakonom propisane op{te uslove jednostranog prebijanja. Pri tom se misli na uslove: jednorodnost i dospjelost.

Po prirodi stvari, i kod ugovorne kompenzacije, osnovni op{ti uslov ne mo`e se zaobi}i voljom subjekata; obligacije koje idu u preboj moraju biti uzajamne.

Obligacije moraju biti i prinudne i kada se dopušta ugovorno kompenziranje. Ni na jednoj strani u preboj ne može ući neutuživa (naturalna) obligacija (član 331 ZOO).

Sve što je Zakonom zabranjeno, tj. kada je Zakon isključio prebijanje vala i za ugovornu kompenzaciju. Sloboda ugovaranja jeste osnovno načelo ugovornog obligacionog prava, ali je ograničena ustanovom javnog poretka u koje prevashodno spadaju imperativne zakonske norme (*ius coe gens*). Dakle, i ugovor o prebijanju obligacija, zaključen protivno imperativnim zakonskim normama bi je apsolutno ništav.

11/3/1/2) Otpuštanje duga

Otpuštanje, otpust ili oprost duga je saglasnost dužnika sa izjavom povjerioca da neće tražiti ispunjenje (isplatu) duga.

Otpust duga može biti pojedinačni i opšti otpust dugova. Opšti otpust dugova je izjava kojom povjerilac svome dužniku -- oprašta -- sve dugove koji postoje u vrijeme davanja takve izjave. I za opšti otpust svih dužnikovih dugova nužna je saglasnost, pristanak dužnika.

Pojedinačni otpust duga je izjava povjerioca da neće tražiti ispunjenje jednog svoga potraživanja, sa čime se dužnik saglasio.

Prema svojoj pravnoj prirodi otpust duga nije jednostrana izjava volje, već ugovor (koji Zakon naziva -sporazum-). U pravnoj teoriji se smatra da je otpust duga, po svojoj pravnoj prirodi, zapravo, poklon (darovanje; darovni ugovor) povjerioca dužniku, a da za otpust duga, u pitanjima koja Zakon nije uredio pod tim naslovom, važe pravila koja se odnose na ugovor o poklonu.

Pod otpustom duga ne smatra se:

- odricanje od sredstava obezbjeđenja, i
- otpuštanje duga jemcu.

Vražanje zaloga ili drugih sredstava obezbjeđenja (kapare, avansa, mjenice i sl.) nema pravno dejstvo otpusta duga, jer ne znači povjeriočevu odricanje od prava da traži ispunjenje obligacije (član 345 ZOO). Jasno je da otpuštanje jemčevog duga nema značaja za dug glavnog dužnika (što proizilazi iz akcesorne prirode jemstva. I, obratno, nesporno je da otpuštanje duga glavnom dužniku znači istovremeno otpuštanje jemčeve obaveze. Kada u jednoj obligaciji ima više jemaca, a povjerilac oprostio dug samo prema jednom, tada ostali sajemci stižu prigovor redukcije. Ovaj prigovor znači da svaki jemac kojeg povjerilac pozove da ispuni obavezu umjesto glavnog dužnika, ovome je biti obavezan samo za ispunjenje umanjenog duga; za onaj dio cjelokupnog duga koji je preostao nakon (što je povjerilac oprostio dug (koji čini samo dio zajedničkog duga) jednom sajemcu.

Na ovome mjestu nećemo ulaziti u izlaganje pitanja moratorijuma, koji znači opšte otpuštanje dugova, ima privredno-klasni karakter i javlja se kao mjera ekonomsko-socijalne politike

prema prezadu`enom, velikom broju gradjana neke zemlje.

### 11/3/1/3) Prenov ( novacija)

Novacija je stari pravni institut, jer potie od stvarala{tva rimskih pravnika.

Novacija je saglasnost volja ( sporazum, ugovor) du`nika i povjerioca o tome da neku svoju postoje}u obligaciju ugase i stvore, umjesto nje, novu.

Ova zamjena --stare- obligacije -novom- obligacijom zna~i , istovremeno, ga{enje --stare- obligacije.

Pravni pisci isti~u da se novacijom ne dira u identitet i sadr`aj obligacije. U ovome ima ta~nosti, jer subjekti ostaju isti, identi~ni, a ista ostaju i prava i obaveze. Kako onda da dolazi do ga{enja jedne i stvaranja druge, nove obligacije? Kako se to posti`e; zamjenjuje ili novira?

Novacijom se to posti`e tako {to se mijenja predmet ili pravni osnov postoje}e obligacije. Na pr. umjesto kupljenog automobila, prodavac }e, prema novacionom sporazumu, predat kupcu traktor! Obligacija je nova, jer joj je nov predmet. Ili }e nakon zaklju`enog ugovora o zakupu stana zakupodavac zakupcu, po osnovu novacionog sporazuma, prodati stan. Nov je pravni osnov: umjesto zakupa nastala je prodaja.

Pravno dejstvo novacije sastoji se u ga{enju stare obligacije. Volja da se stara obligacija ugasi, kada nastaje sporazum o formiranju nove, mora biti jasno izra`ena. Ta volja mora biti u statusu namjere (animus novandi). Ako ovako jasno izra`ene volje, namjere, nema , stara obligacija opsta}e i dalje i egzistirati paralelno sa novom.

Sva sporedna prava koja su bila vezana za glavnu obavezu izvr{enjem novacije se gase (zaloga, jemstvo i dr.).

Da bi novacija proizvela dejstvo nu`no je da je ranija obaveza bila punova`na ( da nije ni{tava) i da je egistiraju}a ( da nije prestala). Ru{ljevost ranije obaveze mo`e se konvalidirati ako je du`nik znao za ru{ljevost pa je ipak u{ao u novaciju.

Dakle, pretpostavke da bi novacija nastala su:

-da je postoje}a ( stara) obligacija, koja se novira, bila punova`na;

-da i nova obligacija punova`no nastaje, jer joj je predmet mogu} i dozvoljen kao i osnov; te da je odredjen, odnosno odrediv;

-nova obligacija mora da se razlikuje od stare bilo po pravnom osnovu bilo po predmetu (osnov je nov ili je predmet nov);

- namjera noviranja (*animus novandi*) , tj. zamjena stare obligacije njenim ga{enjem i istovremenim stvaranjem nove obligacije, mora biti jasno izra`ena.

Novacioni sporazum mora ispunjavati sve Zakonom predvidjene uslove za punova`nost, kao i svaki drugi obligacionopravni ugovor. Ukoliko bi novacioni sporazum bio poni{ten, poni{tenje bi

imalo retroaktivno dejstvo (*ex tunc*) i smatralo bi se (pravna fikcija) da stara obaveza nije bila nikad ni ugađena.

11/3/1/4) Otkaz

Obligacioni odnosi se zasnivaju (nastaju) radi toga da proizvedu obligacionopravno dejstvo ispunjenjem obligacione radnje. Njihov nastanak nosi u sebi klicu njihovog gađenja. I ekonomski i pravni cilj obligacije je njeno ispunjenje, isplata duga. Dug se može sastojati u najraznovrsnijim ~injenjima; najraznovrsnijim obligacionim radnjama. Vrijeme trajanja obligacionog odnosa, kao što je poznato, u našem je kratko! Obligacije nisu trajni građanskopravni odnosi. Vrijeme trajanja obligacije ~ini period vremena između dvije vremenske tačke: momenta nastanka odnosa i momenta prestanka odnosa. Pošto su obligacioni odnosi bezbrojni i raznovrsni nije moguće, nekom apstraktnom, opštom normom, utvrditi vrijeme trajanja svih mogućih obligacija. Ako bi se, s druge strane, trajanje obligacije prepustilo zaboravu, obligacioni odnosi bi se transformisali u neke druge građanskopravne odnose; na pr. svojinskopravne, a svojina ne zastarijeva!

Subjekti obligacija, lica u pravu, u najvećem broju slučajeva, formiraju većinu obligacija. Najveći broj obligacija nastaje iz pravnih poslova, a najveći broj iz dvostranih pravnih poslova, ugovora. Ugovarači sami određuju normativni sadržaj svoga odnosa. To obuhvata i pitanje vremena trajanja. Njihov osnovni propust, ako se to tako može nazvati, koji ne utiče na nastanak obligacije, jeste propuštanje da se odredi moment prestanka obligacije. Zakon je vodio računa o ovom fenomenu. Zbog toga je i propisao da : ... -ako vrijeme trajanja dugovinskog odnosa nije određeno, svaka strana može ga prekinuti otkazom- (stav (1) člana 358 ZOO).

Da bi otkaz, kao način prestanka trajnog dugovinskog odnosa, kojem subjekti nisu odredili rok trajanja, proizveo pravno dejstvo našina gađenja obligacija, otkaz mora biti dostavljen drugoj strani. Dostavljanje je posebna, najvećee, procesno-pravna radnja o kojoj se više uči u pravnim postupcima. Mi smo ovdje na terenu materijalnog, a ne procesnog prava. Otkaz trajnog obligacionog odnosa je materijalnopravna radnja, a ne procesnopravna radnja. Prema našem mišljenju, da bi otkaz, u materijalnopravnom smislu, bio pravno relevantan, svaka radnja, koja svjedoči o tome da je druga strana bila obaviještena o otkazu, je pravno relevantna. Ako se čeli da ona bude relevantna i u procesnopravnom smislu, treba se obavijestiti o procesnopravnim pravilima. Jednostavno, otkaz mora biti dostavljen drugoj strani obligacionog odnosa. Otkaz, kao izjava volje, može se izjaviti u svako doba. Znači da jedna strana trajnog dugovinskog odnosa ima pravo da samim svojim izjavljivanjem otkaza prekine obligacioni odnos. Drugim riječima, otkazu ne mora da prethodi opomena, ako tako nije ugovoreno ili zakonom propisano. Ovakav slučaj otkazivanja naziva se :otkaz bez otkaznog roka.

Međutim, obligacioni odnosi mogu biti od početka snabdijevani

poznatim otkaznim rokom. Otkazni rok mo`e biti ugovoren ili zakonom odredjen.

ZOO govori o --otkaznom dugovinskom odnosu--. Pod ovim pravnim standardom podrazumijevaju se obligacije ~iji je rok prestanka utvrdjen ugovorom. Tako se formira obligacija kod koje je ugovorom, zakonom ili obi~ajima utvrdjen otkaz sa otkaznim rokom.

Otkazni dugovinski odnos je onaj koji je, po svojoj prirodi, predodredjen da prestaje otkazom i da se otkaz izjavljuje uz ostavljanje, drugoj strani, otkaznog roka.

Otkazni rok je period vremena od izjavljivanja otkaza pa do prestanka trajnog obligacionog odnosa. Stranke mogu da odrede otkaz sa otkaznim rokom; to mo`e utvrditi zakon, a to se mo`e znati i prema obi~aju ili prirodi stvari. To se naziva primjeren rok i predstavlja pravni standard koji se popunjava onoliko potrebnim vremenom koje je, prema svim okolnostima konkretnog odnosa, potrebno dati strani kojoj se upu}uje otkaz.

#### 11/3/2) Prestanak obligacije bez ispunjenja nastupanjem zakonom utvrdjenih pravnih ~injenica

Kao {to smo, po~inju}i ovo izlaganje, istakli, u na~ine prestanka obligacije, samim nastupanjem odredjenih pravnih ~injenica, spadaju: - smrt subjekta, - sjedinjenje-(-konfuzija-) i -- nemogu}nost ispunjenja-.

11/3/2/1) Smrt subjekta obligacije je prirodni na~in prestanka samo onih obligacija kod kojih je du`nik fizi~ko lice. Obligacije, u ve}ini slu~ajeva, nisu ~isto li~ne. Obligacije jesu li~ni odnosi , jer -uvla~e- u sebe samo odredjena lica i proizvode pravno dejstvo samo medju njima; u smislu da su relativni, relacioni odnosi i da su subjekti tih odnosa medjusobno poznati. Tre}ih lica se obligacioni odnos ne ti~e, -niti im {kodi niti koristi-.Kao {to je poznato, obligacije su, najprete`nije, imovinski odnosi.Moglo bi se, mo`da, najpreciznije re~i, imovinsko-li~ni odnosi. Obligaciona prava su prenosiva i otudjiva (cesijom) isto kao i dugovi (intercesijom). Obligaciona prava su nasljediva. Ali, postoje obligacioni odnosi koji su, prema svojoj prirodi, najprete`nije li~nog karaktera. Takva situacija postoji kada ni jedno drugo lice osim du`nika ne mo`e da izvr{i dug iz odredjene obligacije. Ako bi se dogodilo da du`nik obligacionog odnosa prestane postojati, tada bi obligacija, koja je zasnovana s obzirom na njegovu li~na svojstva, osobine ili sposobnosti, prestala postojati, po sili zakona.

#### 11/3/2/2) Sjedinjenje (konfuzija)

Obligacija je odnos između dva lica. Ako nemamo dva različita lica, u ulogama povjerioca ili dužnika, tada nemamo ni obligacionog odnosa. Takva pojava se dešava u slučaju nasljeđivanja ili univerzalne sukcesije; kada dužnik nasljeđi povjerioca ili obratno, gase se dugovanja ili potraživanja koja su do tada postojala.

I pravna lica mogu da se ujedine u jedno novo pravno lice raznim privredno-pravnim, statusnim promjenama, fuzijama preduzeća. Tada, između novog privrednopravnog subjekta i starog, koji se --utapa-- u novi statusni oblik pravnog lica, međusobni obligacioni odnosi prestaju.

### 11/3/2/3) Nemogućnost ispunjenja

Specijalne (individualne) obligacije prestaju kada njihovo ispunjenje postane nemoguće usljed okolnosti zbog kojih dužnik ne odgovara. To su poznate objektivne okolnosti koje sadrže sve elemente višestruke sile osim jednog --spoljnosti--. Ako se objektivne okolnosti ispriječe dužnikovoj namjeri ispunjenja, on neće biti dužan uredno ispuniti svoju obavezu, isplatiti dug. Samo je morati, da bi, sa svoje strane, izbjegao odgovornost zbog neizvršenja obaveze, da dokaže objektivne okolnosti koje isključuju njegovu obavezu na izvršenje obligacije. A to su, one iste objektivne okolnosti, koje, prema pravilima o odgovornosti za preuzete obaveze (tzv. ugovorna odgovornost), isključuju dužniku odgovornost. Dužnik se oslobadja odgovornosti (za ispunjenje obligacije, kao i za četvrtu) ako dokaže da nije mogao da ispuni svoju obavezu zbog okolnosti nastalih poslije formiranja obligacionog odnosa, koje nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći (član 263 ZOO). Riječ je o dobro poznatoj naknadnoj objektivnoj nemogućnosti ispunjenja specijalnih ili individualnih obligacija. Generičke obligacije ne mogu prestati nastupanjem objektivnih okolnosti. I kada sve što dužnik ima od generičkih stvari propadne, dužnik se ne oslobadja svoje obaveze. On snosi rizik slučajne propasti tih stvari. Izuzetno je moguće da se dužnik generičke obligacije oslobodi obaveze njenog ispunjenja, ako propadne cijela masa njegovih stvari određenih po rodu, samo ako je predmet generičke obligacije odvojen po masi.

## 12) ЗАСТАРЈЕЛОСТ

### Појам и дејство

Застарјелост представља губитак повјерилачког овлашћења да ужива право на судску заштиту своје тражбине, јер своје овлашћење, да захтијева принудно испуњење свога потраживања у законски одређеном року није користио. На застарјелост потраживања суд не пази по службеној дужности, тако

да дужник који жели да се одбрани од позива повјериоца да испуни застарјело потраживање, мора истаћи приговор застарјелости. Тек на основан приговор суд ће реаговати тако што ће донијети одлуку којом ће тужбени захтјев повјериоца одбити, пошто ће претходно утврдити да није материјалноправно основан, јер су чињенични наводи повјериоца о благовременом утужењу неистинити. Из тако утврђеног чињеничног стања произилази правна неоснованост повјериоцевог-тужиоцевог тражења да му се пружи тражена правна заштита, тј. суд обавезе дужника, под пријетњом извршења да плати дуг.

У термилошком смислу застарјелост се јавља, с аспекта повјериоца као застарјелост потраживања или тужбе, а са аспекта дужника застарјелост се јавља као необавезност извршења преузете обавезе. Свако грађанско субјективно право посједује овлашћење и захтјев. Титулари (субјекти) субјективних грађанских права овлашћени су да своја права врше и да од других захтјевају да усагласе своје понашање према овлашћењима која они имају према њима по основу свог субјективног права. Управо такав однос према другим субјектима карактеристичан је за грађанска облигациона субјективна права. Она су по својој природи личног карактера и релативног (релационог) дејства. Пошто спадају у групу приватних права којима правни поредак препушта заштиту и реализацију приватно-правних, тј. дозвољених и заштићених интереса субјектата права, то је и вршење овлашћења из тих права препуштено на диспозицију самих субјектата. Они су овлашћени да своја права врше, али од њихове воље зависи и да ли ће их вршити и да ли их уопште неће вршити. Њих нико не може присилити да своја права врше, али ће они сами сносити штетне посљедице ако своја права не врше, односно занемаре њихово вршење. Да би се у облигационим односима одржао општи захтјев правног поретка за правном сигурношћу (извјесношћу) и да се вршење права не би својим занемаривањем претворило у злоупотребу права и шикану обавезаног дужника, те да би дужничка страна у том односу сачувала своју равноправност законом је прописано да ће оном повјериоцу који своје овлашћење да захтјева испуњење обавезе у законом одређеном року не користи престати право захтјевати испуњење обавезе, тј. доћи ће до застарјелости његове тужбе према дужнику. Формулација коју закон употребљава је преширока, јер се у случају застарјелости не ради о губитку, тј. престанку права, већ се ради о губитку захтјева, тј. тужбе у материјалном смислу те ријечи, тј. могућности да судским путем утужи своје потраживање. Тужба у формалном смислу се може поднијети, али ће суд уважити дужников приговор застарјелости ако га дужник употреби и одбити тужбу. О приговорима грађанско-правне природе суд не води рачуна по службеној дужности, те, уколико дужник не употреби приговор суд ће мериторно утврдити постојање потраживања и тако ће застарјело потраживање претворити у потраживање утврђено судском одлуком које ће моћи постати извршно. Према томе, застарјелим можемо сматрати само оно потраживање које је суд на приговор туженог прогласио застарјелим. На тужбеном дужнику уједно лежи и терет доказа истинитости навода на којима се његов приговор заснива. Отуда се и говори само о застарјелости тужбе у материјалном смислу, а не и о престанку облигације. Значи да се захтјев из субјективног права не може користити, али право не престаје, јер овлашћење и даље егзистира. Застарјелост се тако објашњава као "слабљење" субјективног облигационог права губитком захтјева због протека времена. Да овлашћење и

даље преостаје потврђује и Закон, јер уређује да ако дужник и испуни застарјелу обавезу, није овлашћен да захтјева враћање исплаћеног као да је извршио плаћање недугованог, чак и када је био у заблуди, тј. није знао да је обавеза застарјела. По својој правној природи испуњење застарјеле обавезе није давање не дугованог већ давање дугованог, али не више као правне обавезе већ као природне обавезе. Природна обавеза није утужива, не ужива правну заштиту, али није неизвршива, тј. њено извршење препуштено је добровољности, односно добрим обичајима, тј. моралности дужника. Моралан дужник је свјестан да је преузео обавезу према повјериоцу, па је морално да је кад-тад изврши без обзира што је повјерилац, а и сам дужник занемарио њено вршење, тј. захтјевање извршења. Према учењу школе природног права потраживање из једном пуноважно заснованог облигационог односа, уколико је и застарјело, није више дио позитивно- правног поретка у којем су дио и субјективна права повјериоца, већ остаје његово природно право. И натурална облигација је облигација, иако није више утужива. Као што смо већ истакли само дужников приговор на суду ствара суду претпоставке да суд мериторно одбије повјериочев захтјев. Приговор застаре се може ставити до окончања главне расправе на суду. У процесно-правној литератури се истиче да је жалилац овлаштен да тек у жалби, по први пут у току трајања парнице, истиче приговоре грађанско- правне природе (*Трива: Грађанско процесно право I, 1972.Г., стр. 589*). Правила о застарјелости су законске императивне норме. Због тога субјекти облигације не могу искључити њихову примјену, тј. не могу прогласити својим вољама тражбину незастаривом, а не могу се ни одрећи застарјелости прије него што истекне вријеме застарјелости. Установа застарјелости потраживања према владајућем мишљењу оправдава се пасивним држањем имаоца права (овлашћења) према свом праву (овлашћењу и захтјеву) и ставу друштва које претпоставља да он због свог понашања и нема интереса да оствари своје право. Застарјевање почиње тећи првог дана послје дана доспјелости (почетак застарног рока везан је за дан када је повјерилац стекао право захтјевати испуњење обавезе) и односи се на обавезе које дужник не врши иако се од њега захтјева активно понашање. А када је обавеза била на нечињење застарјелост наступа од дана када је дужник поступио противно обавези. Застарјелост наступа када истекне посљедњи дан законом одређеног времена (застарног рока). Пошто је застарни рок грађанско- правне природе то се на њега не односе одредбе процесно-правног закона о продужавању процесних рокова када задњи дан рока пада на државни празник, недјељу или други нерадни дан, као ни остале одредбе о процесним роковима, па ни о роковима који важе за повраћај у пређашње стање. Као што смо већ истакли правним послом изричито је забрањено мијењати рок застарјелости као и уговорити застој застарјелости, тј. да застарјевање не тече неко вријеме и да започне тећи од рока који уговорне стране одреде. Дужник се не може одрећи застарјелости прије него што истекне застарни рок. Након истека застарног рока писменим признањем застарјеле обавезе или давањем којег реалног средства обезбјеђења своје обавезе, дужник се може одрећи застарјелости. Истек застарног рока не утиче на намирење повјериочевог потраживања које је осигурано ручним залогом или хипотеком. Али и у овом случају застарјевају потраживања камата и других повремених давања која се не могу намирити вршењем заложног права. Застара главне тражбине доводи до застарјелости споредних потраживања (камата, нлодова, трошкова или уговорне казне). Ако је

потраживање без рока, застарни рок почиње тећи од дана настанка потраживања, јер се таква потраживања могу одмах утужити. Код периодичних давања, по правилу, застарни рок почиње тећи од дана неисплаћивања последњег obroка периодичног облигационог односа. Потраживање накнаде штете проузроковане деликтом почиње тећи у субјективном року од момента сазнања за штету и штетника или, у објективном року, ако се штетна посљедица појави накнадно, од настанка проузроковане штете.

Застој застарјевања спријечава започињање тока застарног рока из узрока утврђених законом или привремено зауставља да застарни рок настави тећи уколико је узрок застоја настао након што је застарјелост почела тећи, а вријеме које је протекло прије застоја урачунава се у застарни рок.

Застој застарјевања је мировање застарјевања. Из законом одређених разлога (иретпоставки) застарни рок за извјесно вријеме престане тећи тј. престане се урачунавати. Када отпадно законски разлози неурачунавања застарног рока, застарни рок који је мировао почиње изнова тећи и врши се сабирање са започетим и привремено умировљеним застарним роком. Разлози умиривања течења застарног рока тичу се успостављених личних односа између повјериоца и дужника док такви односи трају, као што су породично-правни односи међу њима. Затим, то могу бити лица која се нађу у таквој ситуацији да за вријеме трајања тих околности нису у стању из фактичких или моралних разлога истаћи захтјев, односно подићи тужбу на извршење обавезе (за вријеме мобилизације, непосредне ратне опасности или рата или за вријеме обављања војне службе, као и односа између "кућне помоћнице" према домаћину и члановима његове породице док такав "радни однос" траје). Застој (мировање) застарјевања користиће повјериоцу и ако докаже да није био у могућности, због несавладивих запрека, да судским путем захтијева испуњење обавезе. Застој застарјевања обавезе главног дужника нема дејства према јемцу [члан 1019. став 4. ЗОО].

Прекид застарјелости узрокује понашање повјериоца или дужника које, из разлога предвиђених законом доводи до посљедице да се истекло вријеме не рачуна у законски застарни рок, тако да послје прекида застарни рок почиње тећи изнова и рачуна се изнова.

Из других узрока и са другачијим дејством наступа прекид застарјевања. Прекид застарног рока изазивају правне чињенице предвиђене законом, а ако се застарјевање прекине, пропада рок који је до тада истекао, тј. до наступања законом одређене правне чињенице. Прекид застарног рока изазивају сљедеће правне чињенице: признање дуга, учињено непосредном или посредном изјавом (давањем отплате, плаћањем камата или давањем обезбјеђења) и подизање тужбе. "Подизање тужбе" је терминологија грађанског материјалног, а не процесног права. Поставља се питање да ли само подношење тужбе прекида застарјелост, тј. да за ово материјално-правно дејство тужбе није потребна достава тужбе туженом дужнику. И у процесном праву разликује се моменат покретања парничног поступка подношењем тужбе, а други је тзв. литиспенденција која наступа од достављања тужбе туженом дужнику. Чини нам се да треба усвојити да већ достављање (подношење) тужбе суду прекида застарјелост сходно одредбама чл. 389. и 390. ЗОО. Под подизањем тужбе рачуна

се и свака друга повјериочева процесна радња предузета против дужника, пред судом или другим надлежним органом, ради утврђивања, осигурања или остваривања потраживања. О тим процесним радњама више се говори у процесном праву, и те радње су, примјера ради: главно мијешање, истицање приговора у спору, приједлог за обезбјеђење заложног права на некретнинама, приједлог за доношење рјешења о извршењу како у извршном процесном праву тако и у управном извршном поступку и неким другим правним поступцима извршења, приједлог оштећеног за остваривање имовинско-правног захтјева у кривичном поступку, радње по Закону о мјеници и по Закону о чеку. Премда је то процесна радња, приједлог за обезбјеђење доказа нема утицаја на ток застарјелости, јер није непосредно усмјерен на утврђивање, обезбјеђење или остваривање потраживања. Изјављивање ванредних правних лијекова не утиче на ток застарјелости све док се не усвоји. Само позивање дужника на испуњење дуга не може довести до прекида застарјелости. Након што разлози прекида застарјелости отпаду, застарјелост почиње тећи изнова, од почетка, а вријеме које је до тада истекло не рачуна се. Застарјевање које је почело тећи изнова, последице прекида, навршава се кад протекне законски застарни рок за дотично потраживање. Прекид застарјевања потраживања према главном дужнику дејствује и према јемцу само ако је до прекида дошло неким поступком или радњом повјериоца пред судом против главног дужника (*члан 1019. став 3. ЗОО*). Застарни рок или рок застарјелости је законом одређено вријеме протеком којег се право, тј. тражбина из облигационог односа не може више принудним путем остварити, те се каже да се тужба угасила. Застарне рокове с обзиром на дејство као и на дужину трајања дијелимо на опште и посебне. Општи застарни рок, посљедњим измјенама ЗОО одређен је на десет година. Тако одређен застарни рок као општи био је и прије доношења ЗОО у истом трајању утврђен и у Закону о застарјелости потраживања који је материју застарјелости уређивао читавих двадесет и пет година и чији је садржај са одређеним измјенама инкорпорисан у ЗОО. Општи застарни рок је уједно и најдужи рок у ЗОО, а односи се на сва она потраживања за која Законом није утврђен никакав рок застарјелости, односно неки специјални (посебни) рок. Међутим, с обзиром на дужину трајања у ЗОО постоји и аномалија по којој се специјални рок изједначује с општим. Тај изузетак да специјални застарни рок износи десет година одређен је за сва потраживања утврђена правоснажном судском одлуком или судским поравнањем или одлуком другог надлежног органа или поравнањем склопљеним пред тим органом па и када Закон за њих предвиђа и краћи рок застарјелости у вријеме када нису утужена. Међутим, та су потраживања сада утужена, о њима је одлуком надлежног органа донијета правоснажна судска одлука (пресуда или поравнање), али та потраживања још нису наплаћена (реализована), односно принудно извршена.

Овај најдужи специјални рок од десет година не односи се на повремена потраживања која доспијевају за убудуће, па макар да су утврђена поменути одлукама. Изузетак да специјални застарни рок траје као и општи налазимо и у материји осигурања. Објективни застарни рок код уговора о осигурању живота траје десет година рачунајући од првог дана након престанка календарске године у којој се осигурани случај догодио.

Специјални застарни рок од пет година односи се на застарјевање права

из којих потичу повремена потраживања. Овај рок почиње тећи, рачуна се, од доспјелости најстаријег неиспуњеног потраживања последице којег дужник више није извршио своју обавезу. Када право из којег извире обавеза на повремена давања застари повјерилац губи право не само да захтјева будућа повремена давања већ и она која су доспјела прије тога. Потраживања осигураника или бенефицијара (ако је уговор о осигурању у корист трећег лица) из уговора о животном осигурању застарјевају за пет година. За исто вријеме застарјевају и права осигураника из осталих уговора о осигурању ако осигураник (или бенефицијар) докаже да од дана почетка застаре, тј. настанка потраживања и започињања застаре, није знао да се осигурани случај догодио. Застарјевање почиње од дана када заинтересована странка докаже када је за настанак осигураног случаја сазнала и почиње тећи првог дана након истека календарске године у којој је потраживање из основа уговора о осигурању настало. Објективни рок за иотраживање накнаде проузроковане штете износи пет година од настанка штете и примијениће се само ако оштећени у субјективном року није успио сазнати за штету и учиниоца.

Трогодишњи застарни рок примијењује се на:

- субјективни рок за тражење накнаде проузроковане штете од када је оштећени сазнао за штету и штетника;
- повремена потраживања од доспјелости сваког иојединог давања;
- потраживања која потичу из привредних (трговачких) послова;
- потраживање закупнина.

Рок застарјелости за штете настале повредом уговорне обавезе изузете су из режима овог застарног рока и подвргнуте су режиму прописаном за застарјелост обавезе чијом је повредом штета настала. Тако, нпр.: ако се ради о обавези из уговора у привреди (трговачки посао) рок застаре износи три године и тече одвојено за сваку испоруку робе, извршени рад или обављену услугу, тј. од сваког поступања противно утврђеној обавези које се састоји од неиспоруке робе, неизвршења рада или непружања услуге.

Застарјелосту обавезе главног дужника застарјева и обавеза јемца (члан 1019. став 1. ЗОО). Када је рок застарјевања обавезе главног дужника дужи од двије године, обавеза јемца застарјева по истеку двије године од доспјелости обавезе главног дужника изузев када јемац одговара солидарно са главним дужником (члан 1019. став 2. ЗОО). Једногодишњи рок застаре важи са за слиједећа потраживања:

- потраживање накнаде за извршене испоруке комуналних енергената (електро и термичка енергија, плин, вода и сл.) и за извршене комуналне услуге (одржавање чистоће, димњачарске услуге и сл.), ако су испоруке, односно услуге извршене за потребе домаћинства;
- потраживање накнаде за употребу радио и ТВ пријемника;
- потраживање ПТТ услуга које се наплаћују у тромјесечним или краћим размацима;
- потраживање претплате на повремене публикације.

Застарни рок утврђен посебним прописима вриједи за застарјевање накнаде штете проузроковане кривичним дјелом, када је за кривично гоњење предвиђен дужи рок застаре, захтјев за накнаду штете нрема одговорном лицу

застарјева у времену застарјевања кривичног гоњења.

Рокови у случајевима застоја застарјелости су:

- не може наступити застарјелост потраживања малољетника или иословно неспособног лица које нема заступника док не протекну двије године од стицања пословне способности или од постављања заступника. Уколико је за неко потраживање предвиђен краћи рок застарјелости од двије године, застарјевање потраживања чији су повјериоци (титулари) малољетници без заступника или пословно неспособна лица почиње тећи од термина када повјериоци постану пословно способни или им се постави заступник.

Поред тога не може наступити застарјелост потраживања повјериоца који се налази на одслужењу војног рока или на војној вјежби док не протекну три мјесеца од завршетка ових повјериочевих активности. Ово одлагање односи се на потраживања која су настала прије наведених околности као и на она настала прије њиховог наступања.

Застој застарјевања кривичног гоњења, у случају да је штета повјериоцу причињена кривичним дјелом, повлачи са собом застој застарјевања захтјева за накнаду штете (облигационо-правног захтјева).

### **Рокови у случају прекида застарјелости**

У случају прекидања застарјелости признањем дуга од стране дужника застарјелост почиње тећи изнова од датог признања. Уколико је извршена новација признатог дуговања, ново потраживање застарјева за вријеме предвиђено за застару новог потраживања.

У случају предузимања процесних радњи против дужника ради утврђивања, осигурања или остваривања тражбине на суду или пред другим надлежним органом застара започиње тећи изнова од завршетка (окончања) спора, или окончача стечајног поступка, или окончача поступка извршења или обезбјеђења.

Прекид застарјелости кривичног гоњења доводи и до прекида застарјелости тужбе за накнаду штете, када је штета проузрокована извршењем кривичног Дјела, а за кривично гоњење дотичног кривичног дјела које је уједно и штетна радња, прописан је дужи рок застарјелости.

### **Правна природа застарјелости потраживања (застарних рокова)**

О застарјелости и њеној примјени можемо говорити на терену субјективних имовинских права (тражбина, потраживања) која су имовинског карактера. На тзв. лична или лично-имовинска права као што је право на издржавање у случајевима утврђеним законом (законска обавеза издржавања - законска облигација) не примјењује се установа застарјелости. Ова права као и апсолутна стварна права не застарјевају. Она могу бити само ограничена временом, ограниченог трајања. Тако, нпр.: лична службеност може бити утврђена да траје до смрти титулара. Ова ирава могу престати трајати (угасити се у времену), али не могу застарјети. Застарјелошћу, као што смо већ истакли, права не престају, облигација се не гаси него се утужива облигација трансформише у неутуживу (природну) облигацију. Престанком облигације губи се тражбина, субјективно право у цјелини, значи и овлашћење и захтјев. Протек

времена код застарјелости (протек застарног рока) има за посљедицу губитак захтјева (губитак утуживости права), док код одржаја (доспјелости) проток времена доводи до стицања права. Прекид и застој и код застарјелости и код одржаја имају исту функцију.

Рокови с обзиром на поријекло и функцију, могу бити грађанско- правни материјални и процесно-правни. Грађанско-правни материјални су рокови застарјелости, а процесно-правни су преклузивни. Пропуштање грађанско-правних материјалних рокова доводи до мериторног одбијања захтјева или приговора. Ако је ријеч о грађанско-правном материјалном року као што је застарни рок на њега суд пази само по приједлогу (приговору) заинтересоване странке. На преклузивни рок суд пази по службеној дужности. Закон о облигационим односима одређује да се правила која тај Закон садржи за застарјелост не примјењују у случајевима када су законом одређени рокови у којима треба да се подигне тужба или да се изврши одређена радња под пријетњом губитка права. Код материјално- правних преклузивних рокова не ради се о вршењу субјективног грађанског права тражбине, потраживања, већ о вршењу "права" која се квалификују као "правна моћ" као што је такво "право", право прече куповине. Преклузивни као и застарни рок може бити субјективни (обично краћи) и објективни (обично дужи). Субјективни рок рачуна се од дана сазнања за правно-релевантну околност која иницира започињање тока рока. Објективни рок је везан за неку објективну околност без обзира на постојање могућности или немогућности одржања субјективног рока, тј. моћи сазнања (спознајне моћи) субјекта који има правни интерес за правно релевантне околности, најчешће правне чињенице ( нпр. сазнање за штету и штетника) након којих започиње тећи тзв. субјективни рок. Објективни рок изједначава се у свом дејству са преклузивним роком.

# Глава трећа УГОВОР

## (УОПШТЕ О УГОВОРУ КАО ИЗВОРУ ОБЛИГАЦИЈЕ)

### 1) ПОЈАМ УГОВОРА

Облигационо-правни уговор представља сагласност изјава воља двеју страна о настанку, мијењању или престанку облигационих односа (облигација). Облигационим уговором једна страна се обавезује према другој да ће испунити неку облигациону радњу која се састоји у давању, чињењу, пропуштању или трпљењу, а друга страна ово обећање прихвата као дуг.

У ширем смислу, уговор је сагласност изјаве воља којом се стварају, мијењају или укидају правни односи. Уговор схваћен у овом, ширем смислу, јавља се као правни институт у различитим гранама права. Правна теорија уговору схваћеном у најширем смислу ријечи, приписује елементарна цивилизацијска, друштвена својства. Тако неки аутори тврде да је уговор настао и прије настанка државе, као организација за заштиту института позитивног права. Они сматрају да је сагласност изјава воља двају лица могла производити узајамне обавезе и права и без постојања организованог апарата принуде или апарата монополске моћи у датом друштву. Да се не ради о чисто митолошким и правно-филозофским шпекулацијама говори и истраживање обичајног права за које се иначе претпоставља да претходи модерном, законском праву. То показују истраживања др Милутина Ђуричића, који је истражујући обичаје и вјеровања Албанаца установио да "беса" значи вјерност и поузданост, а повјерилац се поуздаје у дужника. Између њих двојице постоји чувар бесе коме се дужник завјетује да ће, по цијену живота, вратити своје дугове или испунити обећање. У случају неиспуњења обавезе повјерилац или бестар (чувар бесе) имају право да убију дужника. У албанском обичајном праву све се мјери животом. Животи се залажу за обавезе. Природно је, закључује др Ђуричић, што су се у прастара времена, кад још није било новца, за обавезе залагали животи. Но, још дубље посматрано, у основи бесе је сакрално, односно чин жртве. Због тога је беса светиња. Овај правно- етнографски инсерт упућује да прије државе, коју су марксистички теоретичари правног позитивизма сматрали као једини извор и гарант права, могу постојати и тако значајни, модерни, правни институти, као што је уговор, а да данас, у аутохтоним државама паралелно с државном принудом могу постојати и други, па чак и ефикаснији облици принуде за припаднике датог архаичног култног-обичајног круга.

Уговор је основ (извор) настанка облигације. Уговор се јавља и као правни основ облигације. Уговор има своју типичну облигационо-правну вриједност и по томе, што саме странке, аутономно, стварају правне норме којима нормирају свој конкретни однос. Странке се, с мало претјеривања казано, налазе у улози законодавца (прописивача понашања - ствараоца норме - "консензуални законодавац"), додуше само за себе и само између себе. Отуда је, у условима глорификације аутономије индивидуалне воље, и настала крилатица да је уговор закон за странке. Уговор је, по својој правној природи, правни посао и то двострани правни посао.

Уговор, у најширем значењу свог појма, али и у свакодневном и стручном жаргону означава се многим синонимима: договор, споразум, нагодба, пакт, консензус, погодба, конвенција, аранжман (*Ђуровић- Драгашевић, 80*), као и посао.

Сјајне примјере који покузују да сваки споразум није уговор облигационог права наводи професор Орлић на примјерима из Енглеског права. Тако, нпр. Уређивање породичних односа и рјешавање неспоразума и спорова међу члановима породице не износи се на суду; за тако нешто не иде се на суд, јер се такве обавезе не схватају као правне обавезе него прије као моралне обавезе за чије се извршење гарантује чашћу. Сличну природу имају и тзв. «центлменски споразуми» који могу значити сагласност воља али којом су стране изразиле намјеру да искључе примјену правне санкције на њихов однос. У енглеском праву, изричитим споразумом уговарача може бити искључена примјена права и на пословне односе, уколико се стране изричито позову и ослоне на савјесност и част.<sup>29</sup>

Уговор треба разликовати од сличних правних појава које се уговору приближавају, најчешће, због технике настанка, али се суштински разликују због правне природе односа које, на сличан начин, уређују. Тако се нпр.: закључак разликује од уговора, јер се доноси математичким просјеком сагласности свих воља у питању.

Уговору је најпримјереније начело које је изведено из аутономије воље, а то је начело слободе уговарања. Аутономију воље, као најшири израз слободе воље, на терену уговорних односа и у законодавству и у пракси операционализујемо кроз садржину начела слободе уговарања. Говорећи о основним начелима ЗОО ми смо изложили и начело аутономије воље. Иако је раније то начело било означено као "слобода уређивања облигационих односа", а теоријски схваћено као "слобода уговарања", ми сматрамо да се и даље има смисла говорити о "слободи уговарања" као изведеном принципу из начела "аутономије воље". Аутономија воље остаје као оиште начело грађанског права које, због непостојања грађанског кодекса у нашем правном поретку, представља опште начело грађанског права инкорпорисано у правни поредак посредством Закона о облигационим односима. Стога морамо истаћи да се "слобода уговарања", практично, испољава кроз неколико домена примјене. Та операционализација аутономије воље у уговорном праву фокусира се као:

- Основна опција: уговорати или не уговорати; значи субјекти су, у првом реду, формално-правно, слободни да одлуче да ли ће уопште закључити неки уговор или неће формирати такав правни однос. То, наравно, има само апстрактно, правно-нормативно значење, јер у практичном животу, људи "несвјесно" ступају у многе облигационе уговорне односе ради задовољавања својих потреба и интереса као нужних односа без којих би свакодневна егзистенција људске јединке у тзв. цивилизованим друштвима била озбиљно угрожена, ако не и доведена у питање.

- Субјекти у праву слободни су изабрати лице с којим желе закључити уговор. Наравно, слобода избора или бирања представља садржај слободе уопште. Међутим, и овдје постоји једно мало, а у ствари велико, АЛИ. Јер избор

---

<sup>29</sup> Проф. др Миодраг Орлић: оп.цит.,стр.434-437.

уговорног партнера је често диктат околности. То поготово у неразвијеним тржишним привредама које су у јарму разних монополиста од којих је највећи монополистичка држава.

- Субјекти уговора су, начелно, слободни да изаберу тип уговора и садржај уговора који сами прецизирају. Међутим, кроз историју су се издвојиле неке облигационо-правне форме типичне за грађанско-правни промет. Те типичне форме законодавац је уредио и створио основни регистар грађанско-правних именованих уговора. Ови су уједно и најчешћи у правној пракси. А с обзиром да су норме уговорног облигационог права најчешће диспозитивне то слобода уговарања на терену формулисања садржаја (права и обавеза) несумњиво постоји. Осим тога начелно је дозвољено склапање тзв. неименованих уговора сагласно потребама и интересима субјеката права.

- Субјекти су слободни изабрати начин и форму уговора. Неминовно је да се уговори закључују сусретањем двају изјава воља, најједноставније речено - прихватањем понуде. Међутим, модерни начин живота неосјетно шири упрошћени начин закључивања уговора кроз приступање једној општој и сталној понуди или кроз закључивање формалних уговора или закључивање уговора на основу тзв. општих услова. Због тога се воља прихватиоца готово више и не примјећује приликом закључивања уговора, јер он и не прихвата већ приступа уговору који је понудилац до у детаље формулисао. Што се тиче форме уговори су у начелу неформални, тј. могу се закључити у било којој форми да би произвели правно дејство. И ово је начелна одредба која трпи бројне изузетке. Основни изузетак је у томе што уговор мора бити у некој форми тако да израз неформалан ниуколико не значи "безформалан". Ако се и чим се изјави воља она је на неки начин материјализована, односно обликована и нема сумње да се она појавила у било којем облику. Али чим се појавила она је формирана тако да без форме нема изјаве воље а без изјава воља које су сагласне нема ни уговора. Осим тога, мада Закон о облигационим односима својом посебно запаженом општом одредбом прокламује неформалност уговора, професор Перовић оправдано говори о "ренесанси формализма". Мада се формализам сматра историјским реликтом и архаизмом у уговорном праву, савремено законодавство овај начелни теоријски став демантује кроз увођење тзв. законске форме у безбројним случајевима, са овим или оним значењем те форме. За облигационо право од највећег значаја је форма *ad solemnitatem*, тј. форма као битан елемент уговора у недостатку које уговор неће моћи произвести правно дејство и створити облигационе односе.

- Уговарачи у току трајања уговора могу уговор мијењати. Ова еманација слободе уговарања је условљена сагласношћу самих уговарача за ревизијом уговора као што је то и слобода споразумног гашења уговорног односа уколико обје стране желе да се ослободе уговорних обавеза које се нису "завршиле", јер немају више интереса за тим. У сваком случају апсолутна слобода уговарања као и апсолутна слобода, односно аутономија воље не постоји. Када би тако било дошло би у питање и само уговарање. Уговор је друштвени феномен, важан правни институт који уређује друштвене односе у које људи често ступају детерминисани својим потребама и интересима, а не толико својом вољом. Њихове потребе и интереси су истински покретачи њихове воље. Ми смо код излагања о основним начелима облигационог права истакли да

је аутономија воље ограничена установом јавног поретка. Ово је начелно и најзначајније ограничење слободе уговарања, али су од практичног значаја и нека посебна ограничења. У погледу основне опције: "уговорити или не", постоји законска обавеза за субјекте који су законом одређени и обавезни да, због природе своје дјелатности, закључе уговор са сваким лицем које им понуди, односно прихвати или приступи закључењу уговора (члан 27. ЗОО). Овај феномен "обавезног уговарања" долази до изражаја у пракси јавног превоза, комуналних услуга и сл. Обављање ових послова повјерава се тзв. јавним предузећима. Она, због непоштовања обавезе на закључење уговора, у случају неоправданог њиховог одбијања да склопе уговор, сnose санкцију облигационог права (члан 183. ЗОО), али је још значајнија њихова одговорност пред санкцијама јавног права. Ограничење слободе уговарања понекад се састоји и у томе да су уговорне странке обавезне прибавити сагласност надлежног државног органа у облику дозволе (претходне сагласности) или одобрења (накнадне сагласности). Ови облици сагласности трећег, органа јавне власти, дјелују као суспензивни или резолутивни услов на уговор, односно доводе до санкционисања ништавошћу (члан 29. ЗОО).

У погледу слободе избора лица постоје ограничења у том смислу да је једна уговорна страна обавезна, по основу закона или уговора, да закључење уговора понуди само тачно одређеном лицу или само лицу из одређеног круга лица. Такав примјер имамо у институту права прече куповине које може бити законско, а може бити и уговорено.

Садржина уговора се понекад јавља као обавезна садржина. Уговорне странке понекад морају да акцептирају садржај прописа који прописује садржину њиховог уговора. Такво ограничење слободе уговарања, у свом најрадикалнијем виду, представља реликт административно- централистичких, планских ограничења слободе уговарања. У многим посебним законима оваква ограничења садржине уговора најчешћи су пратилац прописане тзв. законске форме уговора. Осим тога, као што смо нагласили, честа је појава уговора који се заснивају, тј. склапају на бази општих услова уговарања које припрема једна странка по одобрењу надлежног државног надзорног органа (члан 142. до 144. ЗОО).

Већ смо напоменули да многим уговорима закон прописује облик изјава воља, односно форму сагласности изјава воља, тако да се, упркос начелног неформализма у савременом праву, говори о "ренесанси формализма".

Извршавање уговора онако како гласе, како су закључени, резултанта је класичног правног правила *pacta sunt servanda*. Ово правило је и данас у основи забране или ограничења слободе ревизије уговора, тј. његовог садржаја. Кроз закон је спроведено тако што закон ограничава слободу мијењања (ревизије) уговора само у случајевима и под претпоставкама које закон предвиђа (нпр.: раскид или измјена двостраног уговора због промијењених околности).

Уговорне странке могу слободно угасити уговор само својом сагласном изјавом, тј. сагласношћу изјава воља. Ради се о посебном тзв. либераторном уговору чији је предмет гашење неког важећег али неугашеног уговорног односа. Пошто су интереси, тј. потребе уговарача кроз уговор, на својеврстан начин, често супротстављене, по питању сагласног гашења уговора није лако постићи сагласност. Стога, у принципу, ни једна страна не може својевољно да

угаси уговор, изузев ако је то дозвољено и уређено законом (нпр. једнострано раскидање двостраног уговора због неиспуњења или уговарањем одустанице).

## 2) ОПШТИ УСЛОВИ ЗА ЗАКЉУЧЕЊЕ УГОВОРА

Општи услови за закључење облигационог уговора су неопходни да би сагласне изјаве воља двеју страна произвеле правно дејство и створиле облигациони уговор. Ови услови се називају општи, јер ни једна сагласност волја не може створити облигациони уговор ако јој недостаје ма и један од ових услова. За разлику од општих услова уговарања постоје и општи услови формуларних уговора. Под општим условима формуларних уговора подразумева се скуп правила која су садржана у уговорном писмнену или на посебном трајном носачу података унапријед припремљеном од једне уговорне стране и представља садржај уговорног односа (скуп права и обавеза) који важи за оба уговарача. О општим условима формуларних уговора више се говори код излагања уговора по приступу.

Питање општих услова за закључење уговора Закон о облигационим односима поставља тако што сваком од ових услова придаје подједнак значај дајући му по један пододсјек по законској систематици. Тако се у наше облигационо право протегло рјешење француског Грађанског законика из 1804. године који је за успостављање пуноважног уговора захтијевао четири основна предуслова: пристанак страна, способност страна, предмет уговора и основ уговора. Дуго времена је у француском правничком миљеу трајао спор око тога да ли и овај четврти реkvизит, *la cause*, треба сматрати неопходним за постојање и пуноважност уговора, или су пристанак, способност и предмет претпоставке довољне да створе уговор. Закон је пресекао дискусију јуриспруденције бар кад је у питању позитивно право утврђујући да је за постојање и пуноважност уговора нужно постојање сва четири општа услова. У ЗОО они нису као у француском Грађанском законнику обухваћени једним чланом (1108. и Ц).

### а) Способност уговарања

Способност уговарања (бити уговорна странка) имају пословно способна физичка лица и правно способна правна лица.

Физичко лице може закључивати пуноважне уговоре уколико посједује пословну способност (члан 56. став 1. ЗОО). Пословна способност физичких лица уређена је одредбама Породичног закона. Према одредби члана 108. ст.2.и3. Породичног закона («Службени гласник Републике Српске», 54/02), дијете односно малољетник постаје пунољетан када наврши 18. годину живота. Наступањем пунољетства стиче се потпуна пословна способност. Тумачењем, примјеном правила *argumentum a contrario*, изводимо и постојање непотпуне пословне способности. Пословна способност физичком лицу може бити одузета потпуно или дјелимично, правоснажношћу судске одлуке о одузимању пословне способности (члан 209. став 1. ПЗРС). Лицу којем је правоснажном судском одлуком одузета пословна способност, орган старатељства одредиће староца у

року од 30 дана од дана пријема одлуке суда (члан 209. став 2. ПЗРС). Према одредби члана 211. ПЗРС, лице, којем је потпуно одузета пословна способност, изједначава се са малолетником који није навршио 15. годину живота (члан 211. став 1. ПЗРС). Лице којем је правоснажном одлуком суда дјелимично одузета пословна способност изједначава се у својим правима и обавезама са малолетником који је навршио 15. годину живота (члан 211. став 2. ПЗРС). Старалац лица којем је одузета пословна способност је овлашћен да у име и за рачун штићеника закључује правне послове, осим оних за чије му је закључење потребно одобрење органа старатељства (члан 203. ПЗРС). Малолетник са навршених 15 година живота може самостално засновати радни однос и закључивати уговоре располажући својом зарадом из рада (члан 203. став 2. ПЗРС). Лицу којем је дјелимично одузета пословна способност (те је тако изједначено са малолетником који је навршио 15. годину живота) може орган старатељства, ако је то потребно, одредити послове које такво лице може предузимати самостално (члан 211. став 2. ПЗРС).

Правно лице може закључивати уговоре у оквирима своје правне способности (члан 54. став 1. ЗОО) која се уређује посебним прописима. Тако, према одредби члана 20. Закона о предузећима<sup>30</sup>, предузеће може закључивати уговоре и обављати друге послове промета робе и услуга у оквирима дјелатности уписаних у регистар. Предузеће, и без уписа у регистар, може обављати дјелатности које су уобичајене и повезане са дјелатностима уписаним у регистар у мањем обиму или привремено. Уколико је треће лице знало или је морало знати за прекораћење овлашћења предузећа такви уговори (*ultra vires*) су ништави. У супротном случају, ако је треће лице било савјесно, јер нити је знало нити је морало знати за прекораћење законских овлашћења предузећа којим је уговор закључен преко граница регистроване дјелатности, уговор ће бити пуноважан.

Ограничену пословну способност стичу и малолетници са навршених 15 година живота, ако су засновали радни однос, јер им се мора омогућити да пуноважно располажу зарадом стеченом радом. Према ЗБПО Србије дијете може самостално, са навршених 14 година, закључити правне послове уз одобрење родитеља, односно органа старатељства. Уговор који закључи правно лице ван оквира правне способности или физичко лице без пословне способности нема правно дејство. Уговори ограничено пословно способних лица закључени без одобрења законског заступника су рушљиви ("шепави" правни послови) који се одобрењем могу конвалидирати. Исто тако, уколико други уговарач, по сазнању о пословној неспособности сауговарача, не одустане од уговора у року од 30 дана од сазнања за пословну неспособност сауговарача, уговор ће конвалидирати, по сили закона. Поред свега тога, пословно неспособна лица могу ступити у добротине уговоре као носиоци права (стицаоци права). Тако се код нас практично и не поставља проблем фактичких уговора мале вриједности и њиховог правног признања као посебне групе како је то питање развијено у њемачкој јуриспруденцији (*Милошевић*, 55).

---

<sup>30</sup> «Службени гласник Републике Српске», бр. 24/98,62/02,66/02,38/03 и 97/04

Заступници, који наступају у име и за рачун уговарача и у границама својих овлашћења, обавезују (везују) непосредно заступане и другу уговорну страну. Овлашћење на заступање може се засновати на закону, општем акту правног лица, акту надлежног органа или пуномоћи. Ако заступник прекорачи овлашћење, заступани ће бити везан уговором само ако одобри уговор. Савјесна уговорна страна може одустати од уговора одмах по сазнању о прекорачењу, а ако заступани нератификује уговор у примјереном року, заступник и заступани ће солидарно одговарати савјесној страни због евентуално претрпљене штете.

Пуномоћ је овлашћење за заступање које властодавац правним послом издаје пуномоћнику. Отуда се често заступање по основу пуномоћи назива уговорно заступање. Заступање је склапање правних послова у туђе име и за туђи рачун. О природи посла који је основ пуномоћи може се расправљати. Ако је у питању само овлашћење као предмет правног посла онда је то уговор о пуномоћству или једнострана изјава воље властодавца. Ако је уз овлашћење пуномоћник и обавезано лице из односа тада се ради о уговору о налогу. Да се ради о самосталном правном животу пуномоћи као изјаве воље независне и од правног односа на коме се пуномоћ заснива изриче одредба члана 89. став 2. ЗОО. Форма пуномоћи зависна је од форме правног посла на чије је закључење пуномоћник овлашћен. Обим пуномоћи своди се на опште или генерално, кад пуномоћник може предузети све правне послове властодавца који улазе у редовно пословање властодавца. У редовно пословање не улазе посебни правни послови које Закон набраја, а то су: преузимање мјеничне обавезе, тј. потписивање мјенице без посебног (специјалног) овлашћења; давање, тј. преузимање обавезе јемства - закључивање уговора о јемству у име и за рачун властодавца; склапање поравнања; закључивање арбитражног уговора и одрицање од неког права без накнаде (бестеретно располагање у име и за рачун властодавца). Ако нема општу или генералну пуномоћ пуномоћник може предузимати само правне послове за које је посебно овлашћен, такозваном посебном или специјалном пуномоћи. Властодавац је слободан да изда посебну пуномоћ за све своје послове а не само оне означене Законом, када је уистину дужан да изда специјалну пуномоћ. Обим посебног пуномоћја се утврђује вољом властодавца, а помоћу упутстава. Упутства су посебне изјаве које ограничавају пуномоћника и уносе се у писмено у којем је материјализована изјава о пуномоћи, а које се, и само по себи, у практичном правничком говору, назива иуномоћ. Ова упутства морају бити учињена познатом лицу са којим пуномоћник склапа посао за властодавца. Ограничавање пуномоћи, тј. формирање посебног пуномоћја чини се или тзв. императивним упутствима или факултативним или индикационим упутствима. Императивна упутства су наређујућа, заповједна, и од њих нема одступања уколико се не косе са правилима института пословодства без налога и улогом пословође без налога. Факултативна упутства налажу пуномоћнику да се по њима понаша у редовној ситуацији, а у изванредној ситуацији, ванредним приликама и околностима може од њих да одступи по својој савјести и процјени ситуације. Индикациона упутства упозоравају пуномоћника на неопходну пажњу у поступању у вођењу овлашћених послова. Као што се техником ограничавања формира специјална пуномоћ, тако се може и сузити издава пуномоћ без да се то чини у нарочитој форми. Такво сужавање пуномоћи неће имати дејства према савјесном трећем лицу које обави, тј. склопи

правни посао са пуномоћником. Сужавање пуномоћи има значаја само на односе властодавца и пуномоћника. Властодавац ће моћи само од свог пуномоћника захтијевати накнаду штете јер се није обазирао на саопштење о ограничењу заступања и закључио је правни посао изван оквира сужене пуномоћи. Поред тога, сужавање пуномоћи може да има утицаја на уговор о налогу или неки други уговор код кога су обавезе из односа и на страни властодавца. Једнострано сужавање пуномоћи може повриједити двострано обавезни уговор те пуномоћник има право да се на његов измијењени уговорни положај примјене одредбе закона о двостраним уговорима и да се на њих позове.

#### б) Постизање сагласности воља о битним елементима уговора

Уговор може пуноважно настати само ако се лица, која имају уговорну(пословну) способност, својим пуноважним изјавама воља сагласе односно одреде предмет, основ и садржину уговора, чија садржина може бити, у недостатку њихове сагласности о свим појединцима допуњена диспозитивним законским одредбама.

Сагласност воља уговарача састоји се од подударности њихових воља у погледу предмета и циља уговора. Воља је, уопште, творац правних норми. Са правно-техничке стране воља исто тако има пресудан значај. Суштински, њу формира и покреће на акцију (изјаву, материјализацију) неки интерес (потреба) правног субјекта. Да би нечија воља, као ментални феномен била правно релевантна, она мора бити материјализована и изјављена да би била сазната. Воља да би била сазната и тако практично употребљена у циљу произвођења правних ефеката, мора да се изјави ријечима (усмено или писмено) или уобичајеним знацима (руковањем, климањем главом или стављањем потписа на писмено) или конклюдентним радњама (понуђену робу правни субјект употријеби - присвоји). У правилу унутрашња и изјављена воља ("теорија воље" и "теорија изјаве") треба да се поклапају, подударују. То је *praesumptio iuris*, уколико се супротно не докаже. Супротно се доказује правним чињеницама које Закон наводи као случајеве када постоји неслагање између изјављене и праве воље. Такви, од закона маркирани случајеви, који су практично и најчешћи, су: када је на страни уговарача непостојање пословне или правне способности, или, када је изјављена воља која има мане, или, је неистинито изјављена.

Мане воље су: заблуда (када је воља формирана под утицајем погрешне представе тако да изјављена воља не одговара унутрашњој), превара (када је заблуда намјерно створена), и пријетња (када је воља формирана у страху изазваном недопуштеном пријетњом). Посљедице мана воље су рушљиви (релативно ништави) уговори. Неистиниту вољу имамо у слиједећим ситуацијама: код неспоразума, када не постоји сагласност воља о битним елементима уговора, а странке вјерују да су закључиле уговор; код посредне изјаве када је преноси курир или уређај; када је уговор привидан (симулован, фиктиван), јер странке изјављују вољу да би створиле привид, фикцију да склапају уговор, а у ствари не желе да склопе тај уговор и када се ради о неозбиљној изјави (менталној резервацији), када у шали дата изјава код другог створи утисак да је ријеч о озбиљном обавезивању.

Уколико изјаве воља уговарача буду дате слободно, истински и озбиљно

на уобичајен (сигуран) начин о битним елементима уговора уз испуњење општих и посебних услова, настаће пуноважан уговор.

Битни елементи уговора су они састојци о којима странке морају постићи сагласност да би уговор настао. Ти елементи зависе од природе, односно типа уговора. За именоване уговоре битни састојци (лат. *essentialia negotii* ) одређени су законом (нпр. Код уговора о продаји, одредбом члана 454 ЗОО битни састојци су: ствар и цијена). Обично се битни елементи састоје од предмета и основа уговора, али и других питања када је то одређено законом. Тако се рок трајања код неких типова уговора јавља као битан елемент, по закону. Поред битних елемената за уговарање својеврстан значај имају и природни састојци који се најчешће утврђују законом и постају саставним дијелом закљученог уговора и када странке о њима изричито ништа не закључе.

Небитни, случајни састојци, не утичу на пуноважност настанка уговора, али могу да утичу на његово дејство и трајање, какви су: услов и рок. Случајни састојци (лат. *Accidentalia negotii* ) , како им и само име говори, углављују се у уговор од случаја до случаја, према потребама и интересима уговорних страна који их обликују својом вољом. Случајни састојци нису, према правним прописима, обавезни састојци. Обавезни су само битни састојци који су објективно довољни да би законски била призната сагласност воља двију страна као уговор. Ипак, ако се стране сагласе да у свој уговор унесу случајне састојке, тада они постају субјективни битни састојци уговора. Споредни састојци који се умећу у уговор морају бити могући и допуштени и не могу утицати на битне састојке уговора у смислу њихове модификације или елиминације. Споредни састојци у уговор могу бити унијети у моменту постизања сагласности о објективно битним састојцима уговора, али могу бити унијети и накнадно. Уколико су уговорне стране задржале право да споредне састојке унесу накнадно, али о томе не постигну сагласност, то неће угрозити цијели уговор, јер ће споредне састојке одредити суд водећи рачуна о претходним преговорима, уговорној пракси и обичајима, у смислу одредбе члана 32. става 2. ЗОО. Као споредни састојци најчешће се уносе одредбе о року, услову, мјесту испуњења и сл.

Према Закону уговор је закључен под условом ако његов настанак или престанак зависи од неизвјесне чињенице. Јуриспруденција истиче да је редакција ове законске одредбе недовољна јер је услов будућа и неизвјесна чињеница. Уговор склопљен под одложним (суспензивним) условом дјелује ретроактивно и сматраће се закљученим од тренутка перфекције ако се услов оствари. Закон дозвољава и да се уговор сматра перфектним тек од тренутка испуњења услова ако то произилази из закона (*lex specialis*), природе посла или воље страна. За разлику од дјеловања суспензивног услова дејство резолутивног услова је другачије. Уговор закључен под раскидним условом је настао и важи за сво вријеме пенденције (*conditio pendet* - услов виси). Ако се услов изјалови, уговор престаје да важи од тог момента. Закон дозвољава да повјерилац из уговора закљученог под резолутивним условом захтијева примјерено ("одговарајуће") осигурање свог права ако је његово остварење угрожено. Несавјесно спречавање остварења услова од стране на чији је терет утврђен услов довешће до остварења услова по сили закона. С друге стране несавјесно испуњење услова које узрокује страна у чију корист је одређен довешће, по сили

Закона, до изјаловљивања услова. Под несавјесношћу овдје се мисли на понашање странака противно начелу савјесности и поштења. Према члану 156. ШЗО "Сматра се да је услов испуњен у случају кад је једна од уговорних страна спречавала његово наступање противно правилима морала." Недопуштен је онај услов ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима. Немогућ услов је везивање уговора за испуњење или изјаловљење неке чињенице која се уопште не може догодити и о чему нема неизвјесности нити се она може догодити у будућности. Недопуштен услов доводи до ништавости уговора. Немогућ суспензивни услов, исто тако доводи до ништавости уговора. Међутим, немогућ раскидни услов сматра се у уговору непостојећим, што значи да не утиче на егзистенцију и пуноважност закљученог уговора.

За сво вријеме пенденције, тј. све док се услов не испуни или изјалови, свака је страна дужна да се уздржава од радње која би спријечила наступање услова.

Рок је споредни елеменат који странке својом вољом додају уговору и којим дејство уговора ограничавају временом, јер дејство наступа тек од одређеног времена (почетни рок, *dies a quo*) или траје до одређеног времена (завршни рок - *dies ad quem*). Према Закону, на почетни рок, на одговарајући начин примјењују се правила о одложном услову, а на завршни рок на одговарајући начин се примјењују правила о раскидном услову. Према природи рок се разликује на прости, код којег нема неизвјесности и сложени, који је комбинован са условом (дароваћу ти бицикл за 25 рођендан). Рачунање рокова уређено је Законом. Рок одређен у данима почиње тећи првод дана послје догађаја од којег се рок рачуна, а завршава се истеком посљедњег дана рока. Рок одређен седмицама, мјесецима или годинама, почиње тећи од дана настанка догађаја од којег рок почиње тећи, а не од сљедећег дана када је одређено за рокове одређене у данима. Овакав рок завршава оног дана који се по имену и броју поклапа с даном настанка догађаја од којег рок почиње тећи. Чини се да је и ово редакцијска омашка, јер је тешко да ће се дан почетка рока израженог у седмицама, мјесецима и годинама поклапати у имену са даном настанка догађаја од којег је рок почео тећи. Дозвољавамо као реално да ће се моћи поклапати у броју. Због тога ће се примијенити најчешће посљедња реченица у ставу 2. члана 77. у којој је садржана изузетна одредба по којој: ако таквог дана нема у посљедњем мјесецу (дана који се по имену и броју поклапа с даном настанка догађаја од којег рок почиње тећи), крај рока пада на посљедњи дан тога мјесеца. Ако посљедњи дан рока пада у нерадни дан, као посљедњи дан рок рачуна се ирви радни дан.

Ако је у уговору почетак или завршетак рока означен изразом почетак мјесеца, рачунаће се као први дан у мјесецу; израз "средина мјесеца" рачунаће се као петнаести дан у мјесецу, а израз "крај мјесеца" као посљедњи дан у мјесецу, ако нешто друго не произилази из околности по којима се може одредити прецизније намјера странака или ако нешто другачије не произилази из природе уговора у којем је тако одређен рок споредни састојак.

У облигационом праву је од материјално-правног значаја одређивање рока као "накнадног примјереног рока". Примјерен рок је фактичко питање. Накнадни примјерен рок упозорава дужника на посљедице и даје му могућност

да ублажи посљедице доцње. Примјерен је када се тако одреди да је према конкретним околностима довољно дуг да дужник може извршити своју обавезу, што је фактичко питање које утврђивач рока рјешава од случаја до случаја.

#### в) Предмет уговора

Предмет уговора је давање (лат. *dare*), чињење (лат. *Facere*), нечињење (лат. *non facere*) и трпљење (лат. *pati*). Једна уговорна страна (дужник) обавезује се другој уговорној страни (повјерилачкој) да ће јој испунити облигацију са предметом (радњом, чинидбом) одређеном њиховим међусобним уговором. Облигациони однос настао уговором непосредно се конкретизује на предмету облигације, а предмет облигације или више њих посредни је предмет уговора. Из једног уговора може настати више облигација (нпр. Код двостраних уговора) тако да свака обавеза има засебан предмет. Скуп свих предмета облигација које настају уговором заједно чине предмет уговора или оно о чему је уговор. Уколико предмет уговора има недостатке због којих не може настати пуноважна облигација, јер су уговорене облигације поводом немогућег, неодређеног или неодредивог предмета, уговор ће бити ништав (члан 47.ЗОО). За овакву ситуацију примјереније би било рећи да уговор неће ни настати, односно уговор неће произвести правно дејство, а његово основно правно дејство је да створи пуноважне облигације. Према законским рјешењима, уговорне стране могу трећем лицу препустити одређивање предмета уговора. Уколико треће лице не може или неће да одреди предмет уговора, уговор је ништав (члан 50ЗОО). Ова одредба ЗОО трпи критике *de lege ferenda*, јер и у оваквом случају закон може одредити да предмет уговора утврди суд, како би се пружила прилика одржању уговора на снази.

Да би уговор настао мора имати ваљан предмет. Пуноважан уговор мора да има могућ, допуштен и одређен или одредив предмет. Каже се да је предмет оно о чему је уговор. Предмет уговора заокружује онолико колико један уговор раћа облигација од којих свака има један или два предмета. О особинама предмета облигације већ смо говорили. Та излагања се могу *mutatis mutandis* примијенити на одговарајући начин и на предмет уговора. Предмет уговора добијамо као одговор на исто питање: шта се дугује? Због тога што је уговор један од извора облигације, уговор може имати више предмета, јер се понашање уговорне стране може манифестовати као чињење (давање или израда) или нечињење (пропуштање или трпљење). Уколико су у питању понашања којима је циљ преношење добара и права тада се може говорити о томе да се садржина дужникове обавезе концентрише на преношење једног правног објекта (ствари или права) с једног правног субјекта на другог.

#### г) Основ уговора

Основ уговора је *causa* схваћена као непосредни правни циљ обавезивања уговарача. Основ даје одговор зашто се уговарачи вежу уговором. Уговор који нема основ или је основ недозвољен је ништав (члан 52. ЗОО). У двостраном уговору обавеза једне стране представља основ обавезивања друге стране. То је реплика принципа *do ut des, do ut facies*. У добротиним уговорима, који су уједно

једностранообавезни, основ обавезивања је намјера чињења добротинства формирана код једне стране. Основ добротиних уговора се не смије мијешати са мотивом, јер је мотив садржан и у теретним и у добротиним уговорима, али је у добротиним уговорима спојен са основом. Намјера чињења добротинства и код уговора о даровању мора бити потакнута дозвољеним и моралним мотивом. Ако је мотив недозвољен и основ добротиног уговора биће недозвољен и уговор ништав. И за добротине уговоре важи правило да је основ недопуштен ако је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима (члан 51. став 2. ЗОО). Уговарачи могу да прибјегну закључењу уговора иако нису имали у виду никакав основ већ само фикцију о основу и тако створити фиктивни уговор који не производи правно дејство. Осим тога, уговарачи понекад, вођени интересом заобилазе закон, тако што закључе уговор са прикривеним (симулованим) основом који јавно манифестују, а у њиховој је намјери да закључе уговор са неким другим основом који прикривају и који стварно желе (дисимулованим основом). Фиктивни(привидни) уговори не производе правно дејство и они су апсолутно ништави(члан 66. став 2. ЗОО). Када уговарачи закључе симуловани уговор о поклону, а стварно су закључили уговор о зајму, уговор о поклону неће произвести правно дејство и неће бити правно заштићен, али, дисимуловани уговор о зајму ће важити уколико има све потребне састојке које Закон прописује (члан 66. став 2. ЗОО).

Кауза или основ обавезе је онај разлог зашто је неко ушао у уговор и обавезао се на тачно одређено понашање према садржају уговора. Основ је уз предмет битан елемент уговора. Антикаузалисти одбацују каузу као сувишан појам. ЗОО је прихватио учење каузалиста, тј. присталица егзистенције и значаја каузе за уговор и прописује да се свака уговорна обавеза мора заснивати на каузи. Апстрактни уговори као основ за тзв. апстрактно обавезивање сматрају се непостојећим. Тако се и код добротиних уговора мора утврдити кауза, која се састоји у намјери поклањања или даровања. Да би уговор био пуноважан и произвео правно дејство, тј. "изродио" облигације, тј. облигационе односе као правне односе, мора имати основ који мора бити допуштен. Основ уговора треба сматрати за основ обавезе (*causa*) за разлику од правног основа као титулуса код стицања имовинских права, стварних или облигационих. Објективна теорија каузе под основом подразумијева економску (имовинску) промјену коју уговарачи извршавањем уговорне обавезе желе постићи. Субјективна теорија као основ (*causa*) уговора сматра непосредни правни циљ уговорног обавезивања. То је *animus contrahendi*, воља субјекта да се уговором обавезе. Код теретних уговора, уопштено говорећи, увијек се ради о *causa solvendi*. Основ уговора треба разликовати од дејства уговора, јер уговор има облигационо-правно дејство као што је у случају заснивања обавезе дужника на предају ствари, али је основ обавезе на предају ствари постизање неког дозвољеног правног циља или разлога обавезивања као што је нпр. код продаје: стицање својине предајом ствари (Буровић- Драгашевић, 85-87). Правна посљедица непостојања основа или недопуштености основа је ништавост уговора. Закон изричито одређује да се претпоставља да обавеза има основ иако он није изражен. Тиме се негира могућност постојања и правног признавања тзв. апстрактних уговора. Недопуштен основ је онај који је противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима. Уговор са таквим основом је апсолутно ништав

јер је противан општем интересу или установи јавног поретка. Поједини аутори овакве уговоре издвајају у посебну категорију "забрањених уговора". У литератури се додаје да уговори са неистинитим основом (привидни, симуловани, односно фиктивни) повлаче ништавост уговора (*Ђуровић-Драгашевић*, 89).

Основ уговора је објективна категорија, јер за исти тип уговора можемо запазити увијек исти основ. Уговор може да има више основа и то када је основ обавезе једне стране обавеза друге стране и обратно. У теоретским општим дјелима истиче се да је кауза у добротном уговору: "циљ да се смањи активни дио имовинске масе" (*Ђуровић-Драгашевић* и тамо наведена литература). У старијој правној литератури ово питање се лијепо образлаже: "У праву се тражи, за важност изјаве воље, само оно што се зове *causa*, а то је непосредна (директна) побуда воље. Тако, шта је *causa* воље продавачеве да ствар преда купцу кога хоће да начини сопствеником? То је купчева обавеза да му плати цену. Продавачева воља да ствар пренесе има, као непосредну побуду, његову жељу да од купца добије цену." (*Живојин Перућ*, 81).

Каузу, као што смо већ истакли, треба јасно разликовати од титулуса, јер је титулус шири појам и обухвата сам правни посао (уговор, јавно обећање и др.), али и закон и судску одлуку.

Отпор афирмацији каузе на плану општих услова уговарања пружали су антикаузалисти, али и сви они представници јуриспруденције који су сматрали да је кауза метафизички појам и да се, да би био практично валидан, треба објаснити економским категоријалним апаратом. То је доктрина присталица Ихерингове оштроумне, утилитаристичке правне школе која је економској страни, корисности, придавала превалирајући значај у праву, односно правним односима. Отуда је то и њихов одговор у истакнутом дјелу: "Циљ у праву". Кауза се често поистовјећује са циљем права. Али, истини за вољу, правни циљ није факат, него право. Циљ у животу јесте факат, али је циљ у праву метафизички: циљ је право.

#### д) Побуда (мотив) уговора

Како смо елаборисали основ је објективна (видљива) категорија код уговарања увијек присутна, која ужива судску заштиту и контролу. Може се процијенити и негативно оцијенити, те уговор због тога од стране контролних (судских) органа ради тога и поништити. Мотив (побуда) је интимни порив који је тешко сазнатљив и ирелевантан са становишта контролних органа за оцјену правне релевантности пуноважности уговора. Неко купује аутомобил да би стекао друштвене симпатије, углед или престиж у средини, други да би уживао у возњи, трећи да би обављао превозничку дјелатност, четврти...итд. Право нема разлога да улази у то питање. Једино код добротних уговора мотив постаје битан и предмет пажње контролних судских органа, који су дужни да уговор са недопуштеним мотивом пониште. Код добротних уговора се претпоставља савјесност уговарача, јер су мотиви код добротних уговора малобројни (захвалност, пријатељство, милосрђе, сродство итд. - *Милошевић*, 70).

Изван подручја добротних уговора мотив се узима у обзир када су оба уговарача несавјесна и улазе у уговор ради недопуштених побуда. У старијој

правној литератури ово питање се овако образлаже: Поставља се питање зашто даље и испитивати узрок узрока, *causam causael* Ти разлози јесу даље побуде његове воље, јесу оно што се у праву зове мотив. Мотив је онај разлог који је побудио појединца да ступи у неки правни однос са другим појединцем, а тај разлог не игра никакву улогу у погледу настанка и важности и правног посла (овако је бар код теретних правних послова) (*Живојин Перих, 182*). И, даље, професор Перих излаже: "Правни послови морају бити стални, сигурни, ако се жели да се у односима појединаца има реда и мира. Ако би судбина правних послова била врло често неизвесна, а то би се десило када би и мотив могао имати утицаја на њихову судбину..." (*Ibid, 182*). И најзад: "Напоследку, мотиви који нас крећу при закључивању правних послова јесу атрибути личне (индивидуалне) слободе, а ова слобода, у границама у којима је она допуштена, сачињава нашу сувереност." (*Ibid, 183*).

### 3) ПОСЕБНИ УСЛОВИ ЗА ЗАКЉУЧЕЊЕ УГОВОРА

Под посебним условима за закључење уговора подразумевамо форму и начин закључивања уговора.

#### а) Облик сагласних изјава воља уговарача (форма уговора)

Форма уговора подразумева да се за настанак пуноважног облигационог односа воље уговарача морају саглашавати изјавама које су материјализоване у неком облику. Облик или форма изјаве воље зависи од наредбе закона или споразума уговарача. Уговор који се, по наредби закона или уговарача закључује у одређеној форми назива се формални уговор. Отуда настаје разликовање на формалне и неформалне уговоре. Неформални уговор је сваки онај уговор који се може пуноважно закључити у било којем облику, јер ни закон, а ни сами уговарачи у том погледу не постављају посебне захтјеве. Практично посматрано, неформалним се, најчешће, сматрају усмено закључени уговори, јер за њих нису потребе никакве додатне формалности. Формалним уговорима се, у свакодневном правном саобраћају, обично, сматрају писмено сачињени уговори. Практичан значај формалних уговора је у томе што форма пожељно успорава правно обавезивање, штити од лакоисленог упуштања у уговорне односе и брзоплетости приликом уговарања. Поред тога, уговорна исправа или писмено је полазна основа евентуалног будућег доказивања садржаја уговорних облигација, из које се може, са великим степеном вјероватноће, утврдити и права воља уговорних страна, шта су оне «хтјеле да кажу» и вршити касније тумачење изјава воља. Поред тога, писмена уговорна исправа може служити као основ јавно-правних, контролних дјелатности надлежних државних органа у области промета робе и услуга, а нарочито фискалних.

Закон о облигационим односима, као савремено кодификаторско дјело, афирмисао је принцип консензуализма, чији пратилац је неформалност уговора. Стварање уговора није блокирано никаквим сувишним формалностима. Захтјев законодавца да се уговор мора закључити у овом или оном облику, начелно се не

поставља. Наравно, то је опште правило. Значи да, у начелу, странке могу изјавити своју вољу за закључење уговора у било којој форми да би уговор произвео облигационо- правно дејство. Међутим, воља, као субјективна категорија, остала би вјечно несазната, ако неби била изјављена. Изјављивање воље је њена облигационо-правна материјализација. Због тога би се могло закључити да је граматички неисправно тврдити да су уговори неформални. То само значи да су они у правном смислу, у смислу важеће правне терминологије "неформални", јер могу да закључе уговор уколико се изјаве воља двију уговорних страна појаве, објелодане, у било којој форми или у било ком облику. Али, било који облик мора бити присутан, јер ако нема форме нема ни изјаве воље, и обратно. Форму уговора дијелимо према: правном значењу или значају; субјекту који поставља захтјев у погледу форме уговора; средствима испољавања (изјављивања) воље (писмена, форма јавне исправе и реална форма). С обзиром да ли форма обавезује једну или обе уговорне стране уговори могу бити једностраноформални или двостраноформални. Једностраноформални је уговор о јемству, јер је пуноважан само ако је јемац своју изјаву о јемчењу дао писмено (члан 998).

Према правном значају дијелимо форму уговора на: *formu ad solemnitatem iformu ad probationem*. *Forma ad solemnitatem* је битна за настанак и пуноважност уговора. Ако се од уговарача захтијева да уговор сачине у тачно одређеној форми они су то обавезни да поштују, јер другачије неће моћи створити облигације. Форма се, у таквом случају, појављује и као битни елемент уговора. *Forma ad probationem* је захтјев који се пред уговарача поставља ради доказивања да је неки уговор закључен. То је један случај привилегованог доказног средства, јер се постојање уговора не би могло доказивати другим доказним средствима. Пракса је да се многи уговори закључују у писменој форми и да, пошто се ради о писменом документу, послуже као доказна исправа у процесне сврхе. Међутим, ту се не ради о *formi ad probationem*, већ о слободно изабраној форми коју суд цијени као свако друго доказно средство. Међутим, *forma ad probationem* је, у упоредном праву, једино доказно средство, када се ради о уговорима веће вриједности (Ђуровић-Драгашевић, 91). У нашем праву постављање ове форме на ранг ексклузивног доказног средства, које искључује свако друго доказно средство, противи се императивним нормама, јавно-правних прописа какво је грађанско процесно законодавство. То не значи да је ова идеја потпуно страна и нашем праву, јер су је представници наше јуриспруденције учавали у бившим правним правилима која уређују уговор о поклону.

Овој врсти форме, по значају, приближавају се формалности публицитета које се траже да би странке могле извршавати упис уговора у јавне регистре. Прописи који уређују јавне регистре постављају уговорним странкама захтјеве у погледу форме којима странке морају удовољити ако је стицање њихових права условљено уписом уговора и у јавне регистре. Можемо рећи да су то ваноблигационо-правни разлози, јер се захтјеви формалности јављају и из фискалних и других јавно-правних захтјева.

Важна подјела форме је на законску и уговорну форму. Законска форма је законом конституисана обавеза за уговараче који тада, у погледу форме својих изјава воља, немају слободе уговарања. Кад се закон јавља као прописивач форме тада све доцније измјене и допуне таквог уговора морају бити у истом облику

изјављене и извршене. Захтјев закона у погледу форме углавном се своди на прописивање обавезности писмене форме. Писмена форма подразумијева да су уговарачи обавезни своје сагласне изјаве воље формирати као писмену исправу (писмено). Под састављањем исправе сматра се писмено фиксиран текст уговора који уговарачи потпишу. Исти значај има и измјена писама или телеграма (*члан 72. ЗОО*). Закон понекад захтијева форму овјерене исправе или форму јавне исправе. Форма овјерене исправе има доказни значај, јер се овјеравају потписи на исправу. Форма јавне исправе подразумијева активно учешће службеног лица у састављању уговора његовим овјеравањем.

Под реалном формом подразумијева се да је за настанак пуноважног уговора потребно поред саглашавања воља уговорних страна усмено или писмени и извршити предају ствари. Предаја ствари је иначе радња извршења обавезе дужника из већ закљученог уговора. Ако је потребна реална форма сагласност воља неће довести до настанка пуноважног уговора, него ће, по своме значају односно правној природи, представљати тек предуговор, док ће само предаја ствари на основу «предуговора» имати конститутивно дејство. Реална форма, с доношењем ЗОО, није доживјела своју афирмацију ни код једног од уговора из Посебног дијела Закона. Сматра се да је ЗОО радикално раскинуо са реалном формом досљедно спроводивши консензуализам именованих уговора. Једино институт капаре, који по својој правној природи има уговорни карактер, настаје на бази реалне форме, јер консензус о давању капаре поклапа се са самим актом предаје капаре.

Уговорена форма је онда када се о њој уговарачи споразумију. Они условљавају пуноважност и настанак уговора давањем изјава у одређеној форми. Ова форма има значаја само за уговараче. Правни поредак се неће мијешати ни у њихов споразум о форми ни у заштиту те форме, ако је они сами не затраже. Уговорена форма не протеже своју важност и на касније измјене и допуне уговора, јер се оне могу вршити и производити облигационо-правно дејство настајањем у било којој форми.

Форма јавне исправе означава такве захтјеве формалности када је поред писмене исправеза пуноважан настанак уговорних облигација потребно и учешће надлежног државног органа приликом саглашавања воља уговарача. Обично се уговор овјерава од стране суда. У досадашњем правном уређењу форме јавне исправе судија је овјеравао уговор о доживотном издржавању који је морао бити сачињен у писменом облику, а у овјеру је улазила и активност судије на упознавању страна са саджином и правним посљедицама закључења таквог уговора, јер се претпоставља да су уговарачи лаици, уз то у поодмаклој животној доби, а постоји и резерва у смислу да «нико није судија у својој ствари». У савременом праву нарочити значај као форма јавне исправе добија нотарска форма.

Формални уговори се раскидају неформалним споразумом. Изузетно, ако закон то захтијева, раскид се мора изјавити у одређеној форми (нпр.: писмени отказ). Исто тако, ако из циља форме произилази, раскид се мора изјавити у тачно одређеној (законској или уговореној) форми.

Нотарска форма значи нотарски обрађену уговорну исправу која је, у цијелости, сачињена од стране нотара, те има снагу доказне исправе у погледу записаних изјава воља које су уговорне стране дале и потписале исправу пред

лицем нотара. За које уговоре је потребна нотарска форма? Према одредби члана 68. Закона о нотарима<sup>31</sup> брачни уговор као и други правни послови између супружника и лица која живе у ванбрачној заједници морају бити у нотарској форми. Нотарска форма је прописана и за правне послове располагања имовином малолетника и пословно неспособних лица, обећање поклона као и правне послове промета некретнина.

Конкуренција форми постојаће ако се уговор може пуноважно закључити у дбије или више различитих форми. Конкуренцију двије или више форми могу утаначити сами уговарачи или закон. Конкуренција форми ће, на пр, постојати ако уговор о поклону има за предмет предају покретне ствари. Тада писмено закључени даровни уговор обавезује на предају, али уговор пуноважно настаје и када се ствар преда поклонопрмцу са намјером даровања (лат. *animus donandi*).

### Санкције непоштовања форме

Уколико се уговор, по захтјеву закона (или по вољи странака), не закључи у прописаној форми, неће имати правно дејство. Таква је санкција ако је закон захтијевао форму као битан елеменат уговора. Уколико се форма не захтијева из разлога *ad solemnitatem* уговор ће настати и произвести облигационо-правно дејство. Према тзв. "теорији реализације", када су обавезе из уговора, који је требало писмено закључити, извршене (у цијелости или претежно) такав уговор се сматра од почетка, *ex nunc*, пуноважним. Извршење обавеза дужника је реална радња која из социјално-економских разлога конвалидира непуноважан уговор. Ако форму схватимо као један гарант да ће се уговарачи понашати према садржају уговорних облигација, тада је јасно да се они уговарачи, који се већ увелико тако понашају, морају поштедјети стриктне<sup>32</sup> примјене слова закона која би у таквом случају била *sumum ius, summa iniuria*. Савремена је тенденција у уговорном праву да се форма не појављује као средство отежавања, мистификације и компликовања правних односа. Она је нужна када јој је циљ заштита неког ширег (јавног) интереса или када јој је сврха да боље заштити интересе самих странака.

## 4) НАЧИН ЗАКЉУЧИВАЊА УГОВОРА

Као начин закључивања уговора подразумијевамо метод и технику која се развила у праву и коришћењем које странке постижу свој циљ. Под тим методама и техником ми ћемо размотрити слиједећа питања: преговоре, понуду и прихват, сагласност и одобрење, адхезионе, типске, стандардне и формуларне уговоре, пунктације, предуговор и реални уговор.

### Преговори

---

<sup>31</sup> «Службени гласник Републике Српске», бр. 86/04,2/05,74/05

<sup>32</sup> Проф. др Миодраг Орлић: «Закључење уговора», Институт за упоредно право, Београд, 1993., стр. 9.

Преговорима се уговор припрема, али се не закључује. Преговори претходе закључењу уговора. Како поучава професор Орлић, уговор се може закључити одједном, сусретом понуде и прихвата или након преговора. Преговори се јављају у дијапазону од цијенкања на пијаци до најсложенијих расправа о тешким и скупочијеним пословним подухватима.<sup>33</sup> Преговори се дефинишу као преговарачки процес током којег интересно супротстављене али истовремено и уједињене стране, у циљу проналажења заједничког рјешења, циља као што је облигациони уговор, као резултанта воља двију страна, полазећи од, обично, удаљених позиција настоје да отклоне неђусобне разлике и постигну споразум. Преговори се могу дефинисати и као процес у којем будуће уговорне стране расправљају о условима под којима намјеравају да ступе у уговор.<sup>34</sup> Преговори имају противурјечну природу са супротним половима. Конфликтни пол чине разлике међу уговорним странама, а заједнички интерес је пол сарадње преговарача.<sup>35</sup> Поред противурјечне природе преговоре карактерише неизвјесност њиховог исхода и привременост.<sup>36</sup> Преговори имају своју предуговорну и постуговорну функцију. Мада их учесници могу прекинути у сваком тренутку, преговори који су успјешно завршени, закључењем уговора имају постуговорну функцију. Она се састоји у томе што ће се о њима водити рачуна код ревизије уговора; допуне споредних састојака, које, у недостатку сагласности воља уговарача уређује суд водећи рачуна о претходним преговорима. Поред тога, у постпреговарачкој, тј. фази уговорног дејства, тумачење, које не може проникнути у заједничку намјеру уговарача приликом закључења уговора може се помоћи позивањем на претходно вођене преговоре тако што се употребљени изрази из уговора тумаче према значењу које им придаје страна која је дала спорну или нејасну изјаву, односно према утврђеној пракси међу уговарачима и претходним преговорима.<sup>37</sup> Преговори су претежно ванправна појава. Ми их овдје не стављамо на прво мјесто због тога што имају пресудан значај, већ што, у оним приликама када се уговор закључује, уз претходно преговарање, хронолошки претходе прихватању понуде. Међусобни прелиминарни контакти будућих уговарача служе упознавању, зближавању, откривању и препознавању заједничких интереса и потреба и препознавању (детекцији) будућег понашања уговарача како би се избјегла неугодна изненађења и спознале њихове међусобне могућности за извршење уговорних обавеза. У крајњој линији и преговори имају за циљ заштиту повјерилаца. Законодавац, ипак, из горе наведених разлога начелно, не предвиђа да преговори, сами по себи, стварају уговорне обавезе, па чак ни предуговорне обавезе. Другим ријечима њима се не стварају, у правилу, правне обавезе или облигације. Вођење преговора не обавезује на закључење уговора. Тиме је југословенски законодавац прокламовао «слободу преговарања као опште правило.»<sup>38</sup> Преговори су техника која се користи када се очекује постизање сагласности воља странака о неком врједном и компликованом послу. Другим ријечима, у таквим пословима, "оно

---

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Ibid., str. 15.

<sup>35</sup> Ibid., str. 13.

<sup>36</sup> Ibid.

<sup>37</sup> Ibid., стр. 21.

<sup>38</sup> Ibid, стр. 32.

о чему је уговор" је сложено, непознато, вриједно и сл. Међусобно преговарање може да траје дуже вријеме и да изазове многе трошкове. У принципу, свака страна сноси своје трошкове или плаћа оно што и потроши и на што даје новац или какве друге издатке. У принципу, заједничке трошкове сnose преговарачи подједнако.

На ријешавање спора прилико скривљеног прекида преговора примјењују се правила деликтне одговорности за проузроковану штету. Непажња у преговорима за закључење уговора (*culpa in contrahendo*) која доведе до штете за једну страну ствара облигацију на накнаду штете независно од егзистенције уговора, јер уговор није ни закључен. Отуда и носи назив «предуговорна одговорност». Предуговорна одговорност омогућава да оштећена страна има право захтијевати од стране која је скривила прекид преговора накнаду тзв. Негативног уговорног интереса, који је облик штете који оштећени трпи, јер уговор, кривицом једне стране, није ни закључен.<sup>39</sup> Негативни уговорни интерес садржан је у разлици између имовинског стања оштећеног прије започињања преговора и његовог имовинског стања у које је запало услед тога што су преговори прекинати кривицом једног од преговарача.<sup>40</sup> Позитивни уговорни интерес, тј. интерес уговарача да закључени уговор буде и испуњен не накнађује се као вид штете у области предуговорне одговорности, јер до закључења уговора није ни дошло.<sup>41</sup> Претрпљена штета у облику негативног уговорног интереса накнађује се у пуном обиму, тј. и проста штета и изгубљена добит.<sup>42</sup> Обична штета обухвата оне трошкове који су адекватни узроку, тј. сразмјерни скривљеном прекиду преговора.<sup>43</sup> Измакла добит ће се досудити оштећеном преговарачу ако се изражава као доби коју је он могао остварити, да је уговор закључен, са високим степеном вјероватноће.<sup>44</sup> Одговорност за вођење преговора (*culpa in contrahendo*) јавља се као облигација на накнаду штете коју сноси онај преговарач који уђе у преговоре несавјесно, тј. без стварне намјере да уговор и закључи или намјеру да закључи уговор без основаног разлога, током преговора напусти - изневјери. Уколико су вођени преговори формулисање понуде обиљежава тренутак када преговори завршавају, а започиње фаза закључивања уговора.<sup>45</sup>

## Пунктације

Пунктације су скица,<sup>46</sup> неки елементи будућег уговора које треба

---

<sup>39</sup> Ibid., стр. 41.

<sup>40</sup> Ibid., стр. 109.

<sup>41</sup> Ibid.

<sup>42</sup> Ibid., стр. 115.

<sup>43</sup> Ibid., стр. 104.

<sup>44</sup> Ibid., стр. 105.

<sup>45</sup> Ibid., стр. 9.

<sup>46</sup> Ibid., стр. 427.: «Из околности да су странке скицирале уговор о купопродаји робе писмено и у овој скици предвиделе да ће уговор сматрати закљученим када га потпишу обе уговорне стране, произилази да су се стране споразумеле да уговор закључе у писменој форми, те се не може сматрати да је постигнут споразум ако није дошло до

разрадити. Обично настају као резултат преговора и служе преговарачима као оријентација када буду "сјели" да детаљније и дефинитивно уреде сва нужна питања будућег уговора. Пунктације представљају писмено фиксирани тачке о којима су преговарачи, у току преговора, постигли сагласност. Оне представљају један «слој» будућег уговора, његов «градивни» материјал.<sup>47</sup> С друге стране, на традицији аустријског права, продрло је у наше право схватање да су пунктације прелиминарна и потписана писмена исправа будућег уговора, којој недостају још само неке потрештине да би важила као коначна уговорна исправа.<sup>48</sup> Пунктације нису без икаквог правног дејства. Њих штити начело савјесности и поштења. Неоправдано избјегавање закључења уговора од стране једне странке довело би до *culpa in contrahendo*, јер су пунктације заједничка творевина преговарача, израз њихове прелиминарне сагласности о неким питањима будућег уговора. Пунктације се могу, у току разраде, до и приликом склапања уговора, заједничком активношћу странака, битно мијењати (*Ђуровић-Драшковић, стр. 114*). У коначној редакцији југословенског Закона о облигационим односима изостављене су одредбе о пунктацијама. Умјесто њих јасно су утврђена правила о предуговору који обавезује ако садржи битне елементе будућег уговора. У односу на предугovor пунктације би могли схватити и прихватити ка дјелимични споразум<sup>49</sup>, који би, по нашем мишљењу, имао функције у сфери предуговорне одговорности.

## Понуда

Понудом започиње закључивање уговора. Понуда, *per definitionem*, је једнострана изјава воље једног од будућих уговарача, одређеног лица које се назива "понутилац", и које ју упућује евентуалном будућем саговорачу (понућеном и прихватиоцу) са приједлогом у којем је јасно и озбиљно изражена намјера да понутилац закључи уговор са понућеним, ако је он прихвати и на тај начин створи уговор. Понућеном се пружа прилика да својом сагласном изјавом створи уговор. Отуда се често чује лапидарна дефиниција уговора по којој је уговор прихваћена понуда. Да би понуда била једнострана изјава воља које изазива правно дејство она треба да садржи све потребне елементе како би се чак и њеним тзв. "простим прихватањем" могао закључити уговор. Да би понуда била правно релевантна једнострана изјава воље с могућношћу трансформисања у уговор писци општих дјела из облигационог права говоре да она треба да садржи потребне елементе. Законска дефиниција понуде, према одредби члана 32. став 1. ЗОО гласи:»понуда је приједлог за закључење уговора учињен одређеном лицу који садржи све битне састојке уговора тако да би се његовим прихватањем могао закључити уговор.»

Под један, понуда мора бити припремљена и упућена (изјављена) од стране одређеног лица (понудиоца) или од стране његовог овлашћеника. Ово

---

потписивања скицираног уговора од стране обе уговорне странке (Пресуда Вишег привредног суда у Новом Саду, бр. П-1247/70 од 20. октобра 1971. године, Зборник судске праксе 5-6/1972, одлука бр. 477., стр. 407-408)

<sup>47</sup> Ibid, стр. 413.

<sup>48</sup> Ibid., стр. 414

<sup>49</sup> Ibid, стр. 415.

везивање понуде за одређено лице је због тога што је понуда једнострана изјава воље која правно обавезује понудиоца извјесно вријеме, које је одређено понудом или правном нормом. Каже се да је понудилац везан понудом. Он је дужан да сачека благовремену изјаву о прихвату и да са лицем које му благовремено и позитивно одговори на понуду заснује уговорни облигациони однос.

Под два, понуда се шаље, изјављује понућеном који је, исто тако, у правилу, одређено лице или се доставља његовом овлашћенику. Ово ограничавање понуде у погледу лица је у томе што понудилац мора да процијени своје пословне могућности и могућности лица са којим жели уговорати. Њему није свеједно с ким ће да заснује уговор. Он мора да тражи странку која ће бити уговору лојална. Осим тога, изузев случајева који су у пракси уобичајени и правно дозвољени, нема понудиоца који може бити правно обавезан према неодређеном, односно неограниченом кругу лица. Његове пословне могућности би тада биле пренапрегнуте и он би се упустио у неизвјестан ризик. Он никада не би могао бити сигуран да ли би могао задовољити интересе прихватилаца, а ако би они благовремено, у безброј случајева, прихватили његову понуду он би био изложен правној обавези и правним санкцијама. Закључени уговор је закон за странке, а положај уговорне стране штити облигационо право кроз настанак тражбине, субјективног грађанског права повјериоца. Према томе, понудилац мора да води рачуна да га изјављена понуда, односно његова изјава воље која садржи све елементе понуде, правно обавезује. Уколико ирецијени своје снаге и неодређени број лица прихвати његову понуду, поставиће се питање извршења многобројних преузетих уговорних обавеза. Јер, уговор је закон за странке и важи познати класични принцип *pacta sunt servanda*. Према нашем позитивном праву општа понуда која садржи све битне састојке уговора, а упућена је неодређеном кругу лица, важи као понуда уколико је то примјерено околностима посла или обичајима (члан 32. ЗОО). Слично томе, излагање робе у излогу сматра се као понуда за закључење купопродајног уговора према члану 34. ЗОО.

Као треће, понуда мора да садржи *animus contrahendi*. Отуда би понуда која је упућена неодређеном кругу лица, али је непримјерена околностима посла или обичајима, морала бити протумачена као неозбиљна и не би садржавала неопходан састојак који се означава као *animus contrahendi* или намјера уговарања. Та намјера мора бити јасно изражена како из саме изјаве тако и из околности и обичаја. Дакле, понуда мора бити озбиљно дата. Понудом се не изражава неко мишљење, савјет, обавјештење или рекламирање. Због тога се обавјештавање и рекламирање путем мас-медија не може сматрати понудом у правном смислу ријечи. Ова савремена појава се правно квалификује као позив за слање понуде (члан 35. ЗОО).

Као четврто, понуда треба да садржи све битне састојке будућег уговора. Битни елементи (*essentialia negotii*) су они елементи који квалификују сваки поједини уговор. Именованим уговорима сам закон одређује битне елементе који су нужни да би уговор настао. Без сагласности уговорних странака о свим битним елементима нема уговора. Без сагласности уговорних странака о природним и споредним састојцима уговор ће настати ако се закључује именовани уговор. Природни и споредни састојци допуњују се диспозитивном нормом и обичајним правилима. Изјављена понуда треба да садржи све битне

састојке, јер је "прост" прихват довољан да створи уговор. Понуда, значи, треба да садржи све што је неопходно потребно будућем уговору, јер уговор и није ништа друго и више него "прихваћена понуда" (члан 32. став 2. ЗОО).

И, као пето, о форми понуде се мора водити рачуна, ако то закон захтијева из горе изнијетих разлога везаних за технику закључивања уговора. У тим случајевима понуда ће произвести дејство само ако је сачињена у форми коју закон захтијева. Оваква законска обавеза, у погледу форме, обавезује и понудиоца и понућеног.

### Дејство понуде (чл. 36 и 37. ЗОО)

Понуда обавезује понудиоца на тај начин што ће се он наћи у уговору ако његову понуду акцептира, благовремено, одређено лице (прихватилац). Али, то не значи да је он због тога што је изјавио вољу и отпослао је у свијет изгубио сваку могућност и прилику да се ослободи такве обавезе. Значи, понуда није неопозива. Њу је могуће опозвати све док понудилац не прими понуду или је прими истовремено кад и опозив.

Понуда није "вјечна". Понудилац је обавезан да назначи рок до којег ће се сматрати "везаним" понудом. Ако је рок означен у понуди (нпр.: осам дана) овај рок почиње тећи од датума означеног у понуди као дана почетка рока. Ако рок, тј. дан од када понуда почиње да "тече" није означен у понуди, диспозитивно је правило да рок почиње трећи од изјављивања понуде (нпр.: од дана предаје писма пошти). Понуда изјављена одсутном лицу с којим понудилац није у непосредном, присном контакту, без утврђеног рока за прихватање, обавезује у уобичајеном, примјереном року. Уобичајен рок је правни стандард помоћу којег се утврђује временски рок (цивилно рачунање времена). Тај временски рок, који се сматра уобичајеним за прихватање понуде у којој рок није назначен, није крут (фиксан), него је еластичан и прилагодљив датим околностима, и примјерен је. До њега ћемо доћи у сваком конкретном случају, на тај начин што ћемо на вријеме потребно да понуда, према редовним приликама у поштанском саобраћају (или другим начином отпослата), стигне понућеном, додати вријеме потребно за размишљање понудиоца о њој (разматрање понуде од стране понућеног које се састоји од доношења једне од могућих одлука - прихватити или одбити понуду), и, на ова два периода времена треба додати и вријеме за које одговор понућеног може, према редовним приликама, да стигне понудиоцу или за које је требао стићи, ако га понућени није ни послао, јер је понуду својом интерном одлуком одбио.

Овакво обрачунавање времена трајања обавезности понуде је излишно код понуде учињене присутном лицу, тзв. непосредне понуде (члан 40. ЗОО). У таквом случају понуда траје колико траје и контакт заинтересованих лица и гаси се прихватањем или разилажењем лица без прихватања понуде.

### Прихват

Прихват понуде је таква изјава понућеног лица, које у потпуности, без резерви, јасно и озбиљно, позитивно одговори на понуду. Прихват је правно

релевантан и у стању је да створи уговорни облигациони однос под слиједећим претпоставкама:

- ако је сагласна изјава понућеног упућена понудиоцу;
- ако је из садржаја изјаве о прихватању понуде јасно видљиво да се односи на све објективне и субјективне битне елементе понуде;
- ако садржи јасно изражену намјеру обавезивања, те да је
- дата у прописаној форми, ако је форма за тај тип уговора прописана.

Прихват је правно релевантан, тј. довед ће до закључења уговора и ако је једноставно, "просто" дат, јер је то најједноставнији начин стицања до циља. Лапидарност прихвата је могућа, јер је у понуди већ дата цјелина односа будућег уговора, и прихватилац се не мора трудити да своју изјаву воље нарочито формулише. Довољно је да каже "да", и до уговора ће доћи. Прихват је правно релевантан и ако се учини конклюдентним радњама (*члан 39. став 2. ЗОО*).

Ћутање, као потпуно пасивно држање понућеног, не може се протумачити на лаички начин, као прихватање. Ћутање је правно ништа, тј. једно правно ирелевантно понашање понућеног. Ћутање не значи прихватање понуде (*члан 42. став 2. ЗОО*). Ћутање није конклюдентна радња. Изузетак је предвиђен само за лица која стоје у сталној пословној вези са понудиоцем када су у питању тзв. сукцесионе испоруке. Лице које са понудиоцем стоји у сталној пословној вези дужно је одмах и изричито да одбије понуду, иначе се сматра да је тада, "ћутањем" прихватило понуду. На исти начин је дужан поступити и извршилац понудиочевог налога, ако не жели да се његово ћутање протумачи као ирихватање налога (*члан 45. став 5. ЗОО*).

Понућени није дужан понуду ни прихватити ни одбити. Када изјави да понуду прихвата, ако се у неким дијеловима она изјави или је понудилац допуни, *praesumptio legis* је да је он понуду одбио и да је, сада, са своје стране учинио нову понуду ранијем понудиоцу, што се назива "понуда на понуду". Отуда се сматра да у позитивном праву важи принцип по којем је прихват "слика у огледалу" понуде.

И прихват није неопозива изјава воље. Ако понудилац прими опозив прихвата најкасније истовремено са прихватам, уговор неће настати (*члан 39. ЗОО*). Задоцњели прихват сматра се новом понудом, сада од стране понућеног и представља "понуду на понуду" (*члан 43. став 1. ЗОО*). Ако је изјава о прихвату учињена благовремено, али је дошло до њеног задоцњења из разлога који се тичу технике достављања, њено дејство зависиће од савјесности понудиоца. Ако је он знао или је могао знати да је понуда благовремено отпослата, уговор је закључен. То би се могло схватити као условна и ограничена примјена тзв. теорије отпослања у нашем праву које иначе прихвата тзв. теорију пријема (*члан 43. став 2. ЗОО*). Понудилац се и поред свога сазнања о техничким неприликама преношења своје изјаве може оградити од прихвата тако што ће одмах (најкасније, првог радног дана по пријему прихвата или прије пријема изјаве о прихвату) обавијестити понућеног да се због закашњења не сматра више везаним својом понудом (*члан 43. став 3. ЗОО*). Понудилац се, и поред свога сазнања, може оградити од прихвата тако што ће одмах реаговати на напријед описани начин.

Смрт или наступање уговорне неспособности која се деси након изјављивања понуде, а прије њеног прихватања, не слаби, односно не анулира дејство понуде. Понуда ће и у тим околностима изгубити дејство ако то произилази из намјере странака, обичаја или природе посла (као што је, нпр., код дејства уговора о пуномоћству).

### **Закључивање уговора уз сагласност трећег лица**

Дозволе и одобрење су изјаве воље трећих лица. То су лица која нису у улози ни понудиоца, а ни понућеног. Међутим, за њихове изјаве воље закон веже настанак или пуноважност уговора између уговарача.

Дозвола је сагласност коју треће, овлашћено, лице треба дати ирије закључења уговора и о чијем давању суверено одлучује, јер је на то овлашћено. Дозвола дјелује као одложни услов. Уговарачи могу да перфектуирају сва питања будућег уговорног односа, да већ "имају" готов уговор, али дејство уговора неће наступити док се одложни услов не испуни, тј. док се не добије дозвола. Дакле, без дозволе уговор неће настати.

Одобрење је изјава воље трећег лица која се може дати након што је уговор перфектуиран. На већ закључени уговор одобрење дјелује као раскидни услов. Уколико треће овлашћено лице да одобрење дејство ће бити ретроактивно и сматраће се да је уговор произвео дејство од почетка *ex tunc*.

Форма ових сагласности је она иста која се тражи за уговор о којем се одлучује од стране трећег лица.

У правном саобраћају овакав, условљени, начин закључивања уговора предвиђа се или у јавном интересу или у интересу уговорних страна. Историјски правно учача се потреба сагласности надлежног органа из организације удруженог рада за дјеловање заступника те организације. Ова обавеза заступника требало је да је уписана у судски регистар. Ако то није уписано, савјесна страна може од тзв. друштвеног правног лица захтијевати правичну накнаду за евентуалну штету. Сагласност ради заштите опште друштвених интереса, у бившем социјалистичком правном систему, захтијевала се нарочито у односима наших предузећа са иностраним фирмама (сагласност је тражена од бившег Савезног секретаријата за спољну трговину) или у случајевима када су се некретнине уступале на коришћење страним правним субјектима {Милошевић, 77-78}.

Позитивно-правно од значаја је давање сагласности на уговоре у којима је једна страна малољетник. Уговори које закључују малољетници који су напунили 14 година, без сагласности законског заступника или стараоца су тзв. "шепави" правни послови (*negotium claudicans*). Они су рушљиви, али се могу, накнадно, конвалидирати. Њихову рушљивост имају право истицати и стараоци, односно орган старатељства, зависно од тога ко је овлашћен да даје сагласност. Уговор који закључи малољетник а старалац га не сруши, производи правно дејство. Пуноважност таквих уговора не може нападати малољетников сауговарач. Сауговарач има само право да одустане од уговора, ако је био савјестан, тј. није знао за пословну неспособност сауговарача или је био преварен од малољетника који га је преварно увјерио да има сагласност законског

заступника. Право да одустане од уговора гаси се по истеку тридесетог дана од дана сазнања за пословну неспособност малољетника. Сауговарач малољетника може позвати законског заступника малољетниковог да да своју сагласност. Ако се законски заступник не сагласи у року од тридесет дана од позива сматраће се да сагласност није дата (*члан 57. ЗОО*).

### **Уговори по приступању (адхезиони)**

Уговори по приступању су такви уговори који се закључују тако што приступају у уговорни однос који је већ припремљен. Садржину уговорног односа не одређују странке тек својом сагласношћу воља. Од прихватиоца се не захтијева никакво изјављивање воље него он једноставним, фактичким радњама примјереним конкретним околностима (нпр.: уласком у превозно средство путник закључује уговор о превозу) закључује уговор. Правна природа овако насталих уговора је спорна. Спор је око тога да ли такви уговори имају облигационо-правно или административно-правно дејство и природу. Ове уговоре је развила француска правна теорија за потребе јавних служби. Сматра се да се заснивају на основу генералне (опште) и перманентне (сталне) понуде, понуда која се не гаси једнократним прихватањем, као што се гаси понуда упућена одређеном лицу. Понуда се прихвата у цјелости (*en bloc*). Често се приликом закључења уговора не виде јасно све појединости будућег облигационог односа. Многи детаљи и евентуална рјешења за многе будуће спорне појединости обично су дата у форми правила, правилника, тарифа или општих услова. Ове регулмане обично одређује, припрема, једна уговорна страна и они су саставни дио сваког појединачног закљученог уговора, уз услов да су објављени у часу закључења уговора (начело публицитета). Када су општи услови у колизији са посебним условима уговора, важиће посебне уговорне одредбе (*члан 142. ЗОО*). Општи услови су саставни дијелови појединачних уговора уколико су одобрени од стране надлежних органа (*члан 143. ЗОО*). Одредбе општих услова могу бити ништаве, а суд ће бити дужан да пружа посебну заштиту другој уговорној страни, која није састављала опште услове, јер је она, у правилу, економски слабија страна, која опште услове "доживљава" као диктат. Овдје се ради о томе да је равноправност уговарача, као једно од основних начела облигационог права озбиљно угрожено. Али, закључење оваквих уговора инфериорна страна не може избјећи. Жељезница, ПТТ, осигурање, комуналне услуге су најчешћа подручја њихове примјене. Уговори по приступу често се јављају и у облику формуларних уговора (*Буровић-Драгашевић, 115*).

Типски су уговори које водећи субјекти (професионална удружења, струковне организације) припремају и доносе те их стављају на располагање свим будућим уговарачима из неке "бранше". Да би се олакшало пословање са једном врстом производа или услуга и избјегли непотребни евентуални спорови чији је промет везан са познавањем многих правила која се стичу струком и искуством, струковна удружења припремају и дају на кориштење овако припремљене уговоре. Тако се долази до текстова типских уговора за трговање нафтом, плином, житом, резаном грађом и др., у које уговарачи уносе само најнужније податке о количини и цијени и транспортним питањима, а све друга

многобројна питања су већ у уговору ријешена.

Стандардни уговори су они уговори које припрема једна страна да би олакшала закључивање уговора чији је предмет асортиман производа којим тргује. За основне битне елементе остављен је празан простор, који се, ако дође до перфекције уговора, попуњава (нпр.: предмет, цијена, рок плаћања, рок испоруке, генералије уговарача и сл.) Овакви уговори су чести у односима између потрошача и трговине.

## Предуговор

Предуговор истичемо као један од посебних начина закључивана уговора. У случају када се закључује предуговор или када до закључења уговора долази преко предуговора у првој фази се закључује предуговор у којем се констатује основна обавеза предуговарача да ће закључити главни уговор. Предуговор, поред ове основне обавезе предуговарача, која се означава и као предмет предуговора, мора да садржи све битне елементе будућег главног уговора или, просто, уговора. Да би предуговор био пуноважан и правно дејствовао мора се изјавити у оној истој форми која се тражи за (главни) уговор. Тако излази да се предуговор може објаснити као (главни) уговор чије је дејство одложено.

Предуговор је један привремени однос који мора престати на слиједеће начине:

- у првом реду када испуни своју намјену ради које га предуговарачи формирају, тј. када предуговарачи закључе (главни) уговор и постану уговарачи. Ако је у предуговору одређен рок за закључење (главног) уговора страна која инсистира на закључењу (главног) уговора има право да постави захтјев за закључење (главног) уговора у року од шест мјесеци након истека уговореног рока или у року од шест мјесеци од истека рока који се може утврдити по природи уговора или правно релевантним околностима,

- предуговор може престати и без закључења (главног) уговора ради наступања промијењених околности.

Према јуриспруденцији, консензус странака приликом закључења тзв. "реалног" уговора сматра се, по својој правној природи, предуговором.

## Закључивање уговора предајом ствари (реални уговор)

За поједине уговоре, да би настали, потребно је поред постизања сагласности воља о битним елементима истовремено извршити и предају ствари (*res*). Стога се и називају РЕАЛНИ УГОВОРИ. Слично као и код предуговора и код закључивања реалног уговора разликују се двије фазе: у првој постиже се сагласност воља - обећање предаје, док је друга фаза - предаја предмета уговора, исто тако одлучна за настанак реалног уговора. Тек након извршене предаје ствари реални уговор се сматра закљученим (*Милошевић, 76*). Модерна грађанска законодавства критикују овај начин закључивања уговора тако што не прописују реалну форму, односно начин закључивања уговора. Ипак, природа неких уговора противи се уклањању овог начина закључивања из правног поретка, јер се задржава код, нпр.: уговора о превозу (*члан 653. ЗОО*); уговора о капари (*члан 79. ЗОО*) и уговора о поклону. Енглези кажу: "Giving is better than promising."

## Закључивање уговора опцијом (опциони уговор)

Опциони уговор настаје изјавом воље само једне уговорне стране јер је на такав начин овлашћена уговором или законом. Због тога се и не тражи, приликом оптирања, поновно саглашавање воља. Опционо овлашћење потиче, како смо рекли, из уговора или из закона. Тако, уговорни или законски носилац права прече куповине својим "простим" прихватањем закључује уговор исто као што то може да чини овлашћеник права откупа. Или, ако се код купопродаје уговори опција да купац има право у одређеном року од продавца купити исту количину робе по одређеној цијени. Да бисмо разликовали опцију од правне моћи треба истаћи да је опција могућност једностраног закључивања уговора, док је правна моћ, на терену облигационих односа, могућност субјекта облигације да изјавом своје воље утиче на постанак, промјену или престанак субјективног облигационог права (нпр. отказ уговора, одустанак од уговора, раскидање уговора, право избора код алтернативних облигација, право издвајања код генеричких облигација, итд.)

Опционо уговарања добија на значају и на терену развијене тржишне привреде. То нарочито долази до изражаја у берзанском пословању, тзв. дериватима који су финансијски инструменти чија вриједност зависи од вриједности робе на коју гласе (енгл. *underlying commodity*). Први деривати били су тзв. *forward* уговори, којима се трговало на Чикашкој берзи (*Chicago Board of Trade*), а први фјучерси уведени су средином прошлог вијека, када је "златна грозница" харала Дивљим западом, а Србија грцала под Турцима.

Опција је уговор који купцу даје право, али не и обавезу, да у одређено вријеме купи (енгл. *call option*) или прода (енгл. *put option*) одређену робу по унапријед договореној цијени (енгл. *strike price*). За то право купац плаћа продавцу премију (енгл. *premium*). У случају да купац опције не жели да реализује опцију (нпр. купио је опцију да купи долар за 1,4 ДМ, а у тренутку опције је курс на тржишту 1:1,3), она остаје неискоришћена. Да је у тренутку доспијећа опције курс на тржишту био 1:1,5 купац би реализовао опцију, јер је за ту опцију платио премију мању од разлике у курсу, и остварио би профит. Свакако, највише што може да изгуби јесте премија (цијена) коју је платио за опцију.

Куповина "call" опције даје купцу праву да купи одређену робу по одређеној цијени. *Call* опција служи као инструмент заштите од ризика у случају нежељеног пораста цијена те робе.

Куповина "put" опције даје купцу право да прода одређену робу по одређеној цијени и служи као инструмент заштите у случају нежељеног пада цијене.

Продаја "call" опције обезбјеђује продавцу премију, која зависи од цијене по којој купац може да купи робу на коју гласи опција. Што је цијена нижа, премија је виша.

Продаја "put" опције је аналогна продаји *call* опције, и прибијегава јој се у случају супротних очекивања на тржишту.

Значи, што виша цијена по којој се купцу гарантује да може продати робу на коју гласи опција, то виша премија. Овај инструмент се користи када се очекује да ће цијена робе на коју гласи опција порастати, или остати

непромијењена. У том случају, опција истиче неискоришћена, а продавац задржава премију.

### **Закључивање уговора јавним надметањем**

Надметање је закључење уговора са оним лицем које нуди најповољније услове. Циљ надметања је утакмица код закључења уговора како би одређено лице закључило конкретан уговор под најповољнијим условима (нпр.: најповољније услове нуди онај уговарач који, или, највише даје - нпр.: највиши износ купопродајне цијене, или најмање тражи, тражи најнижи износ накнаде за изградњу објекта) (*Проф. др Богдан Лоза: Закључивање уговора надметањем", Правна мисао, 1-2/1970, стр.22*).

Два су начина надметања: прикупљање понуда и усменим надметањем (лицитацијом, аукцијом) (*ibid, стр. 23*).

#### **а) Надметање прикупљањем понуда**

Распис за прикупљање понуда није понуда, јер нема *animus contrahendi*, а често, ни све битне елементе конкретног уговора, који се из расписа намјерно изоставља да би их заинтересовани најповољније поставили. До закључења уговора доћи ће када прикупљач понуда прихвати једну од поднесених понуда, иако се он у распису не обавезује да ће уговор, у сваком случају и закључити. Стога је прикупљање понуда само иницијатива за давање понуда, а не ствара правну обавезу на закључење уговора. Одговорност прикупљача понуда би се могла тражити само ако он не би савјесно размотрио сваку приспјелу понуду, те би се његово понашање могло оцијенити као злоупотреба права на иницијативу за стављање понуда у циљу закључења уговора. Доследно томе био би одговоран за евентуално насталу штету понуђачу. Трошкови састављања понуде су пословни ризик понуђача (*ibid, стр. 24*).

Поставља се питање у којој форми треба да је понуда поднесена? Све зависи од закона који прописује форму за поједине типове уговора и од услова надметања. Опште је схватање да је одржана писмена форма онда када су и понуда и прихват у писменој форми (у облику писмена). У случају да један од уговарача одбије доцније потписати писмену исправу о закљученом уговору или оспорава његово закључење, други уговарач стиче овлашћење да устане тужбом за установљење постојања уговора на бази писмене понуде и писмог прихвата понуде. Ако прикупљач само обавијести једног од понудилаца да је његова понуда најповољнија и да ће с њим, у одређеном року, закључити уговор, таква изјава није прихват већ само обавјештење да ће до прихвата доцније доћи. То се може сматрати фазом преговарања, која, у правилу, не обавезује на закључење уговора (*ibid, стр. 25*).

Ако прикупљач сам захтијева форму понуде то га не присиљава да уговор не закључи, тј. да прихвати понуду која је дата у било којој форми. Прикупљач може одредити круг лица - понудилаца, а тај круг лица може одредити и закон. Одређена својства или "подобност" понудиоца тражи се из разлога обезбјеђења извршења преузетих обавеза из закљученог уговора (*ibid. стр. 26*)

Треба разликовати надметање прикупљањем понуда у циљу закључења уговора и конкурса као једне врсте јавног обећања награде као посебног извора

облигационих односа који се заснива једностраном изјавом воље. Основне разлике у погледу правних посљедица. Надметању је циљ закључење уговора, док је конкурс самосталан извор облигација. Код расписивања конкурса облигациони однос увијек настаје, док код расписа о прикупљању понуда не мора настати. Прикупљањем понуда тражи се да заинтересовано лице изврши неку правну радњу (стављање понуде) док се конкурсом тражи извршење фактичке радње (израда пројекта).

Воља прикупљача понуда је субјективна, док је воља организатора конкурса објективизирана, јер је у самом конкурсном иредвићен начин оцјењивања постигнутог резултата предузете радње од стране учесника конкурса (резултат је описан како треба да изгледа када се постигне) и унапријед је формирана опјењивачка, конкурсна комисија (*ibid*).

#### б) Усмено надметање (лицитација, аукција)

Овај начин закључивања уговора организује се тако што се позивају заинтересована лица на одређено мјесто и у одређено вријеме да узму учешћа у усменом јавном надметању за закључење одређеног уговора с лицем које организује надметање. Једанпут стављена понуда, у току надметања, не спречава учесника да неограничен број пута понуду мијења стављањем повољније понуде. Правно ваљана је посљедња понуда, јер је, у правилу, најповољнија. Двије су подврсте усменог јавног надметања: а) надметање стављањем прихвата понуде, и б) надметање стављањем понуде (*ibid*. 27)

#### а) Надметање стављањем прихвата понуде

Организатор јавног надметања ставља присутним учесницима јавну понуду за закључење уговора, с тим да се уговор сматра закљученим са оним учесником чији прихват, по критеријима чињеница које су у понуди наведене, буде оцијењен као најповољнији. Прихват не треба да у свему одговара понуди, као што је то иначе основно правило код закључења уговора, јер је унапријед сагласан да прихват, у погледу одређених чињеница, може одударати од понуде, али да то одступање иде њему у прилог, а не прихватиоцу.

Ако се ради о закључивању неформалног уговора уговор се има сматрати закљученим у моменту констатације да је надметање завршено и то са оним учесником који је посљедњи дао прихват понуде. Ако се за уговор тражи писмена форма могуће је двојако рјешење, по питању закључења уговора: прво, ако се води записник надметања, уговор је закључен када га потпишу понудилац и прихватилац понуде, тако да састављање посебне исправе о уговору не би било нужно, или, друго, ако се не води записник нужно је сачињавање и потписивање писмене исправе (сматраће се тада закљученим) (*ibid*, *cmp*. 28).

Осигурање расписивача усменог јавног надметања (средство обезбјеђења) у погледу потписа писмене исправе, тј. доцнијег закључивања уговора са најповољнијим прихватиоцем, постиже се тако што се надметању приуштају лица која су претходно положила одређени износ новца на име кауције. Због тога, ако се најповољнији прихватилац касније предомисли и не приступи закључењу уговора, кауција му пропада. У том случају надметање се

повнавља, тј. не може доћи до аутоматског закључивања уговора с другим по реду, најповољнијим ионудиоцем.

#### б) Надметање стављањем понуда

Надметање стављањем понуде одвија се тако да се приступи стављању најповољније понуде, с тим да ће уговор организатор закључити са оним учесником чија понуда буде најповољнија. Организатор унапријед објављује који уговор и поводом чега жели закључити и какву понуду очекује. Одређује и полазне елементе (нпр. највишу, односно најнижу цијену и сл.). Заказивање јавног надметања не сматра се понудом већ само иницијативом за стављање понуде на коју организатор тек треба да изјави прихват. Касније стављена повољнија понуда гаси претходну. Најкаснија најповољнија понуда дата непосредно прије закључења (завршетка) јавног надметања сматраће се најповољнијом и правно релевантном за закључење уговора. Закључење (завршетак) јавног надметања не мора да значи аутоматско прихватање понуде. Организатор мора изјавити прихват. Организатор није, у сваком случају, по овом начину јавног надметања, обавезан да прихвати најповољнију понуду. Обавезан ће бити да прихвати најповољнију понуду ако је тако изричито изјавио и тада је не може безразложно одбити. Понуђач, који је дао најповољнију понуду, у том случају би могао тужбом тражити декларисање постојања уговора.

### 5) ПЕРФЕКЦИЈА УГОВОРА

Под перфекцијом подразумијевамо завршетак радњи закључивања уговора. Под овим ћемо испитати питања времена и мјеста закључења уговора, као основне параметре од којих се рачуна дејство уговора. Облигациони односи су такви правни односи за које вријеме има изузетан значај. Вријеме закључења уговора је битно за процјену почетка трајања облигационог односа као и његовог завршетка. Створене уговорне обавезе немају за циљ успостављање статике правних односа, већ је њихово облигационо правно дејство привремено. Вријеме закључења уговора различито се утврђује у зависности од тога да ли су уговорне странке биле у непосредном или посредном контакту. Ако су уговарачи били у непосредном контакту значи да су били присутни изјављивању понуде и прихвата или су стајали у непосредној телефонској, телепринтерској или радио вези. Понуда изјављена у тим околностима мора се прихватити без оклијевања, и без одлагања. Ако се не прихвати без одлагања сматраће се одбијеном (*члан 40. ЗОО*).

Када лица нису у непосредном контакту њихово комуницирање је везано за одређена својства посредног комуницирања као што је писмо. Размјена понуде и прихвата тада се сматра да постоји између одсутних лица. Моменат закључења уговора, када се ради о одсутним лицима, је онај исјечак времена када понудилац прими прихват понуде (*члан 39. став 1. ЗОО*). Позитивно право усваја тзв. теорију пријема. У упоредном праву постоје и друга рјешења која прихватају друга законодавства. Сва она рјешавају једно исто питање а то је утврђивање момента постизања сагласности воља о битним елементима уговора или моменат перфекције уговора.

Према теорији изјаве уговор се сматра закљученим када понућени изјави да прихвата понуду (напише писмо којим изража свој пристанак на дату понуду). По теорији одашиљања (отпослања, отпреме, *mail-box* теорији англосаксонског права) уговор је закључен када изјава буде упућена понудиоцу (писмо које садржи изјаву о прихвату предато је на отпрему пошти, убачено је у поштанско сандуче). Одашиљањем прихвата гаси се понудиочево право да опозове понуду. Према теорији сазнања уговор је закључен када понудилац сазна за садржај изјаве о прихватању понуде (прочита писмо таквог садржаја). По овој теорији није довољно да му је писмо уручено, као што то захтијева теорија пријема.

Све ове теорије имају ослонац у уважавању значаја воље или изјаве у праву. Теорија пријема и теорија одашиљања ослонац за рјешење питања времена закључења уговора налазе у теорији изјаве о којој се учи у теорији правних послова. Теорије изјаве и сазнања већи значај придају вољи као ствараоцу правних односа, не водећи довољно рачуна о потреби материјализације воље у праву ради постизања правне сигурности у приватно-правним односима.

Мјесто закључења уговора је мјесто на којем је изјављена понуда (након које је слиједио прихват) када су лица присутна, тј. у непосредном контакту. Када су лица одсутна, тј. нису у непосредном контакту, као мјесто закључења уговора сматра се пребивалиште или сједиште понудиоца у тренутку када је учинио понуду (*члан 31. став 2. ЗОО*). О мјесту закључења уговора, између одсутних лица чије је сједиште или пребивалиште у разним земљама, учи се у међународном приватном и међународном привредном праву.

## **6) ПОДЈЕЛА УГОВОРА**

Уговори се уобичајено дијеле према својим битним генеричким особинама које су карактеристичне за уговоре уопште. Ова класификација нам помаже да утврдимо дејство и правну природу сваког појединог именованог или неименованог уговора, као и правна правила Која се имају примијенити на дати уговорни однос.

Облигациони уговори се уобичајено биполарно дијеле на: једностране и двостране (синалагматичне), теретне (са накнадом, онерозне) и бесплатне (лукративне), комутативне (еквивалентне) и алеаторне (одважне, на срећу), неформалне и формалне, именоване и неименоване, краткотрајне и дуготрајне, једноставне и сложене (мјешовите), генералне и специјалне (опште и посебне), главне и споредне (акцесорне), индивидуалне и колективне, каузалне и апстрактне, и забрањене уговоре. Практично, сваки конкретни уговор посједује неколицину ових особина чијим се груписањем одређује његова карактеристична физиономија.

### **6/1 Једностранни и двострани уговори**

Када се уговор може окарактерисати једностраним то се чини на основу тога што он производи облигационо-правно дејство, тј. обавезе само за једну уговорну страну, док друга има само права. Такви су, нпр. уговор о поклону или послузи. Код двострано обавезних уговора обавезе су расподијељене и на једну и

на другу страну и стварају се тзв. синалагматичне облигације. У теорији се говори и о једнострано несвршеним уговорима. Такви су они уговори који су настали као једнострани да би до извршења стекли особине двостраних уговора, јер су се на страни титулара права стекле неке обавезе (Милошевић, стр. 80).

Разликовање на двостране и једностране важно је због њиховог дејства и посебних правила. Тако се правила о ризику случајне пропасти или оштећења ствари везују само за двостране уговоре; за двостране уговоре важе посебна правила код испуњења, јер се само код њих може истаћи приговор *non adimpleti contractus* и посебна су им правила за тумачење, јер се једнострани уговор тумачи у корист дужника. Реални уговори се јављају као једнострано обавезни. А сви доброчини уговори нису без изузетка једнострано обавезни.

## 6/2 Теретни и доброчини уговори

Када се ради о теретном уговору један уговарач другоме дугује накнаду за оно давање или чињење које од њега прима док се код доброчиних уговора не даје ништа за узврат ономе од кога се нешто прима. Теретни уговори се означавају и као еквивалентни. Ради се о очувању принципа еквивалентне размјене који је апликација закона вриједности у правним односима. Осим тога, по природи ствари, теретни уговори су и двострани, а за двостране уговоре Закон о облигационим односима веже важност начела еквивалентне размјене и допунским правилима, специјалним правилима, санкционише поштовање, тј. непоштовање овог начела код двостраних уговора. Теретне уговоре имамо као правну надградњу размјени прометних вриједности. Размјена само употребних вриједности није својствена теретном уговору. Употребне вриједности можемо рамјењивати двостранообавезним, али не и теретним уговором. Под теретним уговором можемо схватити и оне уговоре код којих се накнада за прибављено добро или услугу плаћа у новцу. Код давања у натури или у облику индиректне или директне користи (примања) ријеч је о двострано обавезном уговору. Теретни уговори су правило у облигационом праву и посебно у пословној пракси. Због тога је и ЗОО, који почива на подлози тржишне привреде, који ју претпоставља, из посебног дијела, гдје уређује тзв. именоване уговоре, изоставио доброчине уговоре. За теретне уговоре се везују многа и строга правила понашања и уговорне дисциплине, а све у циљу очувања, кроз цијели уговорни однос, и кроз извршавање права и обавеза из уговора, начела једнаке (правичне) вриједности узајамних давања које се назива и начело еквивалентности.

## 6/3 Комутативни и алеаторни уговори

Код комутативних уговора однос узајамних давања је дефинисан од стране уговарача и тако учињен извјесним већ приликом настанка уговора. У алеаторном уговору вриједност и однос међусобних права и обавеза је условљен и неизвјестан. Сви комутативни уговори у правилу су теретни (Буровић-Драгашевић, 1107). Комутативни уговори називају се и еквивалентним (Лоза, 106), јер се води рачуна о томе да узајамна давања буду по вриједности сразмјерна. Правним правилима о забрани прекомјерног оштећења (*laesio*

*enormis*) и о забрани зеленашења штити се еквивалентност уговора. Због нееквивалентности може се примијенити санкција ништавости комутативног уговора. Из алеаторних уговора могу да настану натуралне облигације. Код алеаторних уговора вриједност узајамних давања може бити много већа или испод сваког очекивања. Али, та чињеница такве уговоре не обеснажује, јер су странке на то пристале. То нису забрањени уговори. У алеаторне уговоре спадају: уговор о игри, уговор о опклади, уговор о осигурању.

Пошто уговор о игри или опклади не садржи посебни дио ЗОО, ми ћемо овдје изложити његов појам, карактеристике и дејство. Уговор о игри је споразум двају лица о томе да ће онај уговарач који у игри изгуби исплатити сауговарачу, или од њега одређеном лицу, ("побједнику") одређени износ новца или какву другу имовинску корист. Уговор о опклади настаје када два уговарача углаве да онај чије тврђење о некој спорној чињеници буде утврђено као нетачно исплати сауговарачу уговорени износ новца или неку другу одређену имовинску корист.

Уговор о игри или опклади је консензуалан и неформалан, алеаторан и према правилима бивших грађанских законика, извор натуралних облигација. Уговор о игри или опклади произвешће пуно облигационо- правно дејство, створиће цивилну, утуживу облигацију тек ако уговарачи депонују предмет игре или опкладе код једног од уговарача - учесника игре или опкладе или код неког трећег лица. Алеаторни уговор (од латинске ријечи *alea*, што значи коцка, игра коцком, игра на срећу) доводи уговорне стране у позицију да у моменту његовог настанка није познато која ће уговорна страна шта и колико нечега добити; неизвјесна је висина, односно омјер узајамних обавеза, јер то зависи од будућег и неизвјесног догађаја {Перовић, 208}. Алеаторни уговори, упркос улози коју код њих има неизвјесни догађај (који и не мора да је и будући, јер је довољно да је странкама непознат) нису уговори под условом. Јер, код уговора под условом настајак или престанај зависи од наступања услова. А код алеаторног уговора неизвјесни догађај не утиче на настајак или престанај уговора, већ само на однос и висину узајамних чинидаба. Уговор је перфекцијом изјава воља настао, али ће произвести дејство наступањем или "догађањем" неизвјесног догађаја који не мора бити и будући, те тако не мора имати ни правну природу услова (Перовић, стр. 210).

Уговарачи постижу сагласност о битним елементима уговора о игри или опклади када се сагласе о предмету игре или опкладе и о имовинској вриједности која као "добитак" припада побједнику. Резултат игре или тачност погађања неизвјесне чињенице су предмет игре или предмет опкладе. Чињеница која се погађа може бити прошла, садашња или будућа, али она не смије бити позната уговарачима у часу закључења уговора. Ако је знање о тој чињеници било познато једној или објема уговорним странама, уговор о игри или опклади је ништав (*нф. 1270. А.Г.З., ПГ.722. С.Г.З.*).

Дејство уговора о игри или опклади је облигационо-правно. Уговор о игри или опклади ствара облигацију из које само за једног од уговарача произилази обавеза на предају "опкладе" (износа новаца или какве друге имовинске добити) другом уговарачу који постигне бољи резултат у игри или погоди неизвјесну чињеницу о којој је опклада. Побједник или сретни добитник из облигације стиче само право захтијевати награду или опкладу. Правно дејство облигације из игре или опкладе зависи од тога да ли је настала утужива

(потпуна) или само натурална облигација.

Међу алеаторним уговорима поједини аутори посебно издвајају уговор о куповини или продаји наде (*Милошевић, 411*). Ради се о уговору *sui generis* који данас не спада у именоване уговоре ни као врста или модалитет уговора о продаји. Овај уговор не може ни по својој правној природи да се квалификује као продаја, јер настаје сагласношћу уговарача о предмету обавезе продавца за коју се, у вријеме закључења уговора, не зна да ли ће уопште настати, каквог ће квалитета и колике количине бити када настане. Тако се и дефинише „као : "цијели улов рибе из једног риболова или цијели род шљива из једног воћњака, и сл." Овакав уговор за купца је алеаторан, јер он депонује цијену код продавца за "наду" да ће предмет продавчеве обавезе настати. Дакле, ради се о модалитету продаје по вољи странака и мора бити изричито уговорен да би произвео правно дејство.

За разлику од овога, уговор о куповини наданих ствари није алеаторан, јер код њега не постоји неизвјесност да ли су ствари настале. Неизвјесност је само у погледу квалитета (нпр.: уговори се куповина стотину тона кукуруза прошлогодишње жетве по цијени од хиљаду динара по тони).

Међу алеаторне уговоре убрајамо и уговор о осигурању, као и уговор о доживотном издржавању о коме се детаљније излаже у посебном дијелу уговорног облигационог права.

#### **6/4 Неформални и формални уговори**

Неформално изјављивање воље је правило прихваћено у савременом облигационом праву, које дозвољава уговарачима да своју сагласност изјава воља перфектуирају и створе облигационо правно дејство, ако своје изјаве дају у било ком облику. Јасно је да неформалност не значи одсуство форме изјаве воље, него слободу у избору форме изјаве. Они се разликују од консензуалних уговора, код којих се уговор перфектуира простом сагласношћу воља без икаквих даљих уговорних реквизита какав је била предаја ствари код реалних уговора.

Формални уговори су они код којих странке имају обавезу да своје воље изјаве у тачно одређеном облику како би уговор имао облигационо- правно дејство. О разлозима захтијевања форме и о прописивачима тог захтјева детаљно смо изложили у лекцији о форми уговора, а ово питање се апликује и код излагања у посебном дијелу уговорног облигационог права.

#### **6/5 Тренутни и трајни уговори**

Тренутни уговори су они код којих између настанка и престанка уговорних обавеза нема протекла времена. Стога су они сигурнији за странке у погледу извршења обавезе.

Трајни уговори су такви да између конституисања уговорних обавеза и извршења истих протекне извјесни период времена. Такви су најчешће они уговори код којих је такво својство природно због односа које стварају и природе предмета односа, као што су, нпр.: закуп, послуга, уговор о дјелу, уговор о остави, уговор о ортаклуку и др. Облигације код тзв. трајних уговора су трајне облигације и због тога могу да у току свог "вијека трајања" измијене садржај,

или, да им се промијене субјекти или да се иовриједе усљед доцње или какве друге повреде облигација. На њих је могућа и примјена правила о промијењеним околностима, када су трајни уговори истовремено и двострано обавезни. Накнадна немогућност извршења може се појавити као начин престанка или начин преиначења садржаја трајних уговора. Трајни уговори дијеле се на уговоре са периодичним извршењем, код којих дужник своју обавезу извршава у оброцима, једнаким интервалима времена и на исти начин и на уговоре са сукцесивним обавезама, код којих се цијела обавеза извршава, али у дијеловима и одређеним терминима.

## **6/6 Каузални и апстрактни уговори**

У позитивном праву важи принцип да су сви уговори, да би били пуноважни, каузални, без обзира на то да ли су теретни или добротини. Законска је претпоставка да свака уговорна обавеза има основ макар није изражен. Код тзв. апстрактних уговора, које позитивно право не познаје, радило би се о забрањеној класи уговора. Код апстрактног уговора није познат циљ ради којег се уговорне странке вежу, обавезују. Као што смо поменули, наше позитивно право не признаје апстрактне уговоре, али признаје апстрактне дугове из једностраних изјава воље (нпр.: папира од вриједности) или из асигнације (потраживање асигнатара према асигнату - *Милошевић, 91*). Један каузални уговор је могуће претворити у апстрактни помоћу новације (*Милошевић, 90*). Римско право је формалним уговорима признавало правно дејство, макар се радило о апстрактном обавезивању као што се дешавало код стипулације. Њемачко право познаје апстрактне уговоре у два вида: апстрактно обећање дуга и апстрактно признање дуга. Према томе, по њемачком праву, дозвољено је обећати, правно се обавезати уговором, а да се не само не разлог обавезивања, већ да се он и не може утврдити, нити се његово утврђивање може захтијевати.

## **6/7 Именовани и неименовани уговори**

Именовани су они уговори који су од стране законодавца добили име. Поред давања имена, законодавац овој класи уговора уређује и садржај, претежно диспозитивним правилима. И давање имена и прописивање садржаја се чини због њиховог великог практичног значаја у датом правном поретку, те учесталог понављања исте уговорне форме за разне, али правно истоврсне ситуације и односе, у које ступају разни субјекти права, лица у праву.

Неименовани уговори су последица или продукт начела слободе уговорања. Уговори свакодневно настају и лица нису дужна да закључују само именоване уговоре. Потребне праксе теже реализацији аутономије воље субјеката на неодређен број уговорних форми. Битно је да се њихова воља изјављује у оквирима општих правила уговорног облигационог права. Често се неименовани уговори појављују као тзв. мјешовити уговори, јер се приликом њихове правне квалификације, која је важна за одређивање питања која правила треба на њих примијенити, јер су комбиновани од двије или више форми именованих уговора.

## **6/8 Једноставни и мјешовити уговори**

Мјешовити уговор спаја у једну правну целину особине двије или више разних врста именованих уговора. Мјешовити уговор ствара материјалну повезаност разних познатих (једноставних) уговорних елемената и карактеристика. Код мјешовитих уговора проблем се јавља кроз примјену правила која су прописана само за именоване уговоре који су, по својој правној структури, једноставни. Због тога, једни се залажу за примјену оних правила именованих уговора, која преовлађују у мјешовитом уговору, те се њихов поглед о том питању означава као "теорија апсорпције". Други су склони примјени оних правила именованог уговора којем је мјешовити најсличнији - према "теорији аналогije". Трећи су склони да слиједи карактеристике и садржај мјешовитог уговора и да примијене сва правила која се у њима сусрећу - према "теорији комбинације". Четврти заговарају примјену правила која се од стране суда чине најпримјеренијим за дати однос, те се њихово схватање означава као "теорија креације". Нама се чини да би се на мјешовите уговоре, који су у правилу, неименовани, требала примијенити она правила која суд у датом случају за дате односе сматра и наће најпримјеренијима, ослањајући се на општа начела и општа правила Закона о облигационим односима.

### **6/9 Самостални (главни) и споредни (допунски или акцесорни) уговори**

Самостални уговор производи дејство независно од постојања неког другог уговора. Споредни (допунски или акцесорни) уговори јављају се у функцији и зависности од другог уговора којем служе и које се стога назива главним. Њихова је правна задаћа да учврсте понашање страна ради остварења циљева главног уговора. Тако, нпр.: уговор о јемству, залози, хипотеци, капари, уговорној казни, одустаници. Споредни уговор је акцесорног карактера, јер дијели правну судбину главног уговора. Поред акцесорних, споредних, уговора у правној науци се разликују и допунски споредни уговори који се закључују тзв. анексирањем. Разна правна питања једног уговорног односа, која, из различитих разлога, нису уређена приликом настанка главног уговора, као и разрада (прецизирање) обавеза из главног уговора, уређују се једним или са више допунских уговора који се називају анекси, и који се, накнадно, закључују у моментима када уговорне стране оцијене да је то потребно.

### **6/10 Генерални и специјални уговори**

Генерални уговор закључују уговорне стране ради реализације неког значајног пословног подухвата. Због обима посла генерални уговор је уопштен, апроксимативан и није свеобухватан, и, у правилу, трајан. У пракси се генерални уговор закључује између инвеститора и главног извођача неког великог инвестиционог пројекта. Због тога се унутар главног уговора и у циљу извршења главних циљева уговарача закључују многобројни и разноврсни специјални уговори са разним субјектима ради извршења разноврсних радњи. Због своје дуготрајности главни, тј. генерални уговори веома су подложни измјенама садржаја и носе велики правни ризик. Њихов унутрашњи однос аналоган је односу између главног и споредног уговора.

## **6/11 Оквирни и појединачни уговори**

Оквирним уговором одређују се основни параметри неког дуготрајног правно-пословног односа, као што је у случају трајне пословне сарадње. Њима се заснива неки трајни пословни однос и уређују основне пропорције узајамних права и обавеза. Појединачни уговори служе реализацији сарадње и конкретизацији обавеза према потребној динамици.

## **6/12 Формуларни уговори и уговори са споразумно утврђеним садржајем**

Уговоре по приступу истакли смо већ као један од специфичних примјера начина закључивања уговора у модерним друштвено-економским приликама. У контексту лекције о начину закључивања уговора изложили смо ову класу уговора као примјер редукованог начина саглашавања воља уговорача. Ако се овакви уговори појављују у облику од једне стране одштампаног и поднесеног формулара тада се називају: формуларни уговори.

Као њихова подлога служе општи услови пословања састављача формулара, односно понудиоца. Ови општи услови разрађују читав низ правних ситуација које могу пратити овај уговорни однос и садрже правила за неодређен број истоврсних закључених уговора, односно уговора које треба закључити. У примјени општих услова присутна је опасност неравноправног односа уговорних страна што се покушава законском регулативом исправити, а исто се жели постићи посебним правилима тумачења за ове уговоре (*чл. 142-144. ЗОО*).

Често се бркају и мијешају адхезиони и типски уговори. Међутим, типски уговори, за разлику од адхезионих, не захтијевају потпуну везаност странака уговорним текстом, јер они нису једнострано припремљени и поднесени од једне уговорне стране другој. Неповољни или неадекватни услови типских уговора могу се мијењати. Сама примјена типског уговора у потпуној је зависности од сагласности воља странака по питању основне опције: да ли закључити или не закључити типски уговор.

Исто мијешање између претходних уговорних форми јавља се и када су у питању тзв. стандардни уговори. Стандардни уговори су припремљени за одређену пословну дјелатност и одређену класу уговора те се закључују попуњавањем празнина које су приређивачи у њима оставили празним. И њихова примјена зависи од воље уговорача и није у оној мјери строга и неповољна за једну страну као код адхезионих или формуларних уговора.

## **6/13 Колективни и индивидуални уговори**

Колективни су они уговори које закључују организације или удружења, односно представници одређеног колективитета са представницима другог колективитета који сачињавају одређену правно признату цјелину. Колективни уговори, у историјском и социолошком смислу, јавили су се као резултат класне борбе радништва организованог у своја класна, сталешка удружења, а то су синдикати. У име радника организованих у синдикат њихови синдикални представници су закључивали колективни уговор о раду у одређеној привредној

граница или дјелатности са представницима другог класног удружења, удружења послодаваца. Овај начин уговарања, у нашем праву, био је запостављен у периоду тзв. социјалистичког радног права које је законским нормама уређивало све радне услове у интересу радника. Тако се стварало, привидно, социјалистичко друштво као прелазна фаза за, тобоже, закономјерни улазак у будуће бескласно, комунистичко друштво у којем се неће супротстављати интереси рада и капитала. То је постигнуто само на нормативном плану у виду диктатуре пролетаријата као једине фаворизоване класе која поништава све остале друштвене интересе и чини их излишним. Пракса је демантовала ову утопијску визију ради које су милиони људи поднијели огромне, херојске жртве. Историјски ход довео нас је да поново реконструишемо класно друштво, тако да се у пракси почиње са примјеном колективног уговарања. Иначе, уговор који закључи синдикат радника са удружењем послодаваца обавезује све раднике и послодавце који су чланови ових колективитета и то у случају када закључују индивидуалне уговоре између својих чланова. Тако грађевински радник који закључује један уговор о раду са неком грађевинском фирмом, чији је власник члан удружења послодаваца које је закључило колективни уговор, има сва права која су апстрактним, општим нормама колективног уговора предвиђена за све и сваког који се нађе у тој ситуацији. Осим у области уређивања радних односа колективни уговор се јавља и у области осигурања. Битно је да се опште одредбе колективног уговора односе на све будуће индивидуалне уговоре, без обзира што стране, које се јављају у конкретном, индивидуалном уговору, нису непосредно закључиле колективни уговор. Ради се о једној својеврсној уговорној хијерархији, тако да између колективног и индивидуалног уговора важи начело субординације, слично односу општег акта према појединачном.

#### **6/14 Забрањени уговори**

Поједини аутори посебно издвајају тзв. "забрањене уговоре" као посебну уговорну класу коју карактерише сукоб са установом јавног поретка којима је предмет и основ недопуштен с аспекта јавног поретка и због чега су санкционисани апсолутном ништавошћу, као најтежем грађанско-правном санкцијом примијењеном на уговорне односе. Забрана се најчешће изриче у специјалном законодавству или генералном клаузулом ЗОО. Као забрањени уговори помињу се: уговори којима се угрожава јединство тржишта, уговори између адвоката и клијента о откупу парнице, уговори о брачном посредовању и др. (*Милошевић, 93*).

Најпознатији забрањени уговор је зеленашки уговор. Сваки теретни уговор могуће је закључити као зеленашки, ако се квалификовано поремети еквивалентност узајамних давања. Назив "зеленашки" потиче од купопродаје жита "на зелено" (*Милошевић, 94*). Претпоставке квалификовања неког уговора као зеленашког су објективне и субјективне природе. Објективна претпоставка је утврђена, очигледна, несразмјера узајамних давања која је прекомјерна у тренутку закључења уговора. Оцјена постојања овакве очигледне прекомјерне несразмјере је фактичко питање које утврђује суд од случаја до случаја. Субјективни услови, као претпоставка квалификовања било којег уговора као зеленашког, тичу се околности: зашто је уговорна страна дала свој пристанак, тј.

прихват зеленашке понуде. Те околности или разлози прихватања зеленашке понуде који, ако постоје, доводе до квалификовања неког уговора као зеленашког су: да је прихватилац прихватио зеленашеву понуду због нужде у којој се налазио у моменту закључења уговора; јер је био лакомислен или неискусан или у односу зависности са зеленашем у моменту давања изјаве о прихвату зеленашке понуде.

Зеленашки уговор је недозвољен, законом забрањен. Његово закључивање доводи уговорне стране у сукоб са императивном законском нормом. Због тога је такав уговор ништав и то апсолутно. Поред посљедица које погађају сваки апсолутно ништав уговор, оштећени, зеленашева жртва, односно прихватилац зеленашеве зеленашке понуде, има факултативно овлашћење да захтијева да зеленаш изврши допуну до праве вриједности свога давања или чињења и да се успостави еквивалентна размјена или да се обавеза искоришћаване стране смањи и тако успостави еквивалентна размјена. Тако би уговор, мада забрањен и апсолутно ништав, био конвалидиран и остао би на снази и то уколико суд нађе и одобри овакву конвалидацију и удовољи захтјеву искоришћаваног уговарача на правичну ревизију нееквивалентног односа уговорних страна. Искоришћавана страна има право да поднесе овакав захтјев за правичном ревизијом зеленашког уговора у року од пет година од закључења уговора.

## **7) ТУМАЧЕЊЕ УГОВОРА**

### **Уопште о тумачењу правних одредби**

Тумачење уговора је вид тумачења правних норми уопште. Правно тумачење или тумачење права састоји се у примјени читавог низа техника и метода од стране оног субјекта којем је тумачење неопходно или којем спада у надлежност тумача правних норми. Опште позната је разноврсност метода и техника тумачења, међу које спадају: језичко тумачење, кроз Које се примјеном правила Језика покушава утврдити право значење правне норме; логичко тумачење у истом циљу користи правила логике; систематским тумачењем се изолована норма, која се тумачи, доводи у везу са другим правним нормама које су релевантне за истраживање значења, а код тумачења уговора испитује се везаност свих уговорних клаузула у цјелини и њихова опстојност према основним начелима Закона; историјско тумачење је вођење рачуна о околностима које су постојале у вријеме закључења уговора и њихово упоређивање са истим или сличним околностима у вријеме утврђивања значења (вријеме тумачења); циљно тумачење истражује заједничку намјеру странака која одговара на питање: зашто су ушле у уговор? Та заједничка намјера је изражена изричито или прећутно или се може установити из тока преговора, ако су вођени прије постављања понуде, односно закључења уговора.

Према једној од прихватљивих дефиниција, тумачење уговора је дјелатност странака, трећих лица или поступање суда у циљу откривања правог значења и смисла спорних одредаба када поједине одредбе нису јасне или је нејасан уговор у цјелини комбиновањем субјективног критеријума тумачења (утврђивањем воље, тј. заједничке намјере уговорних страна) и објективног

критеријума тумачења, тј. разумијевањем одредаба како одговара начелима облигационог права утврђеним Законом, односно одређивањем правог значења тумаченог уговора тако да он буде у складу са правилима датог друштва и позитивног правног поретка.

Тумачење је низ поступака и понашања уговорних странака у току трајања и извршавања уговорних обавеза. Уговорне странке закључујући уговор постижу сагласност (или вјерују да постижу сагласност?) о битним елементима уговора који желе. На тај начин, они сами постављају програм свог будућег понашања по том питању које је један инсерт из њихових свакодневних друштвених и правних односа. Пошто је уговор заједничка творевина двају воља то је и предмет тумачења сагласна воља уговорних страна, заједничка намјера уговарача или заједнички циљ уговарања. Уговор је "мали" закон или "мали устав" за уговорне странке који их обавезује, под пријетњом иравне санкције, да обавезе из уговора морају извршавати онако како гласе или онако како су их углавили, односно уговорили (*pacata sunt servanda*). И у томе нема ништа спорно, ако се све одвија онако као је "записано". Проблем се поставља ако уговарачима није јасна "уговорна линија" које се они, иначе, желе придржавати. То се дешава ако њима нису јасне или су им различито "јасне" једне исте уговорне одредбе. Тада се међу њима јавља размимоилажење или сукоб о постојању, значењу, дејству и одговорности за успостављену заједничку намјеру и обим права и обавеза које из уговора произилазе било за једну или другу уговорну страну. Јасне одредбе се не тумаче него се примјењују онако како гласе. Међутим, ако уговорне стране не разумију исте уговорне одредбе једнако, тада је тумачење неопходно.

Полазећи од субјеката тумачења и вриједности тумачења тзв. аутентично тумачење уговора могу дати било сами уговарачи својим ангажовањем и постизањем споразума о спорном питању, тј. Изналажењем заједничке намјере или праве воље. По њиховој одлуци и са својим пристанком то могу, умјесто њих, учинити најчешће стручно компетентна трећа лица. Ако су њихове позиције поводом схватања појединих уговорних одредаба супротстављене у толикој мјери да међу њима постоји спор тада се могу обратити суду који ће изнаћи аутентично тумачење. Судско тумачење формално ће ријешити спор, дајући за право једној од уговорних страна. Међутим, судско тумачење биће преурањено уколико постоји уговор између страна да препусте тумачење неком компетентном трећем лицу.

### **Општа правила тумачења уговора**

У материјално-правном смислу уговор се тумачи у циљу изналагања аутентичне заједничке намјере уговарача. Овакав приступ тумачењу у основи је идеје тзв. субјективне теорије тумачења. Субјективна теорија тумачења присутна је у многим правним системима, јер произилази из начела аутономије воље као врхунског начела уговорног облигационог права. Тумачењем уговора се утврђује значење појединих спорних одредаба или свих одредби једног уговора како би се изнашла заједничка намјера уговарача сакривена унутар појединих одредби односно уговора у цјелини. Тумачењем се не допуњује воља уговорних страна, већ се отклања спор о значењу уговорних одредби које су оне хтјеле углавити

приликом постизања сагласности воља. Тумачењем се жели премостити јаз између изјављене воље, која је спорна или нејасна и праве воље која се крије у спорним или нејасним формулацијама уговорних одредби. Права воља уговорних страна, која се утврди тумачењем, за уговараче престаје више бити спорна. Приликом тумачења не треба се држати дословног, буквалног значења употребљених ријечи и израза, него је потребно истражити и утврдити заједничку намјеру уговарача и сваку спорну одредбу разумјети у складу са начелима Закона о облигационим односима (члан 99. став 2. ЗОО).

Према тзв. објективној теорији тумачења, циљ тумачења је усклађивање контроверзних уговорних одредаба, а што се постиже усклађивањем, од уговарача постављених, одредаба са објективним нормама, нормама објективног права. Другим ријечима, нормативна воља аутономних субјеката права, који усклађују уговором своје приватне интересе, поставља се у оквире објективне воље законодавца, који је, у законској форми, поставио многобројна правила међу којима се налазе и она правила које се могу директно примијенити на дати уговорни однос. Тако Закон о облигационим односима примјењује објективну теорију тумачења тако што прописује да тумачену одредбу треба разумјети тако како одговара начелима облигационог права како их је прихватио Закон.

Друго питање општих правила за тумачење уговора условно бисмо назвали "формалним". Оно се тиче субјеката и форума тумачења. Субјекти тумачења су, као што смо већ и истакли, саме уговорне странке. У случају несагласности уговорних странака о смислу и домашају уговорних одредаба, уговарачи могу повјерити трећем лицу тумачење свог уговора. Закон даје предност вансудском тумачењу, које је облигаторно за случај када су уговарачи изабрали треће лице за тумача уговора. Ако треће лице не пристане да се нађе у улози тумача, тада ће бити могуће да се странке обрате суду са захтјевом да истумачи њихов уговор. Под судским тумачењем, у ширем смислу, подразумијева се тумачење и од стране неког другог надлежног и компетентног државног и парламентарног органа (као што су струковна удружења, коморе и сл.)

### **Посебна правила тумачења уговора**

Уговор се тумачи примјеном граматичких правила. Воља странака изражава се језичким знацима. Уговорне одредбе разумијевају се онако како гласе. Граматичко тумачење је најтјешње повезано са формално-логичким.

Код тумачења, не треба се држати дословног значења употребљених израза. Употребљене изразе треба схватити у ширем контексту коришћењем и испитивањем мјесних прилика и обичаја, природе односа, особина странака и др. Уговорна одредба, уколико има мјесно, локално значење неће се сматрати да је без значења. Сматра се да мјесно, локално значење има уже, а не шире значење. Тумачену одредбу никад не треба схватити изоловано од других уговорних одредаба.

Још је Иво Андрић лијепо изрекао: "Ако не знамо значење неке речи или нам оно није јасно, то не значи да га она нема; исто као што једна реч може да значи друго и да казује више од оног што ми о њој знамо." Према томе, тумач не смије да узме да употребљена ријеч или израз немају значење. Он не може да материјализоване изразе изјављене воље уговарача одбацује, као да их нема, да

би "завршио посао".

Код уговора које једнострано припрема једна страна и подноси их другој страни на прихватање у смислу "приступања" (о чему смо говорили код адхезионих уговора), као и оних који су другој уговорној страни поднесени на потпис, јер су одштампани у облику унапријед припремљеног формулара, нејасне одредбе тумаче се у корист уговорне стране која приступа уговору или потписује уговорни формулар.

Нејасне одредбе у бестеретним уговорима, тумаче се у смислу који је мање тежак за дужника.

Несагласности о уговорним одредбама, у теретним уговорима, рјешавају се тако што се оне тумаче у правцу успостављања правичног односа узајамних давања. Користе се сва правила и сви институти који штите начело еквивалентне размјене у теретним уговорима.

## **8) ДЕЈСТВО УГОВОРА 8/1 Опште дејство уговора**

Уговор има облигационо-правно дејство. То значи да је уговор један од извора облигације. Уговор је и један од најважнијих извора облигација, јер су потребе правног промета за овом правном формом континуиране и својствене робно-новчаним односима. Отуда је уговор по својој правној природи означен као правни посао и то двострани правни посао. Уговор има релативно, релационо или облигационо-правно дејство. Он веже у правни однос који се назива облигациони однос двије стране. Не можемо говорити о везивању двије странке, јер и на једној и на другој страни у уговору може постојати више лица (физичких или правних) о чему смо говорили под насловом: "Множине субјеката у облигацији". Битно је да облигациони уговор ствара права и обавезе само за уговорне стране, а не и за трећа лица (*члан 148. став 1. ЗОО*). Пошто су уговорни односи имовинско-правне природе то уговор има и шире дејство само према универзалним сукцесорима. Закључени уговори *decuiusa* су и насљедникови уговори. Заоставштину обухватају ствари и права која припадају појединцима (*члан 2. ЗН*). Преласком заоставштине на насљеднике, у тренутку смрти оставиоца, насљедник баштини и положај уговорне странке, односно права, али и обавезе које из тога произилазе. Такав статус има насљедник који прими насљеђе. Он свој положај оставиочевих права и обавеза из уговора може да избјегне ако се одрекне насљеђа (*чл. 133, 134. и 139. ЗН*). Насљедници се никад и не би одрицали од насљеђа када би стицали само права. Међутим, уговор ствара, најчешће, и права и обавезе за једну уговорну страну. А насљедник је универзални, а не сингуларни сукцесор. Отуда је Закон о насљеђивању посебну пажњу обратио регулисању правног положаја насљедника кроз његову одговорност за дугове оставиочеве. Насљедник одговара за дугове оставиочеве до висине вриједности насљедне имовине. Међу насљедницима ствара се солидарна заједница у којој они одговарају солидарно за дугове оставиоца, али сваки до висине свог насљедног дијела ако није извршена диоба насљеђа. Диобом дугови се између више насљедника дијеле сразмјерно њиховим насљедним дијеловима, ако тестаментом није шта друго одређено (*члан 143. ЗН*).

Изузетно уговором се могу конституисати само права за трећа лица. Трећа лица могу бити само бенефицијари, тј. корисници из уговора али не и

уговорна странка у пуном смислу ријечи, јер за њих и из једног двостраног уговора могу проizaћи само права а не и обавезе. То ћемо питање посебно изложити у оквиру наслова: "Уговор у корист трећег лица".

## **8/2 Уговори без правног дејства (неважећи уговори)**

Да би уговор настао и да би произвео облигационо-правно дејство нужно је да се уговорне стране сагласе у погледу битних елемената уговора. Уколико уговорне стране постигну сагласност о битним елементима уговора (објективним и субјективним битним елементима, јер ће и субјективним елементима уговарачи моћи условљавати перфекцију уговора њиховим усаглашеним прихватањем). Уколико уговарачи постигну сагласност о битним елементима уговора, али су ти елементи такви да не испуњавају услове за настанак пуноважне облигације или је сагласност воља постигнута, али је посљедица недостатака у погледу формиране воље уговорних страна, такви уговори ће бити непуноважни. Међутим уговор је једна реална (правна) творевина. Уговор је материјализован израз воље лица у праву. Стога се неважећи уговор, као извор облигација, мора уклонити из правног поретка како неби негативно оптерећивао однос међу уговорним странама у садашњости, али и у будућности. Уклањање уговора назива се "поништавање" уговора. Поништавање уговора представља начин престанка неважећег уговора усљед недостатака који су постојали у часу перфекције уговора. Један уговор оквалификоваћемо као неважећи ако у тренутку његовог закључивања нису постојали услови његове пуноважности, а усљед чега уговор неће производити никаква правна дејства. У категорију неважећих уговора спадају: ништави и рушљиви уговори. Ништави уговори су класа неважећих уговора који не производе никаква правна дејства од тренутка њиховог закључења, јер су закључени противно принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима. Тако, ако је сагласност уговарача постигнута о предмету или основу уговора који су: немогући, недопуштени, неодређени или неодредиви уговор ће бити ништав (*чл. 47 и 52. ЗОО*). Пошто такав недостатак постоји од почетка, *ex tunc*, то би се, према једном схватању, радило о непостојању правног посла. Међутим, како смо истакли, уговор је ипак настао и поништењем се жели обнародовати његово неважење, уклонити посљедице које су настале и које се могу фактички, реално и одиграти. Тек с поништењем међусобна давања могу се вратити на предуговорно стање, јер такве промјене немају свој правно ваљан основ. У теорији се систематизују такви уговори као забрањени (противзаконити), неморални (противни добрим обичајима), уговори чији је основ неистинит или непостојећи (симуловани и фиктивни) и уговори потпуно пословно несиособних лица. Ништавост уговора је објективна категорија која се тиче свих лица у правном саобраћају и сва лица се могу на ништавост уговора позивати и истаћи приговор, а и суд пази по службеној дужности на ништавост уговора. Право на истицање ништавости, подизање тужбе или истицање приговора није подложно правилима застаре. Ово право не застаријева.

Ништавост поједине одредбе или углавка уговора, означава се као дјелимична ништавост, не доводи до поништења уговора у цјелини, ако такав уговор може пуноважно егзистирати без те одредбе, осим уколико се та одредба не тиче услова или "одлучујуће побуде" ради које је уговор закључен. Побуда

или мотив не чини основ уговора. Питање је шта ЗОО подразумејева под одлучујућом побудом и не мисли ли се ту на основ уговора. Међутим, сматрамо да је основ таква одредба уговора која мора да "поквари" читав уговор. У том смислу и *Коментар ЗОО у редакцији Благојевић-Круљ, стр. 311. I том.* Коментатори сматрају да је "услов" и "одлучујућа побуда" формулација која обухвата фактичка питања. Под одлучујућом побудом се наводи примјер непуноважно формулисане индексне клаузуле у уговору коју суд прогласи ништавом. Али то не би повукло ништавост и цијелог уговора, осим ако заинтересована страна не постави захтјев да се и сам уговор прогласи ништавим, ако докаже да је уношење такве "индексне клаузуле" у дати уговор било "услов уговора" или "одлучујућа побуда" због које је уговор и закључен. Допунско је правило из ЗОО да ће уговор остати на снази и поред тога што уговорна страна докаже да је ништава одредба била "услов уговора" или "одлучујућа побуда уговора", у случају кад је ништавост установљена управо да би уговор био ослобођен те одредбе и важио без ње. То значи да је посебним законом или посебном законском одредбом, установљено да ће уговор важити ако се формира са ништавом одредбом, јер ће ништава одредба отпасти по сили закона. Тако се у пом. Коментару наводи примјер уговарања веће цијене од прописане у купопродајном уговору у коме ће споразум преко вишка прописане цијене отпасти. Или, када се уговоре камате преко законом дозвољене стопе, одредба о каматама, у мјери која је у складу са законом, опстаје заједно са уговором, али "нестаје", "ослобађа" се уговор прекомјерно уговорене камате. Закон начелно не дозвољава конвалидацију ништавог уговора када накнадно, тј. након закључења уговора нестане забрана или који други узрок ништавости. Конвалидација је накнадно оснажење еушљивога, а изузетно и ништавог уговора. У позитивном праву, конвалидација је примјењива на рушљиве уговоре истеком рока за захтијевање поништења уговора, односно изјавом или пасивним држањем лица које је овлашћено захтијевати поништење таквог уговора, али то пропушта учинити. Изузетно, конвалидација је могућа, као законска, правна конвалидација фактичког стања, ако је забрана била мањег значаја (што је фактичко питање) и ако је уговор извршен, чиме се и на овом терену прихвата тзв. "теорија реализације".

Ако начелно забрањује конвалидацију ништавог уговора, Закон начелно дозвољава конверзију, тј. дисимуловање симулованог уговора. Конверзија је претварање јеног ништавог уговора у пуноважан облигациони однос. Према одредби члана 106. ЗОО, ако ништав уговор испуњава услове за пуноважност неког другог уговора, између уговарача остаће на снази тај други уговор, уколико тако произилази из воље уговарача и конкретних околности односно испуњења законских услова за пуноважност овог другог уговора. Уговор ће бити могуће конвертовати у пуноважан дисимулован уговор, под слиједећим условима: - уговорне стране морају бити савјесне, тј. нису знале да је посао ништав због тога што је забрањен или неморалан, те симулацију нису предузели с том намјером; - у симулованом уговору који је ништав морају бити садржани елементи пуноважног уговора који се може дисимулацијом открити; - ако је дисимуловани уговор у сагласности са циљем који су уговарачи имали у виду кад су закључили симуловани уговор и, да би они, по оним чињеницама којима се располаже и правно релевантним околностима случаја, иначе закључили, већ

тада, на почетку, дисимуловани уговор да су знали за ништавост свог (симулованог) уговора. Под овим условима је конверзија могућа, јер она иначе појмовно значи преобраћање једног - ништавог уговора (симуловани уговор) у други, пуноважан (дисимулован) уговор.

Посљедице ништавости се сведе на обавезу реституције која има ретроактивно дејство. Опште је правило да је свака уговорна страна ништавог уговора дужна да врати другој оно што је примила по основу таквог уговора. Ако то није могуће да се изврши, тј. не може се извршити тзв. натурална реституција, односно, ако је то инак могуће, али се раституција противи природи онога што је испуњено, даће се еквивалентна накнада у новцу, према цијенама у вријеме доношења судске одлуке, уколико за конкретни случај закон не одређује нешто друго (посебни пропис). Изузетак од општег правила које свакој уговорној страни даје овлашћење на реституцију предвиђен је Законом у случају када се испуне слиједећи законски услови, тј. претпоставке:

- ништавост уговора мора бити посљедица повреде јавног поретка или добрих (моралних) обичаја;
- страна која захтијева реституцију или обје стране су несавјесне, и
- ништавим уговором су угрожене значајне друштвене вриједности и морална схватања (јавни морал) друштва.

Суду је дато на дискрецију да тада одлучи да се захтјев несавјесне стране за враћање оног што је дала другој, савјесној, страни одбије. Суд може одлучити и да једна или друга страна, оно што је примила неосновано, "на основу" забрањеног или инфамног уговора, преда општини, тако да та имовинска вриједност уђе у државну (раније друштвену) својину. На крају, нема разлога да суд овакву одлуку не донесе за обје уговорне стране, ако је утврђена њихова несавјесност, или да им не одобри захтјеве за реституцију.

Друга посљедица ништавости уговора је одговорност лица кривога за ништавост уговора. Право на накнаду штете од уговарача који је крив има само невини, тј. савјесни уговарач. Невини уговарач није знао за постојање ништавости уговора. Он није знао да "улази" у ништав посао. С друге стране, као услов одговорности је несавјесност "криве" уговорне стране која је знала или је морала знати за узрок ништавости будућег уговора, али је намјерно "увукла" или "навукла" другу уговорну страну на закључење ништавог уговора. Чини се да се само степен кривице означен као "намјера" може оцијенити као кривица несавјесног уговарача. Најзад, мора постојати узрочна веза између штете и закључења штетног уговора, тј. ништавог уговора, усљед чега је савјесном лицу створена штета.

Рушљиви уговори називају се још и релативно ништавим, јер се њихово поништавање дозвољава само заинтересованим уговорним странама и само уговорне стране имају легитиман правни интерес за њихово поништавање. То их разликује од ништавих уговора у ужем смислу ријечи о којима смо раније излагали и који се због иницијативе, односно" правног интереса за поништавање који је дат широком кругу лица, називају још и апсолутно ништавим. Рушљиви уговори се понегдје називају и побојним уговорима. Другим ријечима, само уговорна страна у чијем је интересу рушљивост установљена може тражити да се уговор поништи. Правни интерес за поништење рушљивог уговора производи

овлашћење које је застариво. Погођена уговорна страна може своју заштиту повријеђеног правног интереса захтијевати у субјективном року од једне године од сазнања за рушљивост или ће се тај рок рачунати од престанка принуде. Објективно застара наступа у року од три године по закључењу уговора.

Пошто је рушљивост установљена само у интересу једне уговорне стране, то значи да је само она овлашћена да, према свом нахођењу, захтијева или не захтијева поништење уговора у застарном року. Међутим, уговорни односи су динамични правно-пословни односи. Сазнање о постојању узрока ништавости може бити доступно и једној и другој уговорној страни, али страна којој је интерес повријеђен суверена је у одлуци када ће и да ли ће покренути питање поништења уговора. Да би се ово "доба неизвјесности" скратило и односи страна неби компликовали Закон дозвољава другој уговорној страни иницијативу (бланкетно овлашћење) да тражи од овлашћене стране да се у одређеном року који не може бити краћи од 30 дана изјасни да ли остаје при уговору или не. Ако се овлашћена страна изјасни да остаје при уговору она се добровољно одриче овлашћења на поништење и уговор конвалидира, те га трансформише у пуноважан уговор. Међутим, ако се изјасни да не остаје при уговору, самом својом изјавом предузеће први корак у правцу поништења уговора. Ако се уопште не изјасни, њено ћутање сматраће се као акт, тј. изјава о поништењу уговора. Аналогну ситуацију, регулисану посебним одредбама имамо и код регулисања (саморегулисања) правног положаја сауговорача пословно неспособног лица ако није знао за пословну неспособност сауговорача који је ограничено пословно способан или је од њега лукавством био преварен да има одобрење законског заступника. Такав сауговорач ограничено пословно способног лица може изјавити да одустаје од уговора. Поред тога, а аналогно овлашћењу сауговорача стране која има овлашћење да поништава уговор, сауговорач пословно неспособног лица може позвати законског заступника да се изјасни да ли одобрава уговор који је закључен без његовог одобрења, те ако он у року од 30 дана, по позиву, не изјави да уговор одобрава, сматраће се да је одбио да да одобрење, те такав уговор остаје и даље "шепав" (*negotium claudicans*) (чл. 57 и 58. ЗОО).

Посљедице поништења рушљивог уговора идентичне су посљедицама поништења ништавог уговора. То значи да, у правилу, поништење има ретроактивно дејство. Међутим, с обзиром на диспозитивност захтјева рушљивости, као и могућност конвалидације рушљивог уговора, могуће је да, уз сагласност страна, рушљивост не добије ретроактивно дејство. Што се посљедица тиче, исто као и код ништавог уговора, ако уговор није извршен до поништаја стране нису дужне да предузму радње извршења, ако је извршен треба извршити реституцију, ако је то још могуће, *in naturam*. Ако враћање није могуће или се иротиви природи онога што је било предмет испуњења (нпр. наручена услуга је обављена), потребно је дати одговарајућу накнаду у новцу. У том погледу постоје одређене разлике, чини нам се у корист права уговорача који поништава рушљив уговор. Наиме, према одредби члана 113. став 2. ЗОО: "Накнада у новцу даје се према ценама у време враћања, односно доношења судске одлуке." На рушљивост примјењују се одредбе ништавости о дјелимичној ништавости. Дјелимична рушљивост ће довести до елиминације само оних одредаба рушљивог уговора које су оптерећене недостатком, ако је то по

природи ствари тако и под претпоставком да рушљива одредба "није била услов уговора ни одлучујућа побуда због које је уговор закључен" (*аналогно одредби члана 105. став 1. ЗОО*).

Разлика између ништавих и рушљивих уговора према посљедицама ништавости, је и у томе што се на рушљиве уговоре не примјењује правило о одбијању захтјева за повраћај и о преношењу у државну својину онога што је по основу ништавог уговора извршено или треба да се изврши (*члан 104. став 2. ЗОО*).

Одговорност за штету коју претрпи савјесна страна (која није знала нити је могла знати за узрок рушљивости) сноси узрочник рушљивости уговора (*члан 115. ЗОО*). Одговорност ограничено пословно способног лица је блажа, јер оно одговара само онда за штету која сауговарачу настане поништењем рушљивог уговора, ако је лукавством увјерила сауговарача да је пословно способно и тако скривило узрок рушљивости. Благост законодавца према ограничено пословно способном лицу уочава се и на плану обима накнаде штете. Сауговарач таквог лица "може захтијевати враћање само оног дијела испуњења који се налази у имовини ограничено" пословно способног лица, или је употребљен у његову корист, као и оног што је намерно уништено или отуђено." (*члан 114. ЗОО*).

Премда смо се, излажући питање рушљивости, готово у цијелости ослонили на један узрок рушљивости, а то је ограничена пословна способност, сматрамо за потребно да и друга два узрока рушљивости обрадимо на овом мјесту, и у овом контексту. То чинимо да бисмо употпунили излагање из едукативних разлога, мада се полазници курса из облигационог права о манама воље и лезионарним уговорима могу обавијестити на одговарајућим мјестима у уџбенику и из расположиве литературе.

Под манама воље подразумијевамо несагласје једне уговорне стране између своје интимно формиране воље и изјављене воље, у циљу закључења уговора. Од мана воље истичемо: заблуду, превару, пријетњу и принуду.

ЗАБЛУДА је нетачна (погрешна, крива или непотпуна) представа једне стране уговорнице о некој битној чињеници везаној за уговор, а под условом да страна која се позива на заблуду не би ни закључила такав уговор да није била у заблуди. То значи да се на заблуду не може позивати оно лице које је у њу "упало" својом кривицом, тј. што се није понашало у правном промету с очекиваном пажњом (пажњом доброг домаћина или пажњом доброг привредника). Као правно релевантну заблуду која може довести до рушљивости уговора Закон узима само битну заблуду. Заблуда је битна ако се односи на битна својства предмета, која се може означити као заблуда о супстанци ствари (материјал, особине, квалитет, иоријекло, израда и др.). Било који елеменат неке ствари може се огласити за заблуду ако се утврди да је он одлучно утицао на намјеру конкретног уговарача да се обавезе, веже уговором. И заблуда о личности може бити битна заблуда ако се уговор не може извршити апстраховањем (занемаривањем) личних својстава уговарача. Као битна заблуда по обичајима у промету или по намјери уговарача, познаје се заблуда о правном основу (правној природи) уговора. То се дешава у ситуацији када један уговарач вјерује да се обавезује да другом преда ствар као продавац, а други вјерује да је узима у закуп. Битна је заблуда о тзв. *causae solvendi*, када један уговарач даје

ствар мислећи да постиже *solvendi* циљ, а други прима схватајући овај акт као *causa donandi*. Заблуда о личности и заблуда о каузи постојаће и ако се уговор закључује са лицем за које се, уз потребну пажњу, сматра да је власник, али је то погрешна представа, ако је уговорној обавези прибавиоца циљ стицање права својине на ствари која је предмет уговорне обавезе (односно објект уговорне обавезе на предају ствари). И у погледу заблуде, нпр.: о природи уговора (типу уговора), или о основу уговорне обавезе (*causa*) или предмету уговорне обавезе може да дође до неспоразума. Неспоразум доводи до несагласности воља, за разлику од заблуде која доводи до сагласности воља, тј. уговор не настаје ако је производ неспоразума. Када неко вјерује да закључује уговор о продаји, а његов сауговорач држи да је закључио уговор о поклону није произведено правно дејство ни продаје, а ни поклоне. Или, када један продаје шљивик а други купује виноград, нема уговора, јер нема ни предмета, тј. нема сагласности воља уговорача о предмету као битном или општем услову за закључење уговора. Међутим, када један вјерује да је цијену уговорио у "старим динарима", а у вријеме уговарања принудним проиисима било је утврђено да се цијена може уговорати само у тзв. "новим динарима", тада је уговорач у битној заблуди у односу на битна својства предмета уговора о продаји, јер је и цијена предмет уговора о продаји, а уговор може настати, али је под "хипотеком" заблуде. За проблем заблуде је битно да је уговор настао, да је перфектуиран, али да има неку ману, а која се налази у прогрешно изјављеној вољи која је формирана на темељу нетачне представе уговорача о битној чињеници везаној за уговор. Треба споменути да и заблуда о мотиву може бити, од стране Закона, призната као битна заблуда и довести до рушљивости уговора, ако је уговор доброчин. Заблуда због нетачног преношења изјаве (посредна изјава) од стране тзв. "гласника", сматраће се битном ако се докаже да уговорач, у одсуству тако учињене посредне изјаве гласника, не би закључио дати уговор.

ПРЕВАРА је мана воље која се ствара тако што сауговорач или треће лице изазове заблуду код уговорне стране или је одржава у заблуди са намјером да је тим поступањем наведе на закључење уговора. Превара трећег лица биће правно релевантна и довести до рушљивости уговора ако га нападне преварено лице, под условом да је сауговорач превареног несавјестан, тј. да је знао за преварно дјеловање трећег лица на његовог сауговорача, па је ипак на то пристао и ушао у уговор, ако се ради о теретном уговору. Уколико је уговор доброчин, превара трећег лица увијек је правно релевантна, без обзира на савјесност сауговорача превареног лица. Тако ЗОО у члану 65. став 4. изриче: "Уговор без накнаде може се поништити и кад је превару учинило треће лице, без обзира на то да ли је друга уговорна страна у време закључења уговора знала или морала знати за превару." Превара је, по својој правној природи, намјерно изазивање заблуде о мотиву (побуди) за закључење уговора.

ПРИЈЕТЊА је изазивање оправданог страха код уговорача који би га покренуо да изјави вољу за закључење уговора (понуду или прихват) а долази од стране сауговорача или неког трећег лица. За релевантност пријетње је небитно да ли је сауговорач знао или је морао знати да долази од стране трећег лица. Другим ријечима свака радња трећег лица усмјерена на изазивање оправданог

страха код уговарача тзв. недопуштеном радњом или недопуштеном пријетњом, је правно релевантна и запријеђени уговарач може користити своје право на тужбу за поништење овако насталог рушљивог уговора. Недопуштеност пријетње састоји се у њеној неоснованости за било коју правну норму. Међутим, запријетити неке законским санкцијама због тога да би се његово понашање ускладило са правним поретком не може се подвести под недопуштену пријетњу. Страх као саставни елемент правно-релеватне пријетње мора бити оправдан. Оправдан је онај страх када се из околности случаја може закључити да је изазван озбиљном опасношћу која угрожава живот, тијело или друго значајно добро уговорне стране или трећег лица. Када су у иштању материјална добра као значајне се морају узимати оне имовинске вриједности које осигуравају егзистенцију неког лица (стан, пословни простор, основна средства за рад и производњу и сл.) А што се тиче трећих лица често се та трећа лица поистовјеђују са блиским сродницима са којима је уговарач у афекционој вези. Међутим, нама се чини да то могу бити многа трећа лица, нарочито када се под лицем у праву подразумијевају физичка лица. Алтруизам захтијева да се људски живот ма ког трећег лица стави испред имовинских интереса који се уговором остварују. Закон о облигационим односима као један од случајева тзв. "посебних случајева одговорности" утврђује и "одговорност због ускраћивања неопходне помоћи". Члан 182. ЗОО гласи: "1. Ко без опасности по себе ускрати помоћ лицу чији су живот или здравље очигледно угрожени, одговара за штету која је отуда настала, ако је он ту штету према околностима случаја морао предвидети."

Уговорна страна се у страху изазваном недопуштеном пријетњом одређује да изјави своју вољу, али приликом њеног формирања и изјављивања није била слободна и аутономна. А као што знамо основно начело уговорног права је начело аутономије воље. А не може бити аутономије воље ако је извршен противправни напад на слободу уговарача у погледу одређења за уговарање и у току уговарања. Поред тога, уговарач над којим је извршена пријетња, престанком пријетње, враћа се у првобитно стање које је тако да никада не би ни изјавио вољу на закључење уговора и предомислио се чим је пријетња престала.

Неки писци посебно издвајају принуду код излагања о манама воље као тзв. "реализовану пријетњу", тј. физичку силу чије је дјеловање натјерало уговарача да "потпише". Међутим, код принуде нисмо у могућности идентификовати ману воље, него потпуно одсуство воље, јер уговарач над којим се врши принуда уопште не манифестује своју вољу. Он је актом принуде на силу лишен своје воље. Према томе не може се тада говорити о мани воље већ о потпуном одсуству воље. Овдје се уопште и не може закључити уговор, јер нема изјаве воље па тако нема ни сагласности воља усмјерене на перфекцију уговора, тако да се, када се ради о принуди, не може говорити ни о настанку рушљивости ни о дејствима рушљивих уговора, односно њиховом поништавању.

Као што је неспоразум, по нашем мишљењу, редакторски неодговарајуће систематизован под "мане воље", а требало је као други став члана 26. ЗОО који одређује "кад је уговор закључен", тако је и тзв. "привидни уговор" неприкладно систематизован под "мане воље". Код привидног уговора ради се о свјесној несагласности воља. Апсолутна привидност или апсолутна симулација постоји

када се "закључује" фиктивни уговор који "постоји" када је воља манифестована и сагласност "постигнута" без озбиљне намјере да се преузете уговорне обавезе и изврше чиме се уговор, вољом уговарача, лишава свог природног правног дејства (нпр. фиктивна замјена станова "постоји" када ни једна страна нема намјеру да пресели у замјењени стан). Релативна симулација постоји када се "склапа" фиктивни уговор у чијем је "закључивању" намјера уговарача концентрисана на један правни посао који није стваран већ привидан, једна фикција, али се иза њега скрива ирава намјера уговарача да том приликом створе неки други правни посао који уговорне стране истински желе и да закључе и да изврше. Често се симулира закључивање уговора о продаји да би се прикрио уговор о поклону, а мотив симулације је, нпр. примјена повољнијих фискалних прописа на симуловани уговор. Када се догоди овакав вид симулације, дисимуловани правни посао може остати у важности, ако испуњава све претпоставке које закон тражи за тај тип уговора, и он ће бити пуноважан, а не неважећи и ништав. А симулованог посла ни нема јер привид није материја, па се нема шта ни поништавати. Закон је једино правно дејство привидном уговору признао када се ради о стицању права на основу привидног уговора од стране савјесних трећих лица, која, ако нешто стекну неће то моћи изгубити на основу приговора симулованог уговора. Закон одређује да је симуловани уговор ништав и то, према старој терминологији, апсолутно ништав, а не као уговори настали са манама, релативно ништав. Међутим, за дисимуловане уговоре Закон резервише могућност конверзије. Према члану 106. ЗОО: "Кад ништав уговор испуњава услове за пуноважност неког другог уговора, онда ће међу уговарачима важити тај други уговор, ако би то било у сагласности са циљем који су уговарачи имали у виду кад су уговор закључили и ако се може узети да би они закључили тај уговор да су знали за ништавост свог уговора."

Рушљивост уговора може бити изазвана закључивањем уговора који прекомјерно оштећује једну уговорну страну. *Laesio enormis* нарушава начело еквивалентности (правичан однос узајамних давања) код двостраних уговора. Такви двострани уговори се називају и лезионарни ради постојања "*lesion*", тј. оштећења. И термилошки се тзв. лезија дефинише као оштећење, а не штета у правно релевантном значењу појма. Прекомјерно оштећење представља се као нарушавање начела еквивалентности код двостраних (и теретних) уговора услед чега оштећена страна има право да руши (поништава) уговор или да искористи *facultatis* алтернативу којом може пристати на ревизију, допуну вриједности предмета уговора до постизања еквивалентне размјене, коју понуди сауговарач оштећене стране. На овом мјесту нећемо улазити у материјално-правне претпоставке оштећујућег уговора, већ ћемо се осврнути само на права лезијом оштећене стране. Лезионарни уговор је рушљив и може га оштећујућа страна поништавати у року од годину дана од закључења уговора, са ретроактивним дејством поништаја *ex tunc*. Начела ЗОО не оправдавају пресуђење на поништај лезионарног уговора ако је лезија или оштећење у вријеме подношења тужбе нестала мада је постојала у вријеме закључења уговора. Мада би постојале материјално-правне претпоставке за поништење уговора и у том случају, не би било у складу са основним начелима ЗОО, а нарочито са начелом еквивалентности да се удовољава захтјевима апстрактне правне логике. Овакво правило може се извести и аналогijом са случајем који на истовјетан начин

рјешава став 4. члана 139. ЗОО, који прописује: "4. Уговор ће остати на снази ако друга страна понуди допуну до праве вредности." И у једном и у другом случају резон је исти, отпадање нееквивалентности давања у двостраном уговору, односно ишчезавање лезије или оштећења уговарача. То даље показује и ситуација када право на поништавање уговора не постоји иако лезија (оштећење) постоји, према изричитој одредби Закона, код: алеаторних уговора, јавне продаје, афекционе продаје, односно куповине, као и мјешовите продаје и у случају поравнања (члан 1094. ЗОО).

### **8/3 Појачање општег дејства уговора**

Циљ уговора је да се облигације које је створио испуне сходно класичном начелу *pacta sunt servanda*. Да би постигли тај циљ, односно осигурали да се тај циљ сигурно и постигне и да уговорне облигације не задеси гашење без испуњења, уговарачи често прибјегавају давању и уговарању средстава појачања (обезбјеђивања) уговора. Једна група средстава појачања уговора подразумијева предају неке ствари (*res*) да би произвеле своју функцију обезбјеђења или појачања дејства уговора, те се по томе и називају стварна или реална средства појачања уговора. Овдје се систематизују: капара, кауција и аванс.

С друге стране, постоје и тзв. лична средства појачања или обезбјеђења уговора, која имају само лично, тј. облигационо-правно дејство, јер се само обећавају, али се и не дају. Ствара се само једна додатна обавеза за уговарача која оптерећује њихове међусобне, личне, односе. Облигациона права због своје искључиве везаности за личност и дејство према апстрактним личностима, повјериоцу и дужнику, називана су личним правима. Ми знамо да је у новије вријеме израз за лична права везан за она права која су још тјешње везана за личност него што су то имовинска права (чисто личне облигације).

Ми смо се код излагања о обезбјеђењу облигација упознали са средствима појачања (обезбјеђења) облигационих права која су везана за све облигационе односе, односно облигациона права настала из било ког извора облигације, тј. не само из уговора као извора облигација. Тамо смо говорили, тј. излагали, о слиједећим личним средствима појачања извршења дужникове обавезе: о уговорној казни и јемству; а изложили смо, на истом мјесту и из истих разлога о реалним средствима обезбјеђења извршења дужникове обавезе, односно појачању повјериоачевог права да захтијева и добије испуњење дужникове обавезе, а то су: право задржавања и залога.

У новије вријеме се ова средства подводе под средства заштите повјериоца.

Због свега реченог изложићемо: капару, кауцију и аванс.

#### **КАПАРА**

Капара је споредни реални уговор који служи као знак да је уговор (главни) закључен (перфектан) и као реално средство појачања уговора, јер ствара већу сигурност да ће се извршити преузета уговорна обавеза од стране дужника. Капара се састоји од износа новца или одређене количине замјењених

ствари које једна уговорна страна даје другој у моменту закључења уговора, а никако прије. Капара олакшава, тј. започиње извршење уговорне обавезе, уколико је по свом предмету истоврсна са предметом уговорне обавезе коју капарише; може послужити обрачунавању накнаде евентуалне штете, мада је суд може и смањити ако дужник приговори да је претјерана. Најзад, у свом модерном облику, капара има и казнену, тј. пеналну функцију, јер се страна која је примила капару, у случају неизвршења уговора усљед кривице даваоца капаре, може задовољити (задржати) примљеном капаром, или, ако је прималац капаре одговоран, давалац стиче овлашћење да тражи враћање удвојене капаре (капаре у двоструком износу, *in duplum*). Модерни институт капаре (*arrha*) који је потекао из права Феничана па је преко Грка реципиран у римско класично право има двоструку функцију: капара је не само *arrha confirmatoria*, само знак да је уговор закључен, већ је, уједно, и тзв. *arrha poenalis*, тј. уговорна казна ради осигурања извршења уговора. Наиме, примитак капаре на једној страни служи другој, која ју је дала, као доказ (знак) о закљученом уговору и као средство осигурања његовог испуњења у смислу уговором преузетих обавеза (јер капара присиљава суконтрахента да изврши уговором преузете обавезе, јер ће, у противном, као крива уговорна страна, дату капару изгубити или примљену морати вратити у двоструком износу. Двоструку функцију института капаре прихватио је и ЗОО. Ставом 1. члана 79. ЗОО прописано је: "Ако је у тренутку закључења уговора једна страна дала другој извештан износ новца или извесну количину других заменљивих ствари као знак да је уговор закључен (капара), уговор се сматра закљученим кад је капара дата, ако није што друго уговорено." Осим овог значења капара има и значење појачања уговора што је изражено у ставу 3. члана 79. ЗОО, по којем: "Ако што друго није уговорено, страна која је дала капару не може одустати од уговора остављајући капару другој страни, нити то може учинити друга страна враћањем удвојене капаре." У члану 80. дају се правила о функцији капаре за случај "неизвршења уговора", а у члану 81. правила за случај "делимичног испуњења уговора", дакле, о њеним функцијама, након што је уговор већ закључен, када је већ њена првобитна функција, знака закљученог уговора, постала сувишном. Као што се из цитираних одредби оне су диспозитивног карактера и вољом уговарача могу бити промијењене обје њене основне функције. Формулација "ако шта друго није уговорено" изричито указује на диспозитивни карактер одредаба Закона о капари, мада се сматра да би уговорне стране у свим правцима биле слободне, јер су прописи о капари диспозитивне природе. Од прве функције, да је капара знак да је уговор закључен, уговарачи могу одступити, нпр.: уговарањем да ће се уговор сматрати закљученим "тек када је капара дата", као што се то предвиђало у узанси број 43. Општих узанси за промет робом, у којем случају се настанак и постојање уговора условљава чињеницом давања капаре. Нешто друго може бити уговорено и од стране уговарача дата друга функција капаре, тако што ће се капара уговорити не као средство за појачање (осигурање) повјериоачевог права да захтијева и добије извршење обавезе, већ ће се моћи, нпр.: уговорити "капара као одустаница".

Да би капара могла имати истакнуто двоструко значење или функцију, није довољно само да ју је "једна страна дала другој" већ треба да се о томе значењу и функцијама уговарачи споразумију. Тај претходни споразум, по којем се капара даје као знак... и као осигурање (...), уговарачи се споразумијевају

споредним, акцесорним уговором о капари (*pactum arrhalae*), јер уколико овакав споразум не би био постигнут, морало би се сматрати да оно што једна уговорна страна даје другој, у часу закључења уговора, даје у циљу дјелимичног испуњења своје обавезе, а не као исплата капаре.

С обзиром да се капара даје, а не уговара (не обећава), сматра се споменути споредни споразум ("углавак") као реални уговор који настаје тек предајом уговореног износа новца или других замјењивих ствари. Све док капара није предана, реализована, другој страни, она и не постоји.

Реални *pactum arrhalae* има значење споредног, акцесорног споразума; он претпоставља постојање главног уговора чијем осигурању и "публицитету" служи, али због тога и дијели судбину главног уговора (*accessorium sequitur principale*). Због своје акцесорне природе она не утиче на правну важност главног уговора. Капара се може, али се не мора уговарати. Међутим, уколико је закључење главног уговора везано за давање капаре, главни уговор неће ни настати, неће се сматрати закљученим, док се капара не преда. Реални карактер споредног састојка уговора о капари не значи да и сам главни облигациони уговор, за чије се осигурање капара уговара и даје, мора бити реалан уговор, јер Закон о облигационим односима реалне уговоре не познаје, јер више не прихвата дотадашњу подјелу уговора на консензуалне и реалне. ЗОО је стриктно завео принцип концензуализма, као основног начела готово свих модерних уговорних права, тако да је досадашње класичне реалне уговоре као што су: зајам (*mutuum*), остава (*depositum*), посудба (*commodatum*) и ручни залог (*pignus*) трансформисао у консензуалне уговоре код којих није акценат на "давању", већ на "обавезивању". Закон предвиђа правила капаре за три ситуације: 1) за уредно испуњење уговорне обавезе; 2) за неизвршење уговорне обавезе, и 3) за дјелимично испуњење уговорне обавезе.

1) Ако је уговор уредно испуњен, капара се "мора вратити или урачунати у испуњење обавезе" (став 2. члана 79. ЗОО). Да ли се у конкретном случају капара "мора вратити или урачунати у испуњење обавезе" зависи од одговора на питање: ко је давалац капаре? Ако је, нпр. закључен уговор о продаји, а капару даје продавац и он уредно изврши своју обавезу предајом одређене ствари купцу, тада ће му купац приликом плаћања куповне цијене, морати капару вратити. Ако је капару дао купац, и уговор је извршио исплатом куповне цијене продавцу, тада ће се капара урачунати у исплаћену цијену. Али, ако је у другом наведеном случају објект (предмет) капаре нека имовинска вриједност која није истоврсна са предметом главне чинидбе из купопродаје и због тога неприкладна за урачунавање, тада се капара враћа. Ако се ради о оброчном, сукцесивном испуњењу уговорне обавезе, капара се враћа или урачунава приликом испуњења задњег obroка, приликом плаћања последње рате, јер дјелимичним испуњењем уговорне обавезе капара не губи своју функцију осигурања испуњења уговорне обавезе, јер та њена функција постоји све до потпуног испуњења уговорне обавезе.

Треба подвући да се капара мора вратити или урачунати у испуњење главне обавезе у случају уредног испуњења уговора, јер Закон не конституише право на одустанак од уговора и то у ставу 3. члана 79. изричито и несумњиво прописује: "(...) страна која је дала капару не може одустати од уговора

остављајући капару другој страни, нити то може учинити друга страна враћањем удвојене капаре." Ово нарочито наглашавање правила немогућности коришћења капаре за одустајање од уговора законодавац је учинио намјерно, с циљем да искоријени погрешно становиште које је прихватано у правној пракси, по којој свака уговорна страна има право избора: или да остане вјерна уговору или да га изневјери жртвујући дату капару, ако је она давалац капаре, односно, враћајући двоструку капару, ако је прималац капаре. Неприхватљивост таквог погрешног тумачења и примјене института капаре у свакодневној пракси произилази из његове супротности с основном сврхом давања капаре, јер се капара даје не само као знак да је уговор склопљен, него као средство осигурања испуњења уговором преузетих обавеза. Ово треба имати у виду због тога што и Закон о облигационим односима даје уговорним странама право избора у случају неизвршења уговора (тзв. *facultas alternativa*), али са потпуно другачијим циљевима.

2. У случају потпуног неизвршења уговора функције капаре зависе од тога на којој страни (даваоцу или примаоцу капаре) лежи одговорност за неиспуњење уговорне обавезе. Прво ћемо размотрити функцију капаре када је за неизвршење уговорне обавезе одговоран давалац капаре, а затим функције капаре ако је крив прималац капаре.

2/1 Ако је за неизвршење уговора одговоран давалац капаре, тада друга, уговору вјерна страна има право избора (тзв. *facultas alternativa*) како слиједи:

- може тражити извршење уговора ако је то још могуће и накнаду евентуалне штете због задоцњења; или

- може тражити накнаду штете, као еквивалент извршења које више није могуће, и капару урачунати у накнаду штете ако је могуће или је вратити, ако њено урачунавање није могуће; или

- може одустати од уговора и задржати примљену капару на име претрпљене штете, што значи да ће се "задовољити примљеном капаром".

Као што мо ове *facultas alternative* немају једнаку вриједност за овлашћеника *facultas alternativa*. Очито је најповољнија прва *facultas alternativa*, која је условљена околношћу могућности извршења предмета уговора. Тек ако је предмет уговора немогуће извршити тада ће имати смисла захтијевати другу алтернативу, док је трећа алтернатива могућа и "исплатива" за овлашћеника тек након прве двије. Трећа алтернатива има значење одустанице, мада је непривлачна, јер се "задовољавање с примљеном капаром" не мора ни издалека поклапати са уговорним интересом примаоца капаре.

2/2 Ако је за неизвршење уговора одговоран прималац капаре, давалац капаре има право избора:

- да тражи извршење уговора, ако је то још могуће, уз право на накнаду евентуално настале штете усљед доцње примаоца капаре; или

- да одустане од уговора и захтијева накнаду штете као еквивалент "пропалом" извршењу, уз враћање капаре; или

- да одустане од уговора и захтијева од примаоца капаре враћање удвојене капаре.

Мада се у три горе поменуте алтернативе појављује одустанак од уговора такав акт је, по својој правној природи, законско једнострано раскидање уговора, а не капара у функцији одустанице. За одустанак од уговора, када је дата, односно примљена капара, нужен је предуслов или претпоставка, одговорност било даваоца било примаоца капаре за потпуно неизвршење уговора. Пошто се тзв. уговорна одговорност мјери строжијим критеријумима него што је то традиционално кривица уговарача то Закон ни па овом мјесту не говори о кривици него о одговорности дужника уговорне обавезе за њено неиспуњење, што значи да не постоје никакве објективне ослобађајуће околности на које би се "одговорни" уговарач могао позвати и избјећи своју одговорност, јер он је увијек одговоран ако се не може позвати на објективне ослобађајуће околности које, по својим особинама, нису тзв. прост случај (*casus*) већ су једна врата квалификованог случаја.

Законом одређене алтернативе овлашћена уговорна страна може користити, захтјев истаћи, од часа када се уговор требао извршити па је његово извршење изостало и за то је одговорна друга уговорна страна, а *facultas alternativa* се гаси од момента када се овлашћена страна одлучи за једну од могућих алтернатива и извршеним избором угасило се њено овлашћење на коришћење других *facultas alternativa*.

3. У случају дјелимичног испуњења обавезе, тј. када се дужник налази у доцњи са дијелом уговорне обавезе, Закон даје три могућности уговору вјерном лицу које Закон у члану 81. назива "повјерилац":

- повјерилац који упркос дужниковом закашњењу испуњења преосталог дијела обавезе остане вјеран уговору, има право захтијевати и извршење остатка обавезе, и накнаду штете због закашњења и примљену капару урачунати у ту накнаду, или

- због дужникове доцње одлучити се на одустанак од уговора и бити овлаштен само захтијевати накнаду штете због дјелимичног неизвршења уговорне обавезе и капару урачунати у накнаду штете.

Пошто се у оба ова случаја искључује, по Закону, право повјериоца да задржи капару, већ је има право само урачунати у накнаду штете због закашњења, сматра се да овдје нису у примјени функције капаре него општа правила о накнади уговорне штете коју може користити сваки повјерилац без обзира да ли му је потраживање осигурано капаром, а према правилу из члана 262. став 2. по којем: "Кад дужник не испуни обавезу или задоцни са њеним испуњењем поверилац има право захтевати и накнаду штете коју је услед тога претрпео." Правила капаре долазе до изражаја тек у ситуацији када се повјерилац, због неуредног извршења дужника, одлучи да раскине уговор и врати све што је примио на име дјелимичног извршења. Тада њему припадају сва она права која смо под тачком 2. разрадили у подтачкама 2/1 као *facultas alternative* примаоца капаре и под тачком 2/2, гдје смо разрадили *facultas alternative* даваоца капаре. А у овим случајевима долази у обзир и, између

осталог, задовољавање с примљеном капаром под условом да је одговоран давалац капаре, као и захтијевање враћања удвојене капаре, ако је одговоран за неизвршење уговорне обавезе прималац капаре.

У свим случајевима када се у функцијама капаре јавља раскидање уговора, "право на раскидање уговора" неће бити условљено подизањем тужбе на раскид уговора, већ је довољан факат задржавања примљене капаре или тражење удвојене капаре.

На крају ћемо споменути и случајеве када настаје обавеза за једног од уговарача да врати примљену капару, ако:

- уговор испуни давалац капаре;
- уколико се капара не може урачунати у испуњење због тога што је неистоврсна с предметом дужне чинидбе;
- ако је до неиспуњења уговора дошло кривицом обе уговорне стране;
- кад до неиспуњења уговорне чинидбе дође услед дејства више силе или објективних ослобађајућих околности;
- ако дође до неиспуњења уговора због споразума уговарача, и
- ако у случају дјелимичног испуњења обавезе, повјерилац примљену капару неће да урачуна у накнаду штете због задоцњења или због дјелимичног (непотпуног, неуредног) испуњења уговорне обавезе.

Аналогију с пеналним карактером капаре налазимо и у законском прописивању да: "Суд може на захтев заинтересоване стране смањити претерано велику капару." Законски термин "претерано велика капара" је фактичко питање, тј. релативан појам (*quaestio facti*). Свако фактичко питање суд рјешава од случаја до случаја. Овдје се суду намеће, односно сугерише да утврђује и процјењује вриједносни омјер, однос између дате капаре и предмета главне чинидбе. Чини се да овако проширена улога суда не одговара природи института капаре. Зашто? Због тога што је уговарање величине капаре интерна, "интимна" ствар уговорних страна. Капара нема значење уговорне казне, нити као уговорна казна има значење апстрактне накнаде штете. Функција уговорне казне је одштетна и пенална, док је функција капаре осигурање испуњења уговорне обавезе. Због тога је она једна правно-психолошка узданица даваоца капаре да ће прималац поштовати засновану обавезу и правно-психолошки притисак на примоца да се примљене обавезе држи. Капара се урачунава или се враћа, па због тога нема потребе интервенисати ради утврђивања да ли је дата, односно, примљена капара претјерана или примјерена.

## КАУЦИЈА

Кауција је најчешће износ новца који се даје приликом закључења уговора, да омогући његово закључење и обезбиједи његово извршење. Уколико не дође до закључења главног уговора, што кауција као реални уговор обезбјеђује, кауција пропада за даваоца кауције (тако нпр.: у случају полагања кауције у поступку јавног надметања). Када кауција има функцију да обезбиједи

извршење уговора, тј. да осигура уговарача од наступања евентуалних штетних посљедица неизвршења уговора од стране сауговарача, ако се уговорна обавеза не изврши кауција "пропада" за онога који ју је дао и није извршио своју уговорну обавезу. Уколико давалац кауције изврши своју уговорну обавезу, кауција се враћа или урачунава у предмет испуњења. Када кауција служи обезбјеђењу извршења обавезе она је везана за рјешавање питања накнаде евентуалне штете, што се не би могло рећи за случај обезбјеђења закључења неког двостраног уговора. Значи да у случају обезбјеђења извршења обавезе има значење покрића стварне штете (без обзира да ли ће штета настати или не), док у поступку јавног надметања има смисао апстрактно обрачунате накнаде штете у паушалном износу.

Посебан значај има кауција као средство обезбјеђења закључења уговора тзв.: "надметањем стављањем прихвата понуде". Организатор надметања озбиљност даваоца прихвата (изјавиоца прихвата) који је уједно учесник надметања обезбјеђује обавезом претходног полагања кауције. Као кауција служи полагање траженог, примјереног износа новца. Уколико прихватилац који је дао или пристао на највишу понуду ("најповољнији прихватилац за понудиоца") након завршеног надметања не приступи закључењу уговора (одбија да потпише писмени саставак уговора) кауција му пропада ( *Проф. др Богдан Лоза: "Закључивање уговора надметањем", Правна мисао, 1-2/70, стр.29*).

Према томе, кауција је свота новца која се даје приликом закључења уговора, а губи се ако се уговорна обавеза ради чијег је обезбјеђења положена, не испуни, без обзира на одговорност сауговарача и без обзира да ли је уговарачу ради неизвршења обавезе од стране сауговарача настала каква штета.

## АВАНС (ПРЕДУЈАМ)

Аванс или предујам представља давање унапријед, прије рока доспјелости, најчешће износа новца у циљу испуњења авансиране обавезе од стране дужника - примаоца аванса (*чл. 758 и 785. ЗОО*).

Функција аванса је најчешће предујмљивање трошкова дужника, примаоца аванса (*члан 841. ЗОО*), или се ради о дјелимичном извршењу обавезе даваоца аванса (*чл. 919 и 955. ЗОО*).

Аванс не овлашћује на одустајање од уговора, нити пропада ако се остатак уговорне обавезе не изврши. У случају престанка уговора аванс се враћа даваоцу (*Лоза, 160*).

Примаоцу аванса примљена вриједност аванса помаже код извршења преузете обавезе, и овакво извршење представља дјелимично испуњење и нема значење акцесорног, споредног уговора као што има капара, јер је дио самосталног уговора. Давалац и прималац аванса немају овлашћење да раскину уговор или одустану од уговора давањем аванса или одустајањем од пријема аванса. Суд нема овлашћење да смањи аванс под изговором да је претјерано високо уговорен, као што, у сличној ситуацији има право да смањи претјерано високу капару.

## ОДУСТАНИЦА

Одустаница је споразум уговарача (уговорна клаузула) по којем се може овластити само једна уговорна страна, или обје уговорне стране да одустану од уговора давањем одређене ствари. Акт одустанка од уговора је реална радња која се састоји од давања одустанице. Предмет одустанице не мора бити само нека количина замјенљивих ствари, као што мора бити код капаре, него и индивидуално одређена ствар. Опредјељење за одустанак од уговора давањем одустанице је дефинитивно и неопозиво, јер страна која изабере давање одустанице не може тражити испуњење уговора. Изјава о одустајању истовремена је са давањем одустанице. Право на одустаницу може бити орочено, а ако није одређен рок за коришћење тога права, овлашћеник одустанице може одустати од уговора све док не истекне рок испуњења уговорне обавезе. Одрицање од одустанице могуће је и конклюдентним радњама овлашћеника одустанице (нпр.: започињањем извршења обавезе или пријемом испуњења обавезе сауговарача).

Функцију одустанице (*multa poenitentialis*) према члану 83. ЗОО може одиграти и капара. У дијелу под насловом "Капара као одустаница" ЗОО прописује:

(1) Кад је уз капару уговорено право да се одустане од уговора, онда се каћара сматра као одустаница и свака страна може одустати од уговора.

(2) У овом случају, ако одустане страна која је дала капару, она је губи, а ако одустане страна која је капару примила, она је удвојено враћа.

Овдје је битно запазити да, за разлику од одустанице, која се тек обећава а не даје, уговарање капаре као одустанице врши се истовремено с давањем капаре у вријеме закључења уговора. Битно је и то да се капара може изгубити, односно мора вратити у двоструком износу уз постојање претпоставке одговорности на страни уговарача који је капару дао, односно примио, док се капара као одустаница губи, односно враћа удвојена без обзира на одговорност уговорних страна. Код капаре као одустанице битна је воља уговорне стране којој припада право да изјави одустанак од уговора.

Јасно је да је "капари као одустаници" функција, као и одустаници уопште, стицање овлашћења на одустанак, "извлачења" из закљученог уговора, због чега се оцјењује да она има за циљ слабљење заснованог уговорног односа. То није циљ раније разматране капаре, јер је капари сврха осигурање испуњења уговором преузетих обавеза због чега се канара и систематизује као средство реалног осигурања испуњења уговорних обавеза.

Постоји и изражена критика законодавне технике која је посебно регулисала капару као одустаницу мада је то сувишно. Довољна је била и одредба члана 79. став 3. гдје се наводи да се капара не може оставити другој страни ради одустанка од уговора, а одустати од уговора не може ни друга страна враћањем даваоцу удвојене капаре, изузев: "Ако шта друго није уговорено(...)" Према томе, и без посебног, изричитог нормирања "капаре као одустанице", било би, према расположивој регулативи ЗОО, могуће уговорати и

капару као одустаницу, из разлога што су правне норме о капари и о одстаници диспозитивног карактера.

#### **8/4 Дејство уговора према трећим лицима**

У нашем праву, традиционално и позитивно-правно, уговор нема стварно-правно дејство. Самим закључењем уговора не заснивају се стварна права нити се стиче својина, тј. уговор нема тзв. транслативно дејство. Под одређеним условима уговор може имати апсолутно дејство, дејство *erga omnes*. Раније се наводило да уписом уговора о закупу у земљишне књиге, као терета, и права из тог уговора имају апсолутно дејство и свако је дужан да респектује овлашћеника таквог права. Данас можемо, као примјер, наводити ситуацију када је ствар предата закупцу, њено отуђење (предаја трећем лицу) не доводи до гашења уговора о закупу. Нови власник, према материјалном праву, мора да респектује закупчево право коришћења сагласно времену трајања тога права које је одређено уговором о закупу.

Под дејством уговора према трећим лицима подразумева се и могућност, које позитивно право даје уговарачу, да из "свог" уговора конституише право за треће лице. И то само право, а не и обавезу, умјесто за себе, као уговарача конституише треће лице, а не иреноси право на треће лице. Треће лице, мада не учествује у закључивању уговора, у односу на конституисано право, има исти правни положај као да је од иочетка уговорна странка. Такав уговор, по основу којег треће лице стиче непосредно субјективно облигационо право (тражбину) из уговора који закључују двојица других уговарача назива се **УГОВОР У КОРИСТ ТРЕЋЕГ ЛИЦА**. Ради се о уговору којем се за трећег стипулише непосредно право (тражбина). Принципијелно, сваки се уговор било ком типу именованих уговора припадао може закључити у корист трећег лица, односно може бити "опремљен" клаузулом у "корист трећег лица". Из овако конципираног уговора разликују се три лица која носе традиционалне називе:

**СТИПУЛАНТ (ПРОМИСАР)** је уговарач користи за трећег, тј. уговарач потраживања у којем ће треће лице бити повјерилац;

**ПРОМИТЕНТ** је сауговарач стипуланта и дужник у корист трећег лица, који ће, када тражбина доспије, испунити свој дуг трећем лицу а не стипуланту.

**БЕНЕФИЦИЈАР** је треће лице или корисник који, иако није уговарач, како то упорно истичемо, стиче облигационо право из уговора и има своју тражбину из уговора.

Сљедствено тространости оваквог уговорног односа може се говорити и о три односа међу њима. Прво је однос између стипуланта и промитента који је обликован и условљен конкретним уговором који они међусобно закључе (нпр. купопродајним уговором). Други је однос између промитента и бенефицијара који се конституише од момента када (и ако ) бенефицијар прихвати бенефицију. Претварање користи за трећег у његову тражбину зависи од прихвата користи. Најзад, однос између стипуланта и бенефицијара условљен је каузом због које стипулант уговара корист, односно тражбину умјесто за себе, трећем лицу. Разлог оваквог уговарања је свака дозвољена кауза, као што су то: *causa donandi*, *causa credendi* или *causa solvendi*.

Стипулант може остати и даље повјерилац промитентов, који, као дужник, према позитивном праву стиче истовремено два повјериоца: стипуланта и бенефицијара, јер стипулант, и даље, може од промитента захтијевати да изврши радњу трећем лицу (*члан 149. став 2. ЗОО*). Уговор у корист трећег је правни посао *inter vivos*, али може бити условљен *mortis causa*. Када треће лице изјави да прихвата корист уговор је неопозив. Тада уговараче изјава трећег веже и они стечено право трећег, што је опште правно начело, не могу рерати. Ако трећи одбије корист из уговора (одбије да постане повјерилац) уговор у корист трећег претвара се у облигациони уговор уобичајеног, релационог или релативног дејства, тако што корист, која је намијењена бенефицијару, остаје овлашћење (тражбина) стипуланта, јединог повјериоца.

Уговор у корист трећег треба разликовати од сличних института, као што су: обећање радње трећег, уговор о заузимању код трећег и уговор о извршењу трећем. Тако, код уговарања обећања трећег, уговарачи један другоме обећавају да ће трећи нешто учинити или пропустити. Пошто се овдје ради о уговарању обавезе на терет трећег лица, трећег овакав споразум правно не обавезује.

Уговор у корист трећег разликујемо од уговора о заузимању код трећег да се треће лице приволи да се обавезе на преузимање неке обавезе облигационо правне природе (дуга). Одговорност на страни обећаваоца умјерена је само његовим понашањем, тј. одговором на питање: да ли се заузео код трећег онако како је уговорио или није. Ако се он заложиио код трећег да овај преузме правну обавезу на неку радњу онолико колико је то очекивано и потребно, с обзиром на преузету обавезу, неће одговарати код свог сауговарача ако и успјех његовог заузимања код трећег изостане, тј. трећи не прихвати обавезу на дуг.

Уговор у корист трећег и уговор о извршењу трећем разликују се по томе што трећи из уговора о извршењу не стиче самостално и непосредно облигационо право (тражбину) према сауговарачу. Трећи је само овлаштен да прими извршење обавезе (*Лоза, 122*).

### **8/5 Посебна дејства двострано обавезних (двостраних) уговора**

Код двостраних уговора имамо посла са појачањем уговорног дејства које се испољава као појачана одговорност уговарача да држе у равнотежи своје узајамне обавезе како би се уговорни садржај правично реализовао. Код двостраних уговора најважнија је категорија теретних уговора, код којих је од највећег значаја за правичну реализацију одржање начела еквивалентности узајамних давања. Колики је значај двостраних уговора показаћемо на примјеру традиције енглеског права. У *Common Law* систему права појам уговора обухвата само оне уговорне односе који се, у нашем праву, називају двостраним или двостранообавезујућим уговорима. Доброчини правни послови и једностранообавезујући уговори не изучавају се у оквирима уговорног права него у другим областима права.<sup>50</sup> У енглеском праву, за постојање уговора потребно је да је, споразумом страна, поред протунакнаде (*Consideration*) садржана и намјера обавезивања. Ако такве намјере обавезивања нема, такав споразум не ствара облигацију, те нема облигационоправно дејство, него егзистира само као дуг

---

<sup>50</sup> Проф. др Миодраг Орлић: оп.цит., стр. 130. и 137.

части.<sup>51</sup>

Двострано обавезни уговори условљавају узајамна давања обје уговорне стране што подразумемијева очување конституисане равнотеже међу уговарачима. Уколико се догоди да се поремети имовинска равнотежа, опште уговорно право поставља посебна правила која имају за циљ да заштите овако, посебно, дејство двостраних уговора.

Међу тим правилима позитивно опште уговорно право предвиђа:

- а) одговорност за недостатке испуњења (материјалне и правне);
- б) приговор неиспуњења
- в) ревизију уговора због наступања промијењених околности, и
- г) поништење, односно ревизију уговора због прекомјерног оштећења.

Осим тога као саставне институте који су се развили из ових основних института заштите посебног дејства двостраних уговора морамо имати у виду и: д) гаранцију за исправно функционисање ствари, и ђ) поништење зеленашког уговора.

#### **а) Одговорност за недостатке (мане) испуњења обавезе**

Недостаци испуњења могу се јавити као физички (материјални, стварни, фактички) и као правни. Појава оваквих недостатака жели се избјећи или отклонити код теретних двостраних уговора, јер се њима жели постићи еквивалентна размјена међу уговарачима. Осим тога еквивалентну размјену штити и закон, јер се она код двостраних теретних уговора сматра правичном. Правичност је онај основни критериј обликовања општих правила уговорног права од стране законодавца. За корист која се стиче из двостраног теретног уговора даје се увијек накнада која по својој вриједности мора одговарати користи. Уколико је корист мања сматра се да постоји неки недостатак, односно уколико је недостатак условио да давање буде мање од очекиваног противдавања, корист за једног сауговарача била би неодговарајућа, неоправдано или неправично већа у односу на оно што је он дао или учинио. Разраду општих правила о физичким и правним недостацима редактори ЗОО учинили су у посебном дијелу нормирајући уговор о продаји. Својим редакторским захватима угрозили су економију законског текста, јер су поновили, са извјесним скраћењима, ова правила и код уговора о закупу и уговора о дјелу, умјесто да су досљедно завршили исправну теоријску поставку по којој су правила одговорности за недостатке или мане код испуњења двостраних уговора општа правила уговорног права која важе за све двостране и теретне уговоре. Умјесто тога Закон је једном упућујућом нормом одредио да се на обавезе преносиоца (*tradensa*) према прибавиоцу (*accipiensu*) на одговарајући начин примјењују одредбе Закона о одговорности продавца за материјалне и правне недостатке, ако за одређени случај није другачије прописано (*члан 121. став 3. ЗОО*).

#### **а/1 Одговорност за физичке мане**

---

<sup>51</sup> Ibid., стр. 434.

## Услови одговорности преносиоца

Одговорност за физичке мане изложићемо на примјеру уговора о продаји, јер тако упућује члан 121 ЗОО.

Субјекти одговорности за физичке мане су: преносилац (*tradens*) а код продаје продавац ствари и прибавилац (*accipiens*) а код продаје купац ствари. Код уговора о закупу *tradens* је закуподавац а *accipiens* купац; код уговора о дјелу посленик је *tradens* а наручилац *accipiens*. Можемо поставити питање: за које се физичке мане одговара? Обично се одговара да правно релевантан недостатак, тј. недостатак за који се одговара треба да је знатан, битан и да онемогућава прибавиоцу уживање ствари, тј. вршење овлашћења која је желио да стекне прибављањем ствари и која му се овлашћења по праву признају. Незнатан недостатак неће се узимати у обзир као услов одговорности преносиоца. Редактори ЗОО одлучили су се за прецизно означавање недостатка, мада у *common law* систему правно релевантним недостатком сматра се сваки онај који није саобразан уговору, што је шири прилаз од овог, континенталног приступа. Битан недостатак, дакле, према ЗОО постоји када пренесена ствар нема потребна својства, или за редовну употребу, или за нарочиту употребу која је позната преносиоцу, или нема она својства која су уговорена (саобразна уговору) или су прописана као и када ствар није саобразна узроку или моделу код тзв. продаје по мустри (члан 479. ЗОО).

Када или у ком моменту уговорног времена треба недостатак да постоји или од када? Преносилац одговара за недостатак, ако је овај постојао у моменту преласка ризика на прибавиоца. Савјесност преносиоца (чињеница да он није знао нити је могао знати, према околностима случаја) није услов ослобађања од одговорности. Чак није нужно да недостатак егзистира реално у моменту преласка ризика, јер је довољно да је у "критичном тренутку" постојао узрок из кога ће се накнадно развити недостатак као посљедица (члан 478. ЗОО).

Техника којом се утврђује постојање недостатка је тзв. рекламација. Повјерилац, тј. прибавилац је дужан примљену ствар прегледати. Преглед ствари врши се на уобичајен начин. Уобичајен начин подразумијева да преглед може извршити сваки просјечни прибавилац који посједује просјечне способности и уобичајен степен пажње. Преглед треба извршити чим је то могуће према обичном току ствари. Ако се преглед врши у присуству обје странке (контрадикторни преглед) прибавилац мора своје примједбе због недостатака који су видљиви, саопштити преносиоцу одмах. Ако тако не поступи губи овлашћења која му по основу Закона, а ради утврђеног недостатка, припадају. Преглед се обично састоји од квантитативног и квалитативног утврђивања недостатака. Утврђени недостатак даје право на приговор. Ако прегледу не присуствује преносилац, прибавилац је дужан премједбе (рекламацију) због видљивих недостатака саопштити преносиоцу у року од 8 дана код грађанско-правног уговора, а ако је уговор у привреди, без одлагања. Непоштовање рокова приговора (рекламације) доводи до губитка права по основу недостатака (преклузивни рок) (члан 481. ЗОО). Преносилац ће одговарати и за преварно поступање, тј. када изјави сауговарачу да ствар нема недостатке или да има жељена својства и тако му одврати пажњу иако је прибавилац, према редовном току ствари могао без тешкоћа да идентификује недостатке, али то није

учинио из разлога повјерења Које мора да ПОСТОЈИ међу уговорним странкама али не смије бити лукавством изневјерено (*члан 480. став 3. ЗОО*). У истим роковима, зависно од природе уговора, прибавилац је дужан, под пријетњом губитка права, обавијестити преносиоца о појави скривеног недостатка. Скривени недостатак је недостатак ствари који се није могао открити уобичајеним прегледом приликом преузимања ствари, тј. преласка ризика са продавца на купца. Ипак, скривени недостатак не може остати "вјечити" недостатак. Он се мора открити у неком примјереном року, како не би стално оптерећивао уговорни однос. То је законски, објективни, преклузивни рок од б мјесеци од предаје ствари прибавиоцу (купцу). Недостаци који се покажу или открију након истека овако одређеног рока неће довести до одговорности преносиоца, јер ће се угасити право приговора прибавиоца (*члан 482. ЗОО*). Изузетно, несавјесност преносиоца може условити да прибавилац и истеком уобичајених преклузивних рокова за обављање прегледа ствари, задржи право из основа одговорности за физичке мане ствари (*члан 485. ЗОО*). Обавјештење о недостатку на ствари, односно приговор због мане ствари, када се ради о тзв. контрадикторном прегледу, треба да садржи: ближи опис недостатка и позив преносиоцу да и сам прегледа ствар и увјери се у наводе приговора. И овдје је, за одржавање права прибавиоца, битна савјесност у извјештавању преносиоца. Уколико је он савјесно послао обавјест задржаће право из основа преносиоцеве одговорности за мане, без обзира што обавјест и не стигне преносиоцу (*члан 484. ЗОО*).

Одредбе о преносиоцевој одговорности су природни састојци сваког двостраног и теретног уговора (*naturalia negotii*). Правила о одговорности за мане су диспозитивне норме. Због тога је могуће да се уговором стипулишу клаузуле неодговорности као и клаузуле о појачању одговорности за мане на пренесеној ствари. Уговарачи се могу споразумјети да у двостраном уговору унесу клаузулу којом ограничавају или иотпуно искључују одговорност преносиоца за физичке мане. Клаузула о одрицању прибавиоца права да раскине уговор треба се рестриктивно тумачити. Ако се одрекао права да раскине уговор тиме се не дира у остала диспозитивна правила која му обезбјеђују остала права и која су му, као природни састојак уговора, по природи његовог односа, или, самим ступањем у такав уговорни однос, резервисана. Клаузула егзонерације може бити ништава ако је унесена у уговор због несавјесног поступања или је прибавиоцу наметнута посредством монополског положаја преносиоца. На примјеру купонродаје, одредбе уговора о ограничењу или искључењу одговорности за недостатке ствари ништава је ако је недостатак био познат продавцу, а он о њему није обавијестио купца, као и кад је продавац наметнуо ту одредбу користећи свој посебан монополски положај (*члан 486. став 2. ЗОО*). Преносилац може појачати своју одговорност тако што уговори клаузулу по којој одреди дужи рок од шест мјесеци од предаје ствари, након којег преносилац више не одговара за недостатке ствари, према диспозитивном правилу. Међутим, пошто се ради о диспозитивној законској норми која садржи преклузивни рок, то се Законом дозвољава њено искључење вољом уговарача (*члан 482. став 2. ЗОО*).

Треба одговорити и на питање када преносилац не одговара за физичку ману ствари? Преносилац не одговара за недостатке који су у часу закључења

(перфекције) уговора били познати прибавиоцу или му нису могли остати скривени. Под тим се подразумијевају особине ствари предвиђене за њену редовну употребу или за уговорена својства или прописана својства. Прибавилац се не може оправдати да су му недостаци непознати, ако би их, у идентичном случају, брижљиво лице са просјечним знањем и искуством лица истог занимања и струке као прибавилац (купац) могло лако опазити при уобичајеном прегледу ствари (*члан 480. став 2. ЗОО*).

## Права прибавиоца манљиве ствари

Прибавилац који открије недостатак и обавијести купца у законском року стиче слиједећа права:

1. Захтијевати од преносиоца да недостатак уклони или да му преда другу ствар без недостатка (испуњење уговора);
2. Захтијевати снижење цијене (тзв. бонификација);
3. Једностраном изјавом уговор раскинути (једнострано раскидање уговора);
4. У сваком од ових случајева прибавилац има право на накнаду штете (просте штете и изгубљене добити), али и тзв. рефлексне штете коју је претрпио на другим својим добрима, и то према општим правилима о одговорности за штету (тј. сва питања накнаде штете ријешена су општим правилима о накнади проузроковане штете).

Сада ћемо посебно разрадити сваки од ових случајева.

1. Захтијевати уредно испуњење уговора. То подразумијева, у оваквим ситуацијама, алтернативно право: захтијевати уклањање недостатка (оправку ствари) или предају друге ствари без недостатка (замјену ствари), што би било уредно испуњење уговора у ужем смислу. Ово су основна права прибавиоца, мада Закон није права прибавиоца поставио алтернативно. Нормално је да се неки од ових захтјева, односно сви, не могу кумулирати, већ се коришћење појединих или неких од ових права рјешава од случаја до случаја. Рокови који су предвиђени за случај откривања видљивих или скривених недостатака почињу изнова тећи од предаје оправљене или замијењене ствари или од уградње оправљених или замијењених дијелова погођене ствари (*члан 484. ЗОО*). У природи уговорног односа лежи правило *pacta sunt servanda* које и овдје примарно долази до изражаја јер, по природи ствари, има предност пред осталим приговорима прибавиоца.

2. Снижење цијене (бонификација) је дилаторни приговор прибавиоца који долази у обзир ако нема услова за оправку или замјену ствари, као и када се оправком или замјеном ствари не оствари, у потпуности, уредно испуњење уговора. Бонификација се врши обрачунавањем вриједности ствари без недостатка са вриједношћу исте такве ствари са недостатком, у вријеме закључења уговора. Обрачунату разлику преносилац је дужан вратити

прибавиоцу, односно продавац - купцу. Снижење цијене је могуће захтијевати и ако се уговор не испуни у разумном року (*члан 489. ЗОО*). Код поступног откривања недостатака могуће је поново вршити бонификацију у зависности од динамике откривања недостатака (*члан 490. ЗОО*).

3. Једнострано раскидање уговора врши се изјавом прибавиоцем под предусловом да је прије изјаве дао преносиоцу накнадан примјерен рок за испуњење, тј. уредно испуњење уговора. Сматрамо да је то редакцијска економичност која се могла избјећи давањем права на једнострано раскидање уговора према општим правилима уговорног права која важе за случај законске могућности раскидања уговора због неиспуњена. И без остављања накнадног рока прибавилац може раскинути уговор ако му преносилац саопшти да неће испунити уговор или је из околности случаја очигледно да преносилац неће моћи испунити уговор ни у накнадном року (*члан 490. ЗОО*). Овдје се ради о перемпторном приговору прибавиоца. Ако преносилац не испуни уговор уредно, у накнадном примјереном року, тада се уговор раскида, сматра се престалим, по сили закона, од момента истека рока (*члан 491.ЗОО*). Прибавилац може спријечити овај законски аутоматизам раскидања својом изјавом - жељом да одржи уговор на снази, ако за то има интерес. Прибавилац има право да раскине уговор својом изјавом и у случају неиспуњења уговора у разумном року, што је такође, саставни дио неиспуњења уговора као основа за једнострано раскидање уговора по овлашћењу Закона.

Ако се ради о дјелимичним недостацима или тзв. квантитативном недостатку, прибавилац може уговор само дјелимично раскинути. У овим ситуацијама прибавилац (купац) може, изузетно, раскинути и цијели уговор уколико уговорена, али неиспоручена, количина представља јединствену цјелину или ако за цјеловиту испоруку прибавилац има оправдани интерес.

### Губљење права на раскид уговора због физичких мана

Прибавилац губи право раскинути манљиви уговор када више не може да врати ствар или не може ствар да врати преносиоцу у стању у коме ју је преузео. То је због тога што раскид уговора због недостатка производи иста правна дејства као и раскид двостраних уговора због неиспуњења, а то је реституција, враћање датог и примљеног (*члан 132. ЗОО*). Прибавилац ће и у случају пропасти ствари код њега изузетно задржати право на раскид уговора под условом да је ствар пропала усљед недостатка, или да њена проиаст није условљена прибавиоцем кривицом или кривицом лица за које прибавилац одговара по општим правилима одговорности за другог. Задржавање права на раскид вриједи и ако је ствар пропала или оштећена због извршења обавезе да изврши преглед ствари (квалитативно- квантитативни пријем), а тај се преглед у датом случају не може обавити без пробања (уништења) ствари. Исти значај има и чињеница да је ствар пропала прије откривања недостатка као и кад је оштећење или измјена без значаја (*члан 495. ЗОО*). Губљење права на раскид двостраног уговора због немогућности враћања ствари не утиче на остала права прибавиоца ствари са недостатком (*члан 496. ЗОО*).

4. Право на накнаду штете. Захтијевати накнаду штете има право прибавилац у ситуацији када може да искористи претходно наведена овлашћења заштите од мана ствари. Преносилац дугује како просту тако и изгубљену добит које су биле предвидљиве у часу закључења уговора као и цјелокупну штету ако је до неиспуњења, односно испуњења с манама дошло због преваре или зле намјере или крајње непажње. Поред непосредно проузроковане штете прибавилац има право и на посредну штету која се појављује као оштећење имовине прибавиоца у цјелини ради уношења у његову имовину манљиве ствари. Значи, ради се о штети која се обрачунава тако што се утврди разлика између садашњег стања имовине прибавиоца и стања у коме би се она налазила да није у њој прибављена манљива ствар. У крајњем случају, преносилац ће дуговати и тзв. позитивни уговорни интерес или штету због неуредног испуњења уговорне обавезе (јер ствар има ману - правно релевантан физички недостатак), али ће имати овлашћење захтијевати и тзв. негативни уговорни интерес, јер је, и ако је, вјерујући у ваљаност и остварење закљученог уговора, пропустио ирилик да закључи други користан му и потребан уговор и набави ствар без мане и уз повољније уговорне услове набавке потребне ствари. Овим се не дира у деликатну одговорност, тзв. посебан случај одговорности произвођача ствари са недостатком из члана 179. ЗОО.

#### **a/1 Губитак права (преклузија)**

Прибавилац губи права која му по Закону припадају у случају појаве физичких недостатака на пренесеној ствари, ако не постави неки од захтјева за отклањање недостатка у року од годину дана од обавјештавања преносиоца о постојању (утврђењу) недостатка (приговору рекламације). То практично значи да је прибавилац поступио овако: открио је недостатак, након тога је благовремено обавијестио преносиоца, али није тражио ни оправку ни замјену, или бонификацију, или је изјавио да раскида уговор. Ова преклузија нема значаја у случају да преносилац захтијева цијену по истеку овог рока од годину дана. Тада и прибавилац може истаћи приговор бонификације (снижење цијене) или захтијевати да му се надокнади претрпљена штета, чиме истиче приговор компензације према преносиоцем захтјеву за исплатом цијене.

Као нарочити случај или подврста одговорности за физичке мане Закон уређује и институт гаранције за исправно функционисање продате ствари. Ова одговорност везана је само за продавца, односно произвођача, условљена је гарантним листом и гарантним роком, тако да овај институт треба систематизовати у посебни дио облигационог права и излагати у оквирима излагања уговора о продаји. Закон изричито каже да се правилима о гаранцији не искључује примјена правила о физичким манама ствари (члан 501. ЗОО).

#### **a/2 Одговорност за правне недостатке (заштита од евикције)**

Одговорност за правне недостатке јавља се као вид заштите ирибавиоца неког права када треће лице основано правно узнемирава ирибавиоца неког права (подиже евикцију). У правним системима у којима је грађанско право кичма имовинских односа између лица и темељ трговачког-привредног права,

имовински промет, промет добара и вриједности није чист економски промет, већ је то правни промет. То значи да се уз ствар преноси и њен "омотач" а то је субјективно право на ствари чијим стицањем прибавилац права на ствари стиче разна овлашћења на њену економску употребу. Да нема правног промета стицаоци не би могли оправдати и објаснити како су до неке ствари дошли, те би над свима лебдио дух неизвјесности и неодговорности. Према члану 454. став 1. ЗОО "(...) продавац се обавезује да пренесе на купца право својине на продату ствар и да му је у ту сврху преда (...)". Према томе, ако уговор о продаји није основ стицања својине купац ће бити у посједу ствари, али ће његов посјед бити с правним недостатком. Евикција постоји када треће лице има неко право на предатој ствари која искључује, умањује или ограничава прибавиочево (купчево) право. Евикција није било какво узнемиравање прибавиоца, него се она сматра правно релевантном када се истиче правним путем, покретањем каквог правног поступка за остварење нечијег права. Природни је састојак сваког појединачног уговора о продаји да продавац гарантује купцу да на ствари има право својине које није оптерећено стварним или облигационим правом трећег лица и да не постоје никаква ограничења јавно-правне природе за потпуно уживање права својине, као најобухватнијег стварног права. То не значи да се продајом не може пренијети онолико права колико преносилац стварно има. Међутим, о свим теретима који оптерећују предмет продаје или "набавке" купац, односно прибавилац мора бити обавијештен како би се одлучио на прибављање таквог предмета уговора. О правној природи уговора којим се преноси ствар која није заштићена правом својине, већ неким од својинских деривата или атрибута, или је, што је најправилније, оптерећена теретом, прибавилац мора бити обавијештен. Према правној природи уговора о продаји, како је дефинисан као појам у ЗОО, излази да се под уговором о продаји подразумијева само онај уговор којим продавац преноси право својине на купца. Питање је да ли само у пуном обиму или и онда када је ограничено неким теретом? Остављајући ово питање по страни, ако прибавилац није обавијештен да постоји неко право трећег или ограничење јавно-правне природе, законска је претпоставка да он гарантује прибавиоцу да правне сметње или недостаци који онемогућују коришћење свих правних овлашћења које му прибављено право, по редовном току ствари, омогућује, не постоје. Претпоставка је да прибавилац није пристао (није се помирио) са набавком ствари када преносом те ствари у његов посјед није стекао и право које је по Закону требао да прибави.

Прибавилац, против кога треће лице подигне евикцију, има право на заштиту како од стране преносиоца тако и по изреци Закона. Када се подигне евикција и утврди да пренесено право има недостатак који потпуно лишава прибавиоца "стеченог" права, а преносилац му не може пружити заштиту одбијањем евикције или се преносилац оглуши о позив прибавиоца да му пружи заштиту, прибавилац стиче слиједеће захтјеве:

- ако је евикција потпуна, прибавилац стиче захтјев на једнострано раскидање уговора, што је законско једнострано раскидање уговора;

- ако је евикција дјелимична, јер треће лице прибавиоцу ограничава или умањује право које је стекао, прибавилац (купац) има алтернативно право избора: или да уговор једнострано раскине или да захтијева бонификацију, тј. снижење или нивелацију цијене или свог давања.

И у случају захтјева који произилазе из потпуне као и дјелимичне евикције прибавилац има право на накнаду евентуално претрпљене штете, осим ако је и сам био несавјестан, јер му је могућност евикције трећег била позната у тренутку закључења уговора. Право на накнаду штете несавјесни прибавилац (онај који је у часу закључења уговора знао за могућност да му ствар буде одузета, или да његово право буде смањено или ограничено) заиста нема ако се та могућност оствари, чиме се ублажава примјена санкција према преносиоцу, али задржава право захтијевати враћање, односно снижење цијене (*члан 510. став 4. ЗОО*). За прибавиочеву заштиту битно је обавјештавање преносиоца о евикцији коју је трећи подигао. Обавјештавање је садржано у позиву преносиоцу да у разумном року ослободи ствар од права или правних претензија трећег лица, или, када су предмет преноса (продаје) генеричке ствари, да му испоручи ствари без правног недостатка. Умјесто једне количине замјењивих ствари оптерећених евикцијом, испоручи другу количну замјењивих ствари на које нико трећи нема правних претензија - замјени евинциране ствари неевинцираним стварима. Изостанак обавјештавања преносиоца о евикцији може довести до губитка заштите тако што се преносилац, због свог пропуста, не може више позивати на одговорност уколико прибавилац изгуби спор са трећим лицем у који се самостално упустио, а преносилац, у своју одбрану, докаже да је располагао средствима (приговорима) којима је могао одбити евикцију трећег лица. Ипак, прибавилац неће изгубити право позивања преносиоца на одговорност иако је без упуштања у спор признао очигледно основано право трећег лица и због тога није ни обавјештавао, позивао преносиоца да се упусти у спор, што је иначе неопходно за заштиту прибавиоца од евикције. Преносилац се, у таквом случају, може ослободити од одговорности, тј. захтјева које прибавилац има по основу закона на раскидање уговора или бонификацију и накнаду штете, ако накнади прибавиоцу накнаду коју је морао овај исплатити трећем да одустане од евикције која је очито основана и плати му из тога произашлу штету, односно трошкове.

Пошто су правила о свикцији диспозитивне природе могу се уговором ограничити или искључити, осим када је преносилац несавјестан. Под таквим околностима, мада уговарачи споразумно унесу у уговор клаузулу егзонерације, одредба о преносиочевој неодговорности за евикцију биће ништава.

Право на заштиту гаси се (губитак права, преклузија) протеком годину дана од сазнања за постојање права трећег или по истеку шест мјесеци од правоснажно завршеног спора између трећег лица и прибавиоца у којем се по позиву прибавиоца умијешао преносилац. Очито је да можемо разликовати заштиту од евикције коју прибавиоцу пружа преносилац (што би назвали заштитом од евикције у ужем смислу) од одговорности за правне недостатке (мада закон ове термине користи као синониме), јер одговорност преносиоца за правне недостатке наступа тек ако преносилац не успије да прибавиоцу пружи тражену заштиту од евикције. Прибавилац своје право на заштиту може остварити како тужбом тако и приговором (нпр. ако би преносилац тужио прибавиоца да испуни уговор, прибавилац би му могао истаћи приговор да је наступила евикција). Као што смо истакли, рок се рачуна од сазнања за евикцију, тј. од дана када је прибавилац добио сигурно обавјештење о евикцијом захтјеву трећег лица и постојању правних недостатака, што значи да се дан почетка рока не мора поклапати са даном подизања евикције, тј. подизања тужбе.

## **б) Правило истовременог испуњења обавеза из двостраног уговора**

Основно правило код двостраних уговора је да су уговорне стране дужне истовремено испунити своје обавезе. Једновременост не треба схватити у дословном смислу. "Истовремено" подразумева не само фактичко започињање реалног акта испуњења, већ и постојање очигледне спремности на испуњење. И природа посла може условити да се једновременост испуњења не може схватити буквално. Изузеци од истовремености испуњења могу се одредити уговором или законом. Правило истовременог испуњења штити се приговором који може бити вансудски или судски. Ако на суду једна страна истакне приговор неиспуњења (у коме ће истаћи да није дужна да испуни своју обавезу, јер и друга страна није спремна да испуни своју) а ради се о двостраном уговору, суд ће јој наложити да испуни своју обавезу кад и друга страна испуни своју. Уговорне стране могу искључити правило истовременог испуњења обавеза а може бити уговором модификовано тако што се уговори обавеза једне стране да прво испуни своју обавезу из двостраног уговора. Оваква уговорна клаузула може угрозити интерес и реализацију права друге уговорне странке због тога што се материјалне прилике друге стране (која је обавезна на накнадно испуњење) погоршају у толикој мјери да испуњење обавезе постане неизвјесно, шти та неизвјесност произилази из других озбиљних разлога насталих послје закључења уговора. Осим тога, то важи кад су материјалне прилике друге стране биле у истој мјери тешке још прије закључења уговора, ако њен саговорач то није знао нити је морао знати (био је савјестан). Тада, страна која се уговором обавезала да прва испуни двострани уговор може уложити приговор опасности којим постиже исти циљ као и код приговора неиспуњења уговора, односно приговора неистовременог испуњења уговора. Тим приговором она одлаже своје приоритетно испуњење обавезе све док друга страна не испуни своју обавезу или док не пружи довољно обезбјеђење (средство обезбјеђења) да ће испунити своју обавезу након испуњења обавезе од стране подносиоца приговора. Ако се определили на захтјев за обезбјеђењем испуњења приговорач може захтијевати да му се обезбјеђење пружи у примјереном року, а послје протеча тог рока, без резултата, може захтијевати једнострано раскидање уговора, тј. раскинути уговор простом изјавом воље (још један случај законског овлашћења на једнострано раскидање уговора). Према традиционалној правној терминологији ови приговори су познати као *exceptio non adimpleti contractus*.

## **в) Раскидање или измјена уговора због промијењених околности**

Приликом закључивања уговора и преузимања узајамних обавеза странке су имале у виду постојеће околности од значаја за судбину, односно дејство њиховог уговора. То значи да су ушле у уговор са намјером да га испуне и да су знале и могле знати да ће га, према редовном току ствари, моћи испунити. Јер, као што знамо, уговор је закон за странке, јер је извор правних обавеза чије неизвршење доводи до правног санкционисања неуредне странке. Двострани уговори, који су теретни, са трајним престацијама или су трајни, јер им извршење није једновремено са настанком уговора, подложни су измјенама околности које живот носи са собом. Нормалне измјене околности, које су уобичајене и одговарају збивањима које називамо редовним током ствари, нису

правно релевантне, већ су релевантне само оне измјене околности које наступе после закључења уговора и доведу до отежавања испуњења уговора или неостваривања сврхе уговора у толикој мјери да уговор очигледно више не одговара очекивањима уговорних страна и да би, по општем мишљењу, било неправично да остане на снази такав какав је. То значи да његово редовно дејство, његов садржај формиран прије наступања промјене околности, након наступања промјене околности више не може опстати већ се мора рерати, тако што би се садржај уговора правично измијенио, у оном дијелу који је погођен околностима, или би се уговор раскинуо. Ревизија уговора има предност пред раскидом уговора, јер суд неће дозволити раскид ако друга страна понуди или пристане да се одговарајући услови (мисли се на одговарајуће дијелове садржаја уговора) правично измијене. У тој бенефицији ревизије крије се основна уговорна мисао која уговор, ипак, сматра законом за странке. Ревизија уговора је мијењање одредбе пуноважног уговора. Ревизијом уговор не престаје да важи него, са одређеним измјенама, остаје и даље на снази. Правило "*practa sunt servanda*" значи да је уговор закон за странке. Оно је произашло из досљедног и безрезервног подржавања и афирмације теорије аутономије воље. Због своје крутости и далекосежности није практички оствариво. Оно не дозвољава ни под којим условима једнострано ослобађање од уговорних обавеза. У правној пракси, законодавству и теорији излаз се почео тражити у афирмацији "*clausule rebus sic stantibus*" која је, ако се унесе у уговор и постане уговорна клаузула, омогућавала страни, коју погађају промијењене околности, да тражи заштиту кроз ревизију уговора или одустанак од уговора. Дакле, док су год околности непромијењене уговарачи су везани првобитним дејством двостраног уговора, али ако се промијењене заштиту од наступјеле промјене може тражити само уговарач који је уговорио клаузулу о непромијењеним околностима - "док ствари буду стајале како су углављене". Модерно право као и позитивно право клаузулу "*rebus sic stantibus*" подигло је на ранг општег (законског) правила и одредило да је ова клаузула о непромијењеним околностима природни састојак сваког двостраног и теретног уговора. Еволуција и афирмација овог правила и ове идеје која треба да помири валидност уговора као правног односа и његово напуштање, односно лабављење тог правног односа, трајала је веома дуго, а у ЗОО ушло је иреко рјешења из Општих узанси за промет робом (*Службени лист ФНРЈ, број 15/54 - прилог, узансе број 55-59*). У литератури се с правом истиче да уређивање утицаја промијењених околности у Општим узансама (...) представља класичну творевину континенталног права, док је овај институт у ЗОО редигован под утицајем англосаксонске доктрине осујећења уговора (*Ђуровић-Драгашевић, стр. 129*).

### Појмовно дефинисање промијењених околности

Промијењене околности су релевантне ако наступе после закључења уговора. Морају бити таквог интензитета да отежавају испуњење обавезе једне стране или се због њиховог наступања не може остварити сврха (циљ) уговарача, јер је уговор очигледно промашио оправдана очекивања уговорних страна и да је по објективном, општем мишљењу неправично оставити га на снази са дејством какво је уговорено, 'мада се, истини за вољу, он може испунити са непримјереним жртвовањем и бесциљно. Како истиче професор Јакшић, "није

довољно да је због промијењених околности испуњење обавезе знатно отежано, него је постало претјерано тешко у мјери са којом се при закључењу уговора ни не рачуна, те се испуњење тако отежане обавезе не може ни тражити, јер би представљало грубу повреду правичности и принципа равноправности уговарача. Радња, коју би дужник по слову уговора био дужан да изврши, постала је за њега "недостижна", "неподношљива" - теорија о недостижности или о неподношљивости радње" (*Јакшић, стр. 191*). Али, радња није постала немогућа, јер би се у том случају примијенила друга правила Закона (нпр. правила о раскидању уговора због неиспуњења). Како поближе квалификовати промијењене околности могу помоћи одредбе Општих узанси..., по којима су то: "изванредни догађаји који се нису могли предвидјети у вријеме закључења уговора" и као примјери, у узанси број 56. наводе се: "природни догађаји као што су суша, поплава, земљотрес; управне мјере, као што су забрана или ограничење увоза или извоза и друга ограничења промета робом, промјена система цијена, промјена тарифа и прописаних цијена, промјена стандарда; економске појаве, као што је изузетно нагли и велики пад и скок цијена" (*Јакшић, стр. 191*). А када се ради о оцјени када је престала сврха уговора, професор Јакшић истиче, да треба узети у обзир све околности које су је при закључењу уговора одређивале, а то могу бити и лични односи као што је: такав поремећај заједничког живота уговарача из уговора о доживотном издржавању у толикој мјери да је заједнички живот постао неподношљив (*Јакшић, 193*). Да би се уговарач могао позвати на промијењене околности неопходно је да се њему не може приписати кривица за њихово наступање. Према томе, позивати се на њих не може несавјесна страна, тј. она која је у вријеме закључења уговора била дужна да узме у обзир ове околности или их је могла избјећи или савладати као и страна која се налази у дужничкој доцњи (*чл. 133. ст. 2. и 3. ЗОО*).

#### Права и обавезе погођене стране

Страна коју погађају промијењене околности има право да захтијева раскидање уговора, тј. да јој се омогући да одустане од уговора. Поред права на једнострано раскидање уговора она има право и да предложи ревизију уговора, тј. правичну измјену уговора, коју могу да предлажу обје стране уговорнице.

На погођеној страни лежи и дужност обавјештавања. Она је дужна, о својој намјери да ће захтијевати раскид уговора, обавијестити другу страну чим је сазнала да су промијењене околности наступиле, а ако то не учини одговараће другој страни за штету која јој буде због тог пропуста нанесена, јер јој захтјев није на вријеме саопштен. Пропуштање ове споредне обавезе доводи до одговорности за штету.

#### Права стране која није погођена промјеном околности

Страна коју не погађају промијењене околности задржала би своју уговорну позицију и уговорено дејство обавеза које јој одговара. То се не може дозволити, јер би то било неправично за другу страну и угрозило би равноправност страна. Али, неправична ситуација може настати и када једна страна искористи право на раскидање уговора и тако другој, уговору вјерној

страни, самим раскидањем уговора нанесе штетне посљедице. Правичан износ штете коју трпи страна која није овлашћена да се позива на промијењене околности или није усвојен њен захтјев за ревизијом уговора, суд је дужан досудити. Поред тога, уговорна страна која није захтијевала раскид уговора због промијењених околности има право да захтјева накнаду штете коју је претрпила због тога што јој захтјев за раскид уговора није благовремено саопштен.

### Задаци суда

Суд је дужан да процијени захтјев странке и да сагласно резултатима поступка изрекне раскид или измјену уговора. Суд је дужан да води рачуна и о субјективним и објективним околностима. Закон упућује суд да мора водити рачуна о интересима обију страна из облигационог уговора. Објективне околности које ће руководити суд приликом одлучивања о раскиду или ревизији уговора су: начела поштеног промета, циљ уговора, нормалан (уобичајен) ризик који субјекти пословно-правног промета морају сносити код истоврсних послова и општих интереса. У овим координатама суд ће, према препорукама законодавца, донијети правичну одлуку којом ће заштитити равноправност уговорних страна. Пошто се ради о слободи диспонирања субјективним правима и интересима ЗОО дозвољава уговарање одрицања од права на позивање на поједине промијењене околности. Овим се јача уговорна дисциплина, штити економски интерес странака, али и стварају услови за злоупотребу права. Стога, ове клаузуле, о сужавању права или одрицању од права - овлашћења на позивање на одређене промијењене околности, неће бити пуноважне уколико су у супротности с начелом савјесности и поштења.

### г) Прекомјерно оштећење (*laesio enormis*)

У двостраним и теретним уговорима еквивалентност престација није апсолутно загарантована. Уговор је творевина просјечних субјеката чија воља има сопствена мјерила вредновања предмета, циља, околности и значаја уговора. Отуда се вриједност или однос вриједности узајамних престација не мјери математичким рачуном или "апотекарском вагом" већ правничком формулом "правичности узајамних давања". Значи да право толерише релативну нееквивалентност, тј. одступање од математичке или аптекарске ваге, али су границе правне толеранције нееквивалености, ипак ограничене правним мјерилима. У југославенском облигационом праву као најчешће спомињани праг нетолеранције нееквивалентности престација, прије доношења ЗОО, преко којег се није правно могло дозволити егзистирање уговора, означавао је као "оштећење преко половине вриједности" (*laesio ultra dimidium*).

### Појам

Прекомјерно оштећење постоји када између обавезе уговорних страна у двостраном уговору постоји очигледна несразмјера. "Очигледна несразмјера" је правни стандард који суд мора испунити конкретним садржајем водећи рачуна о свим околностима случаја. Оштећење (*laesio*) је прекомјерно (*enormis*) ако је

између обавеза страна у двостраном уговору очигледна несразмјера. Очигледна несразмјера би требала бити сваком оку уочљива. Па како то да је није запазио уговарач приликом закључења уговора, јер се оштећени лезијом може на њу позвати ако је постојала у часу закључења уговора? Ако је очигледна несразмјера настала или постала очигледна након закључења (перфекције) уговора, заштита уговарача и дејства двостраног уговора може се остварити само институтом раскидања или измјене уговора због промијењених околности. На прекомјерно оштећење се може позивати само она уговорна странка која је у заблуди о правом омјеру, односно вриједности узајамних престација; која "није знала нити је морала знати за праву вриједност престације која је предмет обавезе."

Правне претпоставке заштите оштећене стране у лезионарном уговору су:

- иуноважан двострани и теретни уговор којим се успоставља узајамност престација и еквивалентна размјена;
- да се утврди постојање очигледне несразмјерности давања;
- да је утврђена очигледна несразмјера престација постојала у вријеме закључења уговора;
- да је утврђена и доказана заблуда лезијом оштећене стране која се тиче вриједности предмета уговорне обавезе, јер за праву вриједност тада није знала нити је морала знати; и
- да се не ради о уговору на срећу, јавној продаји, ни о афекционој куповини на коју се неко определијелио ради афекционе вриједности ствари (особите наклоности за предмет уговора).

Поједини аутори сматрају да институт прекомјерног оштећења, конципиран по субјективном критеријуму (компонента му је заблуда) нема практичног значаја у привредно-правним уговорима (*Ђуровић-Драгашевић, 126*). Супротно, полазећи од истог, закључују други аутори који сматрају да је "прекомјерно оштећење" јединствен институт који важи не само у општем већ и у привредном облигационом праву и да се њиме могу користити и на њега позивати и уговарачи уговора у привреди, који се као "добри привредници" и "добри стручњаци" могу само изузетно позивати и доказати да "нису знали или морали знати" за "праву вриједност" узајамних престација (*gr Врлета Круљ у Коментару ЗОО, у редакцији Благојевић- Круљ, стр. 361*).

### Права оштећене стране

Прекомјерно оштећена страна може захтијевати да се уговор поништи. Ради се о случају рушљивости или релативне ништавости, јер се уговор ништи на иницијативу и из интереса прекомјерно оштећене стране. Право захтијевања поништења уговора гаси се у објективном року од годину дана који почиње тећи од момента перфекције уговора. Одрицање унапријед од овог права нема правно дејство. То одговара духу и традицији нашег права. У првом реду принцип еквивалентности узајамних престација у теретним уговорима је у складу са друштвеним и правним поретком, а његово заобилажење добровољним одрицањем било би, како је закључила наша судска пракса, управо супротно установи јавног поретка. Због тога је правно правило бившег грађанског законодавства које дозвољава одрицање од права на поништење уговора ради прекомјерног оштећења искључено од примјене у нашој, тј. југослаvensкој

послијератној судској пракси. Уговори из предратне судске праксе у Краљевини Југославији садржавали су клаузулу о одрицању као "рутинску клаузулу" чиме су законске одредбе о поништавању уговора због оштећења преко половине постале "мртво слово на папиру" (*Коментар ЗОО у редакцији Благојевић-Круљ, стр. 362*).

Захтјев за поништење уговора који истиче прекомјерно оштећена страна могуће је одбити приговором ревизије уговора, тј. понудом друге уговорне стране да ће извршити допуну престације до правичног односа вриједности узајамних престација. Приговор ревизије уговора могућ је и као вансудски приговор.

### Посебне ситуације прекомјерног оштећења

Као посебно заштићене случајеве, који су били подвргнути тзв. објективном критеријуму утврђивања постојања прекомјерног оштећења, не узимајући у обзир постојања заблуде, предвиђало је бивше социјалистичко законодавство за промет основних средстава која обављају бивша, тзв. друштвена правна лица. Овакво нормирање је у савременој фази друштвеног развоја фактички беспредметно, тако да је измјенама и допунама Закона изостављено из законског текста.

### д) Зеленашки уговор

Према систематици закона о облигационим односима зеленашки уговор је осамостаљен, издвојен од посебних случајева прекомјерног оштећења. Постоје аргументи да му је мјесто међу посебним облицима прекомјерног оштећења. Другим ријечима, у многим страним законима оштећење је материјални елемент који повезан тек са моралним елементом (искоришћавањем тешког положаја оштећене стране) сачињава јединствен институт под насловом "оштећење" (*laesio, lesion*). Код нас је усвојено раздвајање јединственог института, стварањем два паралелна института; једног, који уз одређене модификације наставља традицију римског *laesio enormis* и другог, који поред "оштећења" једне уговорне стране карактерише недопуштено понашање - искоришћавање тешког материјалног положаја или стања друге стране. Заједничко за оба ова института је што је претпоставка санкције "очигледна несразмјера" узајамних давања (*Коментар ЗОО у редакцији Благојевић-Круљ, стр. 360*). Нормативно-догматски законодавац је могао поступити тако да санкционише само оно оштећење које се јавља као посљедица неморалног поступања друге стране, а не као посљедица "судбоносних" околности. Социолошки-правно посматрано законодавац је исправно поступио, јер је дајући "зеленашком уговору" посебно мјесто у законском тексту желио истаћи његов негативни значај за правне односе у друштву.

### Појам

Зеленашки је сваки онај уговор у којем једна уговорна страна ("зеленаш") користећи се "неприликама" (тешким положајем или стањем) друге стране

уговори за себе (или које треће лице) корист која је у очигледној несразмјери са оним што је предмет зеленашеве обавезе (чиме је другу страну "прекомјерно оштетио") Терминолошко објашњење ријечи "зеленаш" се приписује свестрано образованом српском официру Јовану Драгашевићу (1836-1915) који под ријечју зеленаш (лихвар) држи: "(...) ови нови финансијери даваше народу новце под интерес, ал - да им народ у храни и интерес и главницу врати, а погађаше се с њим, док је храна још на њиви, "зелена". Професор Милошевић даје објашњење: " у свом првом облику зеленашки уговор се јавио код уговора о новчаном зајму са каматом и код уговора о куповини и продаји будућих пољопривредних производа (жита у класу "на зелено") (...) купац је земљораднику који се нашао у нужди дао извесну количину новца, а зато је куповао од њега жито "на зелено" и отуд потиче назив зеленашки уговор" (Милошевић, 94).

Ради се о сложеном институту који, рашчлањен на своје карактеристике, садржи:

- у зеленашком уговору мора да постоји очигледна несразмјера давања између двије стране која постоји и код прекомјерног оштећења; заправо, у зеленашком уговору је садржано прекомјерно оштећење, и то је материјални елемент института; и

- зеленашког уговора нема ако једна уговорна страна не искоришћава другу користећи се неприликама или тешким приликама друге стране које се дефинишу као: - стање нужде, тешко материјално стање, недовољно искуство, лакомисленост или зависност искоришћаване стране (и то је морални елемент зеленашког уговора, који твори институт кумулативно са материјалним елементом који смо први навели);

- и законском систематиком и по мишљењу аутора само двострани и теретни уговори могу бити оглашени зеленашким; у сваком случају ради се о покушају искоришћене стране да од зеленаша извуче неку корист или прибави добра, односно услуге које су му потребне; код добротних уговора овог момента нема, али се *animus donandi* може развити као неморална побуда или принуда, те се онда може говорити о ништењу добротних уговора;

- најзад, зеленашки уговор се може уговорити с дејством у корист трећег лица, у којем је: зеленаш - стипулант, оштећено (искоришћавано) лице - промитент, а треће лице (бенефицијар).

## Санкције

Друштвено-историјска пракса оцијенила је зеленаштво као наказну друштвену појаву. Правни поредак зеленашки посао сматра неморалним и незаконитим, односно противзаконитим, јер је зеленаштво прописано као кривично дјело. Стога је зеленашки уговор класичан примјер забрањеног уговора и санкционисан је апсолутном ништавошћу са свим посљедицама које погађају уговарача.

## Права искоришћаване стране

Оштећена (искоришћена) страна улази у зеленашки уговор гоњена неком својом потребом или интересом који у датом тренутку не може повољније да

задовољи. Правни поредак нема намјеру да и њу кажњава због тога што је, најчешће, принуђена да се обавезе уговором у којем јој се намећу зеленашки услови (какав је случај с кривичним дјелом примања и давања мита у коме се обје стране кривично гоне). Стога Закон омогућује само искоришћеној страни да може захтијевати ревизију уговора, и евентуално га одржати на снази, а зеленашу омогућити да избјегне примјену санкција ништавости уговора. Значи да се уговор на основу приговора ревизије уговора, само од стране искоришћеног уговарача, може одржати или тако да се искоришћеном обавеза смањи на правична износ или да зеленаш изврши допуну своје обавезе до правичног односа узајамних давања. Суд може али не мора да дозволи овакву конвалидацију зеленашког уговора. Суд би требао удовољити оштећениковом захтјеву ако је то могуће и ако је то у његовом интересу. Сигурно ће у процјени поћи од тога да ли се ревизијом не иде на повреду општег интереса. Ако ова не постоји суд ће дозволити конвалидацију зеленашког уговора са правично измијењеном садржином. Овај захтјев за конвалидацијом оштећени мора поднијети у објективном року од пет година од момента перфекције зеленашког уговора.

## **9) ПРЕСТАНАК УГОВОРА**

Престанком уговора престаје облигационо-правно дејство овог правног института. Наизглед једноставна формула захтијева шира објашњења. Можемо говорити о предуговорном, уговорном и постуговорном периоду. Уговор је једна реална правна појава која се често материјализује у форми документа, тако да као материјални траг остаје у архиви уговарача и након престанка свог, типичног, облигационо-правног дејства. И за вријеме када уговора још нема, још не егзистира (није перфектуиран) он утиче на понашање будућих уговорних страна. Закључени уговор ствара облигационо-правно дејство, тј. права и обавезе међу странкама, ствара облигације или на једној или на обје стране уговорног односа. Али и неизвршени уговор или поништени уговор стварају или ће произвести одређене правне посљедице. Да ли ће то бити баш оне идеалне, замишљене и прижељкиване од обје стране и сходно правном поретку или ће посљедице бити нежељене за једну или обје стране односа, зависи од конкретних околности случаја.

Идеално је очекивати да ће закључени уговор произвести правно, тј. облигационо-правно дејство тако што ће настати обавезе и права која ће субјекти реално испунити и тако остварити сврху уговора.

### **Подјела начина престанка уговора**

Закон не говори о престанку уговора него само о престанку облигације. Престанак уговора је теоријска конструкција која има практичну важност. Можемо говорити о сљедећим начинима престанка уговора: а) престанак уговора испуњењем или без испуњења, б) престанак уговора усљед немогућности испуњења, в) престанак уговора раскидањем, г) престанак уговора усљед утврђивања ништавости, и д) престанак уговора усљед рушљивости.

## а) Престанак уговора испуњењем или без испуњења

Престанак уговора ИСПУЊЕЊЕМ је основни, идеални, начин престанка уговора. Испуњење је оно што је садржајем уговора утврђено као предмет обавезе уговарача. Полази се од тога да они за тим имају и највећи властити интерес. С аспекта објективног права и друштвених интереса испуњење, као реални акт, нема више онакав значај какав је имао у периоду тзв. административног социјализма ради планских аката којима је уговор служио и био подређен, а ради неразвијеног тржишног и робно- новчаног односа, који је био вјештачки, политички потискиван. Све оно што је речено приликом излагања питања престанка облигација важи "*mutatis mutandis* " и за престанак уговора, с тим што се мора водити рачуна да уговор престаје испуњењем када и последња облигација, која је створена овим правним основом, буде испуњена. Овдје се ради о томе да је реализован циљ уговора и да уговорне странке нису изразиле своју вољу да последице тога остану и даље у оваквој правној вези. Испуњење уговора, да би произвело основно правно дејство, а то је гашење или престанак облигација, мора бити уредно.. Неуредност испуњења мора да је битна. Битни недостаци испуњења доводе до једностраног раскидања уговора и до накнаде евентуалне штете (уговорна одговорност).

Престанак уговора БЕЗ ИСПУЊЕЊА је нежељена правна ситуација. Она значи да се уговор није реализовао према жељеном, циљном плану и програму који су поставили уговарачи, него је, усљед дејства одређених околности угасио се не остваривши дејство (облигационе радње уговарача нису предузете). Такву ситуацију имамо, нпр. када је уговорена одустаница. Тада страна којој припада овлашћење на одустајање од уговора може угасити уговор (одустати од уговора) давањем одустанице. Сви познати начини престанка облигације без испуњења могу се и овдје појавити као разлози престанка уговора. Тако, нпр. смрт уговорне странке доводи до престанка уговора с дејством *intuitu persone*. Или, када индивидуално одређена ствар представља предмет уговора, њена пропаст усљед дејства случаја више силе доводи до гашења уговора (*Ђуровић-Драгашевић, 134*). Без испуњења престају и уговори с тзв. фиксним или строгим роком.

## б) Немогућност испуњења уговора

Немогућност испуњења уговора је начин престанка уговора ако је дужникова обавеза постала немогућа усљед околности која је настала последице закључења уговора, али прије доспјелости (накнадна), и треба да је потпуна, јер код дјелимичне немогућности долази до ревизије уговора (или раскида ако дјелимично испуњење не одговара њеним потребама) и да је трајна и објективна (било фактичка: пропадне индивидуално одређена незамјењива ствар, или да је наступила правна немогућност; закон забрани промет ствари које су предмет уговора), те да узрок немогућности испуњења није скривила ни једна страна уговорница, (јер ако скриви долази до преиначења садржаја уговора, а не престанка) те да предмет обавезе није генеричка ствар.

Када је испуњење обавезе једне стране у двостраном уговору постало немогуће због догађаја за који није одговорна ни једна ни друга страна, гаси се

обавеза и друге стране.

Уколико је ова нешто испунила од своје обавезе, може захтијевати враћање по правилима о враћању стеченог без основа (*члан 137. став 1. ЗОО*).

У случају дјелимичне немогућности испуњења не долази до престанка уговора гашењем обавезе, мада је узрок дјелимичне немогућности објективан (догађај за који није одговорна ни једна ни друга страна). У том случају уговор не престаје по самом закону, већ страна која очекује испуњење може раскинути уговор под законском претпоставком да дјелимично испуњење не одговара њеним потребама. Уколико дјелимично испуњење одговара њеним потребама уговор остаје на снази, а друга страна има право да захтијева сразмјено смањење своје обавезе (ревизију уговора путем (бонификације). Међутим, поред тога, страна којој је објективни случај онемогућио испуњење, неће се ослободити обавезе (неће се сматрати да је наступила немогућност испуњења) када је та страна у доцњи, изузев ако докаже да би ствар (предмет уговора) случајно пропала и да је на вријеме извршио своју обавезу (*члан 262. ЗОО*).

Субјективна накнадна немогућност у двостраним уговорима резултат је радње или околности коју је скривила једна страна. Обавеза невине стране се гаси и њено потраживање остаје са преиначеним садржајем, тј. њена тражбина остаје умањена за онолико колико би она имала користи од ослобађања од своје обавезе. Овдје се ради о ситуацији када повјерилац скриви неиспуњење обавезе од стране дужника. Поред тога, страна која је скривила неиспуњење обавезе друге стране (повјерилачка страна) дугује уступити (цедирати) другој страни (дужничкој страни) сва права која би имала према трећим лицима у вези са предметом своје обавезе чије је испуњење постало немогуће (*члан 138. став 2. ЗОО*).

Ова правила не дирају у правила о одговорности дужника обавезе који скривљено неизврши своју обавезу која му се тада преиначује у обавезу на накнаду проузроковане штете (позитивни уговорни интерес).

#### в) Престанак уговора раскидањем

Раскинути уговор значи констатовати, на основу изјаве воље или изјава воља, да уговор од одређеног момента више не производи правно дејство, које је до тада производио (*Лоза, 142*). Раскидање уговора могу утаничити обје уговорне стране споразумно или то овлашћење може бити уговорено за обје стране у уговору а то овлашћење, на раскидање, може бити предвиђено законом, под одређеним претпоставкама. Стога можемо говорити о споразумном и једностраном раскидању уговора.

#### **Споразумно раскидање уговора**

Као што слобода уговарања омогућује лицима у праву да сагласним изјавама воља формирају уговор, као самосталну правну творевину, тако, с друге стране, допушта им операцију усмјерену у супротном правцу - у правцу заједничког ослобађања од уговорних обавеза. Споразумни раскид је основ престанка пуноважног уговора сагласношћу воља дотадашњих уговорних страна. Обично се узима да се споразум односи за будуће (*ex tunc*), али није ријетка

појава да се споразум тиче и дотадашњих уговорних дејстава. Овим споразумом могу бити обухваћена и сва дотадашња дејства уговора ретроактивно, све од времена перфекције уговора (*ex tunc*).

Као и сагласност воља о заснивању уговора тако и сагласност воља о раскидању уговора има само облигационо-правно, релативно, дејство. Трећа лица задржавају стечена права. Споразумно раскидање често се унапријед уговара код трајних уговорних односа. Протеком времена, тј. наступањем раскидног рока, такви се уговори гасе. Чест случај споразумног раскидања уговора Јавља се код уговора у којима су се уговарачи споразумјели да је рок испуњења уговора битан елеменат уговора и да неиспуњење уговора, у таквом року, дјелује као раскидни услов. Рок, иначе, као што је познато, није битан елеменат уговора. Ако се жели рок претворити у битни елеменат, уговара се тзв. фиксни рок који има дејство раскидног услова. Неиспуњење уговора у таквом року доводи до престанка уговора - без испуњења. Овакав начин престанка уговора предвиђен је Законом.

### Једнострано (уговорено) раскидање уговора

Правна природа уговора као резултата сагласности воља противи се једностраном раскидању уговора *Цакшић, 184*). Уговори се закључују да се испуне "*pacta sunt servanda*" те неиспуњење уговора од једне стране може само да изазове тужбу друге стране на испуњење. Другим ријечима, старије грађанско законодавство није, у таквим случајевима, дозвољавало једнострано раскидање уговора, већ је уредни уговарач требало да тужи неуредног ради испуњења уговора. Изузетак је био могућност раскидања утврђена уговорном клаузулом или с *lex specialis* (*Јакшић, ibid.*). Ово строго правило је, ако се досљедно и искључиво прописује, чак и на штету повјериоца, нпр. када повјерилац нема више интереса да дужник накнадно испуни обавезу, јер му, нпр.: ствар није више потребна или ју је морао набавити на другом мјесту, јер му је својевремено била неопходно потребна (*Јакшић, 185*).

Еволуција кидана строгих *окова* *pacta sunt servanda* почела је у римском праву с тзв. "*lex commissoria*", која, клаузула, и данас има могућност примјене с обзиром на начело слободе уговарања и која своју примјену може доживјети у свим уговорима, а не само у купопродајном као у римском праву (продавац је имао право да раскине купопродајни уговор у случају да му купац не плати на вријеме цијену, ако су продавац и купац то право продавца уговорили). Данас је, међутим, основна функција "*lex commissoriae*" апсолвирана законским правом раскидања двостраног уговора због неиспуњења (*чл. 124 до 132. ЗОО*). Опште узансе за промет робом су, у општим узансама број 53 и 54, уредиле питање уговорног раскидања под насловом: "Одустанак од уговора по споразуму странака". Општа узанса број 53. прописује: "Странке могу уговорити да једна или свака од њих може одустати од уговора." Ова одредба нема значења одустанице, јер према Општој узанси број 48. странка може одустати од уговора, ако је тако уговорено, уз плаћање одустанице, што у Општој узанси број 53. није случај. Према овој узанси од уговора странка може одустати без плаћања одустанице, те се ради о разради начела слободе уговарања уношењем одредбе о праву на једнострано раскидање уговора. Општа узанса број 54. "Рок за

одустанак од уговора", прописује да странке могу уговорити рок до кога се може раскинути уговор. У ставу другом исте О.У. дато је диспозитивно правило по којем је пуноважан одустанак ако је саопштен другој странци прије истека времена одређеног за почетак испуњења њене обавезе, а ако започињање рока испуњења није одређено, онда прије него што је друга странка започела с испуњењем своје обавезе.

Ставом трећим О.У. број 54. нормира се право странке да одустане од уговора престаје у сваком случају (и без обзира што је оно уговорено) када она почне испуњавати своје обавезе, или почне примати испуњење од друге странке. Према четвртном ставу исте узансе прецизирано је да у случају ако је предмет уговора испорука индивидуално одређене ствари која се тек има израдити од стране дужника који те ствари не производи серијски, одустанак је пуноважан, ако је саопштен дужнику прије него што је почео са припремама за израду те ствари. Према начелу слободе уговарања, које је основно у Закону о облигационим односима, једнострано раскидање уговора може бити предвиђено сагласношћу воља уговорних страна. Сагласност воља конкретизује се кроз овлашћење једне уговорне стране да уговор једнострано раскине. Овакво овлашћење може бити стипулисано у корист једне или обје уговорне стране. Може бити безусловно и неорочено или условљено и орочено. Најчешће се, као услов, да би се користило овлашћење на раскидање, јавља повреда уговора од једне стране или сама природа уговора захтијева да се трајни уговорни однос раскине истеком уговореног времена на иницијативу једне уговорне стране (отказ или одустанак од уговора). Отказ је правна моћ, тј. могућност да се изјавом воље једне уговорне стране промијени, тј. угаси један правни однос и субјективна права која из њега проистичу. Уговарач својом изјавом воље постиже дејство престанка уговора и гашење уговорних облигација.

### Законско једнострано раскидање уговора

Законско једнострано раскидање уговора подразумијева да су законом предвиђени случајеви и претпоставке под којима сваки од уговарача понаособ има овлашћење (право) да изјави да раскида уговор или ће се уговор раскинути по самом закону (по сили закона). Можемо разликовати опште и посебне случајеве законског овлашћења на једнострано раскидање уговора. Под општу могућност раскидања уговора ЗОО предвиђа раскидање уговора због неиспуњења. Као посебни типови случајева, када једна страна може да раскине уговор у ЗОО су уврштени: дејство капаре и одустанице, уговорне казне, наступање промијењених околности, дјелимична објективна немогућност испуњења и постојање физичких мана или правних недостатака испуњења двостраног уговора.

Једнострано раскидање уговора, због неизвршења, је изјава једне уговорне стране другој, да из разлога који се, по Закону, сматрају неизвршењем уговорне обавезе друге стране, сматра да међу њима закључени пуноважни уговор није ни закључен. Уговор се, због неизвршења, раскида вансудски, давањем изјаве воље о раскидању непосредно дужнику. У случају спора око изјаве воље повјериоца о раскидању уговора судска одлука би имала само декларативно дејство јер, материјално-правно, изјава о раскидању уговора, уз

постојање законских претпоставки раскидања, претходи судској одлуци. Судском одлуком се уговор не раскида већ само потврђује да је уговор раскинут, а уговор је већ раскинут ако је изјава воље правно релевантна и ако су испуњене законске претпоставке за једнострани раскид уговора. Те законске претпоставке су:

- да је уговор који се раскида двострано - обавезан;
- да дужник из двострано - обавезног уговора није испунио своју обавезу;
- да је повјерилац, који због неиспуњења дужникове обавезе жели раскинути уговор, своју намјеру саопштио дужнику без одлагања; и
- да се раскид не изјављује због неизвршења незнатног дијела обавезе.

Кад испуњење о року није битан састојак уговора дужник може и послје истека рока испунити своју обавезу. Повјерилац, исто тако, има алтернативу: или, да захтијева испуњење дужникове обавезе, или, да дужнику остави накнадни примјерен рок за испуњење. Тек ако дужник, по истеку накнадног примјереног рока, не испуни обавезу, уговор се сматра раскинутим истеком тога рока, по закону.

Раскидање уговора, без остављања накнадног примјереног рока за испуњење, могуће је ако се из дужниковог понашања да он неће своју обавезу извршити, ни у накнадном року.

Раскидање уговора могуће је и прије истека рока за испуњење, ако је очигледно да дужник неће испунити своју обавезу из уговора.

Раскидање уговора са узастопним испуњењем могуће је и ако се не испуни само једна обавеза, ако је из датих околности видљиво да ни остале обавезе неће бити испуњене. У том случају се раскид даје у разумном року и уговор се раскида у погледу свих будућих давања. Могуће је да раскид уговора са узастопним обавезама дјелује и ретроактивно, ако већ испуњење обавезе, без изосталих обавеза, није од интереса за повјерилачку страну. У овој ситуацији дужник може одржати уговор на снази ако да одговарајуће обезбјеђење.

Кад је испуњење о року битан састојак уговора (фиксни рок), па дужник не испуни обавезу у том року, уговор се раскида, по самом закону. И у овом случају повјерилац може одржати уговор на снази ако дужнику да накнадни примјерен рок за испуњење. Тада се уговор, са фиксним роком, претвара у уговор са роком испуњења, те, ако повјерилац не добије испуњење у разумном року мора изјавити да раскида уговор, ако то одговара његовим интересима.

Посљедице или дејство раскидања уговора је ретроактивно, и странке су обавезне да једна другој врате, односно надокнаде оно што су једна другој на основу раскинутог уговора дале, јер је нестало основа за држање примљеног. Ако обје стране имају право на реституцију (враћање датог), враћање се врши по правилима за извршење двостраних уговора. Од момента раскидања уговора свака страна почиње другој да дугује и све користи које у међувремену (од раскида до враћања) има од онога што је дужна вратити, односно накнадити. Појачана је акцесорна обавеза за страну која је примила новац, јер ће она бити обавезна да плати затезне камате од тренутка исплате новца, тј. од тренутка када је примила у свој посјед новац дужника.

Од момента раскида странке се ослобађају свих својих будућих обавеза и међу њима више не постоји облигациони однос. Једина евентуална обавеза, након раскида, је обавеза на накнаду евентуалне штете, према правилима о уговорној грађанско-правној одговорности за проузроковану штету.

Код појединих типова случајева законског једностраног раскидања уговора, немамо исти циљ као и код једностраног раскидања уговора због неизвршења. Циљ једностраног раскидања уговора због неизвршења је да уговор нестане као да га никад није ни било, тј. да се уговор не изврши. Код капаре, одустанице, недостатка испуњења и др., циљ је појачање уговора путем предвиђених посљедица (губитка капаре, плаћања одустанице) за случај неиспуњења, односно одговорност преносиоца за недостатке ствари коју је уступио примаоцу извршавајући уговор (*Јакшић, 185*).

У случају уговарања одустанице може се овластити једна или свака страна да одустане од уговора давањем одустанице. Давање одустанице је планирани економски губитак, који појачава дејство уговора.

Капара се може уговорити да послужи као одустаница. Ако се капара уговори као одустаница, тада ако давалац капаре одустане, она му пропада; ако прималац капаре одустане он је удвојено враћа - што, иначе, нису функције капаре и никада се не претпостављају, већ се морају посебно уговорити.

Раскидање уговора због промијењених околности је законски случај када појава промијењених околности дјелује као раскидни услов, на коју се страна, којој је отежано испуњење, може позивати и раскинути уговор.

У случају дјелимичне објективне немогућности испуњења обавезе страна, коју погађа неиспуњење, може раскинути уговор уколико дјелимично испуњење не одговара њеним потребама.

У случају појаве физичких недостатака прималац има алтернативну могућност: да након благовременог и уредног обавјештења, упућеног преносиоцу, изјави да раскида уговор (*члан 488. став 1. тачка 3. ЗОО*). Исто алтернативно право има купац у случају неизвршења гарантованих обавеза продавца у гарантном року (*члан 504. ЗОО*).

Као једно од овлашћења примаоца јавља се његово право да раскине уговор, ако га преносилац (продавац) не може заштитити од евикције, тј. у разумном року ослободити ствар од евикције и ако се због немогућности заштите од евикције не може остварити сврха уговора (*члан 510. ЗОО*).

Оно што смо изложили о посљедицама (дејству) раскидања важи и у овим типичним случајевима **"mutatis mutandis"**.

Што се тиче дејства раскидања уговора према трећим лицима, раскид погађа и трећа лица, јер раскидање дјелује ретроактивно, *ex tunc*, и сматра се да раскинути уговор никада није ни био закључен. Отуда ће и трећа лица бити обухваћена реституцијом. Изузетак је ако су савјесно стекла нешто на основу раскинутог уговора.

#### г) Поништење уговора

О природи апсолутне и релативне ништавости већ је било ријечи. Зависно од природе ништавост се дијели на: апсолутну ништавост или,

једноставно, ништавост и релативну ништавост или, само, рушљивост. Према својим правним посљедицама ништави уговори (ништави правни послови) блиски су непостојећим правним пословима из брачног права. Непостојећи правни послови су они код којих нису испуњени битни услови за њихов настанак. Према члану 16. ПЗ утврђени су услови за постојање брака и то су: различитост полова, сагласност воља и надлежност државног органа. Међутим, у грађанском праву се може говорити о непостојању уговора, али не и о непостојећем уговору, јер је то појмовна нелогичност, јер ако уговор не постоји онда није уговор. Како исправно закључује професор Радишић: "Будући да уговора нема, није могућа ни његова класификација. Поред ништавих, непостојећи уговори немају никакву вредност." *{Радишић, 167}*.

Професор Радишић, с правом упозорава на терминолошку непрецизност законодавца. По њему, требало је, као генусни, употребити назив "неваљани уговор" који је појмовно шири од "неважећег уговора". Неважећи је само ништави уговор, док је рушљив уговор важећи док не буде поништен. Ако не буде поништен рушљив уговор ће произвести своје правно дејство, и из њега створене облигације и облигационе радње неће се моћи анулирати. То никада неће моћи бити случај са ништавим уговором, јер право на истицање ништавости не застарјева. Тек, ако и када буде поништен, рушљив уговор ће постати неважећи као и ништав, и самим тим ће, због дејства поништења, која су подједнака и за рушљиве као и за ништаве уговоре, изгубиће раније својство рушљивог уговора *{Радишић, 167}*. Најзад, од практичног и теоријског значаја је разликовање између раскидања и поништења уговора. Раскинути се може само пуноважан уговор, из узрока који су настали накнадно, након часа његове перфекције. Ништав уговор има "урођену ману", која је постојала у тренутку његовог "раћања". Узрок, због којег се уговор поништава, постојао је у тренутку његовог закључења. Ти узроци се тичу: пословне способности уговарача, сагласности њихових воља или предмета, основа или форме уговора *{Радишић, 166}*. Међутим, за разлику од брачног права у којем се таксативно набрајају узроци ништавости, према начелу познатом у кривичном праву "*nulla poena sine lege*", ништавост уговора није нормативно таксативно ријешена. Нема набрајања узрока ништавости ако се каже да ће се поништити уговор противан принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима, јер су тада обухваћени безбројни узроци. Исто тако,

## у

узрок рушљивости се налази у ограниченој пословној способности страна, несагласности воља страна под дејством мана воље, али и, у сваком случају, када је законом или посебним прописима за неки узрок предвиђено рушење уговора, тј. могућност рушења уговора. На неваљаност уговорнице могу правно реаговати дефанзивним приговором којим одбијају захтјев (тужбу) за испуњење своје обавезе из облигације која је настала на основу неваљаног уговора. Поред приговора, правно средство истицања ништавости је тужба за поништење, или, прецизније, тужба за утврђење ништавости уговора. Уговор није ништав по самом закону, већ је потребно утврдити узроке који га чине ништавим а који су прописани законом. Суд само декларативно утврђује постојање ништавости, и удовољава захтјевима уговорних страна које истичу

захтјев за реституцијом или накнадом у новцу, а у одређеним случајевима, несавјесној страни, суд ће наредити да примљена имовинска добра, на име извршења уговорне обавезе, преда општини, с тим што се, на тај начин, не ослобађа обавезе враћања примљеног или обавезе на накнаду штете другој страни. Дакле, у правилу, ради се о обостраној реституцији и обостраном овлашћењу истицања захтјева за накнаду штете, изузев могућности судског дискреционог одлучивања по којем може и да се не дозволи да несавјесна страна успије са захтјевом за реституцијом. Поред тога, може суд одлучити да друга страна, оно што је примила, по основу забрањеног уговора, преда држави, ако оцијени да савјесност, односно несавјесност једне и друге стране, значај угрожених интереса и захтјеви морала то омогућују. Реституција има своје оправдање због губитка основа на којима су почивале привидно засноване уговорне обавезе. Професор Радишић, с правом истиче да тужба за поништавање није логична, јер онога чега од почетка нема не треба ни поништавати. Али, сматра он, треба тужбом срушити илузију о уговору, ослободити се његовог привада, из разлога успостављања правне сигурности. Само, у том смислу би се могло говорити о ништавости, као једном од начина престанка уговора. Јер, истини за вољу, престати не може нешто ако, према праву, није ни настало, јер је од почетка, са таквом "урођеном маном" да не може егзистирати као правни основ, извор настанка пуноважних облигација. Најзад, како истиче професор Радишић, ако је међу уговарачима спорно да ли је неки уговор ништав, онда ће бити потребно ангажовати суд ради утврђивања ништавости, јер уговарачи то нису сами утврдили и око тога се споре (Радишић, 169).

Ништавост се и назива апсолутном, јер има дејство за и против свакога. Значи да се ништавост може истицати не само према уговарачу, већ и правном сљедбенику који не ужива заштиту због своје савјесности. И трећа лица имају право на истицање ништавости, али и суд и јавни тужилац, јер су разлози ништавости установљени у циљу заштите јавног интереса приликом настанка облигационих односа. Штити се установа "јавног поретка" (Проф. др Слободан Перовић: "Забрањени уговори"). Право на истицање ништавости не застарјева.

Како смо већ истакли, узроци апсолутне ништавости су различите повреде јавног поретка, принудних прописа и добрих обичаја. Али ни тада уговор неће бити ништав, ако циљ прекршеног правила упућује на неку другу санкцију или ако закон, у одређеним случајевима, прописује шта друго. Исто тако, ако је закључење уговора ништаво због узрока на само једној страни уговорници, страна која је прекршила законску обавезу сносиће казнене санкције, али ће уговор остати на снази. Међу ништаве уговоре, према ЗОО, професор Радишић класификује: - уговоре чији је предмет обавезе немогућ, неодређен или неодредив или недопуштен; - уговоре без основа или са недопуштеним основом; - уговоре правног лица који прелазе оквири његове правне способности; - уговор који није склопљен у прописаној форми, уколико закон не предвиђа другу санкцију, и зеленашки уговор.

Ништав уговор не може конвалидирати. Ништав уговор неће постати пуноважан када забрана или који други узрок ништавости накнадно нестане (нпр.: кад немогућа чинидба постане могућа; кад забрањен предмет постане дозвољен или када пословно неспособан уговарач постане пословно способан.). Ипак, постоје изузеци кроз примјену тзв. теорије реализације: ако је разлог

ништавости био мањег значаја, а уговор је испуњен, ништавост се не може истицати; ако је уговор за који се захтијева писмена форма "*ad solemnitatem*" испуњен у цјелини или претежном дијелу, ништавост се не може истицати ако из циља ради којег је форма прописана, очигледно, не произилази нешто друго. Дјелимична ништавост, ништавост једне уговорне одредбе, не повлачи ништавост цијелог уговора: "ако уговор може опстати без ништаве одредбе, и ако она није била ни услов уговора ни одлучујућа побуда због које је уговор био закључен". "Уговор ће остати на снази чак и ако је ништава одредба била услов или одлучујућа побуда уговора у случају кад је ништавост установљена управо да би уговор био ослобођен те одредбе и важио и без ње" (члан 105. ЗОО).

Рушљив уговор, исто тако, није правно ваљан, из законских разлога који немају такав значај као разлози који условљавају ништавост. Отуда се и говори да је он релативно ништав, јер ништавост могу истицати само: уговорна страна у чијем је интересу ништавост установљена, њени насљедници, као и трећа лица којима закон то право признаје или која имају правни интерес да уговор буде поништен. Рушљиви уговори нису неважећи, од самог настанка. Они су привремено и латентно важећи уговори, јер производе правне посљедице, барем, за једну страну уговорницу. Само уговорна страна, у чијем је интересу установљена рушљивост, може захтијевати да се уговор поништи. Међутим, поништење рушљивог уговора није тако сигурно као ништавог. Јер, овлашћена страна се може одрећи захтјева на поништење било на своју иницијативу, било по позиву саговорача. Ради се о конвалитацији коју може учинити страна свјесна разлога рушљивости и свог права на поништење уговора (Радишић, 173). Саговорач стране овлашћене на рушљивост може јој поставити рок од 30 дана за конвалитацију. Овдје се ради о изричитој изјави стране да остаје при уговору или не. Ако ништа не изјави сматраће се да је уговор поништен. Ћутање не значи пристајање на конвалитацију. Конвалитацијом се свјесно и вољно отклања узрок рушљивости и то ретроактивно (*ex tunc*). Оснажење уговора се не може учинити прећутно (*супротно сматра Радишић, 173*) али се може учинити конкluentним радњама као што је добровољно испуњење своје обавезе, пријем испуњења обавезе саговорача и др. Међутим, сматрамо да ове конкluentне радње немају важности ако страна, која је овлашћена на рушљивост, није свјесна да је уговор рушљив и да она има право да га поништава. Пропуштање рока за поништење уговора има исти правни значај, али није знак да је страна, која није користила своје право на поништење уговора, извршила своју конвалитацију. То није конвалитација, иако има слично правно дејство. Ради се о разлозима правне сигурности који право на поништење рушљивог уговора временски ограничавају на: једну годину од сазнања, односно од престанка принуде, или у преклузивном року од три године од закључења уговора. Према томе, пропуштање преклузивног рока има исто дејство као конвалитација. Не ради се о застарним роковима чије пропуштање доводи до настанка неутуживе облигације, али која се само добровољно, од стране дужника може извршити, већ се ради о утуживој облигацији из правно ваљаног уговора.

Посљедице поништења рушљивог уговора исте су као и код ништавог. Поништен рушљиви уговор је привремено вриједио као правни основ обавеза, али, када је поништен, отпао је као правни основ. Због тога се мора извршити натурална реституција датог и примљеног, ако је могућа. Ако то није могуће даје

се одговарајућа накнада у новцу. У ЗОО постоји редакцијска непрецизност, јер се под одговарајућом сматра накнада у новцу, у цијенама, у вријеме доношења судске одлуке или у вријеме враћања. За ништаве уговоре одговарајућом се узима само накнада према цијенама у вријеме доношења судске одлуке (*члан 113. став 2. у вези са чланом 104. став 1. ЗОО*). Након поништења, преостале обавезе из поништеног уговора не морају се испуњавати, јер нису утуживе. Право на поништење рушљивог уговора има и несавјесна страна, односно она која је знала или морала знати да је уговор рушљив. Закон и даље, по нама неосновано, штити ту страну и не одузима јој овлашћење на поништење уговора (*члан 115. ЗОО*). Једино јој ускраћује овлашћење на накнаду штете од сауговорача који је узрочник рушљивости или на чијој је страни узрок рушљивости уговора (преварант, обмањивач, насилник). Савјесни сауговорач има право од стране, на којој лежи узрок рушљивости, захтијевати накнаду настале му штете.

Рушљиви уговор се може поништити само дјелимично ако преостали дио може опстати као уговор и произвести утуживе облигације. Према професору Радишићу, рушљиви уговор се не може конвертовати у други уговор и одржати као пуноважан, јер такво овлашћење није дато лицу које може поништавати уговор. Узроци рушљивости не крију се у садржају уговора већ у недостацима воље уговорача. Стога се њима даје овлашћење да поништавају уговор, а не да преиначују садржину уговора, јер то и није проблем који они могу ријешити преиначењем садржаја уговора. Мада се, код прекомјерног оштећења, као посљедице мане воље једне стране, може интервенисати у садржај уговора ревизијом уговора до његове праве вриједности, ту се не ради о конверзији већ о конвалидацији уговора (*члан 139. ЗОО*).

Мада Закон у рушљиве уговоре, поред оних који су настали због мана воље једне стране и оних за које закон изричито одреди, уврштава и уговоре ограничено пословно способних лица, у теорији се сматра да је то погрешно класификовање. Уговори ограничено пословно способних лица не садрже мане воље. Односно они могу да садрже и мане воље као и уговори пословно способних лица. Ограничена пословна способност није мана воље. Ограничено пословно способно лице може без одобрења законског заступника закључивати само оне уговоре чије му је закључивање законом, изричито, дозвољено. Остале уговоре могу закључивати само уз претходну сагласност законских заступника. Уколико се такав уговор закључи, без одобрења, његова неважност је "лебдећа" и могу се сматрати "непотпуним уговорима" (*Радишић, 172*). Тек ако одобрење трећег лица (законског заступника или ма ког трећег лица), чији је пристанак потребан за пуноважност уговора, не буде изјављено, уговор ће постати неважећи. Законски заступник се не мора изјашњавати. Довољно је да се не изјасни у року од тридесет дана од позива сауговорача пословно неспособног лица, да би уговор постао неважећи. Исто тако, сауговорач пословно неспособног лица, који није знао за његову пословну неспособност, може одустати од уговора који је закључио с њим без одобрења његовог законског заступника. Одустанак није поништавање, што је код рушљивог уговора једино могуће учинити. Право на одустанак гаси се по истеку тридесет дана од сазнања за пословну неспособност сауговорача, односно за одсуство одобрења његовог законског заступника. Најзад, пословно неспособно лице, које је у вријеме закључења

"непотпуног уговора" било ограничено пословно способно и закључило уговор без неопходног одобрења, када стекне пословну способност стиче и право да поништи уговор који је непотпун у року од три мјесеца од стицања пословне способности. Само, у овом сегменту права ограничено пословно способног лица, након стицања пословне способности, могло би се говорити о рушљивости непотпуног уговора, и то у кратком преклузивном року од три мјесеца, за подизање тужбе, након стицања пословне способности.

Према томе, под узроцима рушљивости уговора, која за посљедицу има релативну ништавост с обзиром на лица која могу истицати захтјев за поништењем рушљивог уговора, можемо остати на манама воље. Код прекомјерног оштећења се, такође, ради о мани воље, заблуди оштећеног. Под манама воље уобичајено је говорити о заблуди, превари и пријетњи (принуди), о чему смо већ говорили у претходним излагањима.

# ПОСЕБНИ ДИО

## ■ Глава четврта ПОСЕБНИ ДИО

### ИМЕНОВАНИ ГРАЂАНСКО-ПРАВНИ ОБЛИГАЦИОНИ УГОВОРИ

#### Увод : СИСТЕМАТИЗАЦИЈА ИМЕНОВАНИХ ОБЛИГАЦИОНО-ПРАВНИХ УГОВОРА

Облигационо-правни уговори су правне творевине (облици, правне форме) у којима се огледају одређени економски односи. Имовински, грађанско-правни, облигациони уговори су најнепосреднија, директна правна надградња над разноврсним облицима размјене добара и услуга у цивилизованим друштвима. Као имовинско-правне категорије оне слиједе економски закон вриједности, јер се појављују као непосредни облици правне заштите размјене вриједности, добара и услуга. Ова размјена се мора одвијати у елементарним условима слободног економског дјеловања, тако да се воље уговарача сусрећу ради тога што су једино економски детерминисане.

Закон о облигационим односима усвојио је основни принцип јединственог регулисања облигационих односа с обзиром на субјекте. Због тога је утврђено да се одредбе Закона о облигационим односима које се односе на уговоре примјењују на све врсте уговора. При том се мисли да је у условима дуализма правила облигационог права, прије доношења ЗОО, другачије регулисана материја грађанско-правних облигационих уговора од материје привредно-правних облигационих уговора. Према томе, општи дио облигационог права, који даје правила за уговорне односе, важи за све уговоре били они привредно-правни или грађанско-правни облигациони уговори. Поједини облигационо-правни уговори су, по својој природи, најчешће, привредно-правни, као што су: уговор о ускладиштењу, уговор о лиценци, уговор о шпедицији, или уговор о трговинском заступању. Други су уговори, по истом критеријуму, својој правној природи, изразити цивилно-правни, као што су: послуга, поклон, доживотно издржавање и коришћење стана. Постоје и уговори који су по свом начину примјене понекад цивилно-правни, а, зависно од субјеката и предмета, понекад, привредно-правни. Такав је уговор о купопродаји или уговор о ортаклуку. Јединственим регулисањем свих облигационих уговора, како цивилно-правних тако и привредно-правних, законодавац, у вријеме креирања ЗОО, није могао и да је хтио, потрћи све разлике које су се временом и приликама створиле у уговорним односима, због саме природе тих односа и њихове друштвене функције. Те разлике међу облигационо-правним уговорима су резултат дјеловања обичаја, традиције, технолошко- цивилизацијског нивоа и правне изграђености датог друштва. Стога, Закон дозвољава, и то изричито и чини одредбом члана 25. става 1., да се за уговоре у привреди (изричито) предвиде посебна правила која дерогирају општа уговорна правила. Најзад, облигациони уговори могу бити закључивани и између југославенских и иностраних субјеката. Ради поступности едукативног процеса, у оквирима

наставног предмета "облигационо право", излажемо и изучавамо именоване облигационо- правне уговоре. Под тим, заједничким називником, подразумејемо све оне уговоре који немају изразити привредно-правни карактер. Диференцијацију цивилно-правних и привредно-правних облигационих уговора извршио је сам Закон тако што је, према тзв. субјективно-објективном критеријуму, под привредне уговоре подвео и уговоре које међусобно закључују предузећа и друга правна лица, имаоци радњи и други појединци, који у виду регистрованог занимања обављају неку привредну дјелатност и када их закључују међусобно у обављању привредних дјелатности. Субјективни критеријум истиче да су то предузећа и правна лица која се баве привредном дјелатношћу и појединци који су регистровани за обављање привредне дјелатности. Битно је да они ове уговоре закључују међусобно. Објективни критеријум састоји се у функцији привредне дјелатности ради чијег вршења назначени субјекти закључују уговоре. Ови уговори су посебно именовани у Закону о облигационим односима, а изучавају се у наставној дисциплини: привредно или трговачко право. Међународно-правна компонента ових уговора изучава се у међународном привредном праву, док се цивилно-правни уговорни односи са међународним елементом изучавају у међународном приватном праву. Пошто је Закон о облигационим односима претежно уредио основне привредно-правне уговоре, који су, за сада, типични за област промета роба и услуга у нашим друштвено-економским условима (полазиште уређивања било је бивше јединствено југославенско тржиште), уређивање грађанско-правних именованих уговора препуштено је било бившем републичком и покрајинском законодавству у надлежност. Бивша законодавства бивших СР и САП у бившој СФРЈ уредила су поједине уговорне односе дуалног карактера, јер могу имати и привредни (профитни) и непривредни (непрофитни) карактер. Тако је, на примјер, посебним законима, у свим бившим СР и САП бивше СФРЈ, уређен промет некретнина. ЗОО је признао могућност да се приликом уређивања уговора, који улазе у надлежност бившег републичко-покрајинског законодавства, одступи од норми општег дијела ЗОО када је то изричито нормирано бившим републичко-покрајинским законодавствима. С обзиром да постојећа, стандардна, уџбеничка литература из облигационог права овим уговорима, као што су то уговори везани за промет некретнина, није посвећивала довољно пажње, покушаћемо више нагласити значај тих уговора (уговора о промету некретнина или стамбених уговора) због практичног значаја који такви уговорни облици несумњиво имају и због бројности спорова које пред судове постављају.

Генералну систематизацију облигационо-правних именованих уговора, тј. свих оних који немају доминантан привредно-правни или међународно-правни аспект, извршићемо према критерију доминантне каузе. Према томе, у уговоре о трајном отуђивању права својине улазе: уговор о продаји, уговор о размјени и уговор о поклону. У категорију уговора којима је циљ привремено преношење на саговорача права коришћења или, чак, права својине, спадају: уговор о закупу, уговор о послузи, уговор о зајму и стамбени уговори. Трећу групу сачињавају уговори о услугама: уговор о дјелу, уговор о грађењу, уговор о превозу, уговор о остави, уговор о налогу, уговори о туристичким услугама и уговор о осигурању.

Четврту категорију чине уговори о краткотрајном удруживању рада и средстава: уговор о ортаклуку и уговор о кооперацији. Пету групу чине уговори о издржавању, а шесту уговори на срећу или одважни.

## **Прва глава**

### **УГОВОР О ПРОДАЈИ (КУПОПРОДАЈИ)**

#### **ПОЈАМ**

Купопродајним уговором обавезује се једна уговорна страна - ПРОДАВАЦ, да ствар коју продаје преда другој странци или јој прибави купљено право, а друга страна уговорница - КУПАЦ - обавезује се да плати купопродајну цијену.

У условима владајуће робно-новчане привреде купопродаја је основни правни институт који правно штити робно-новчани однос. Продаја је правна метафора најчешћег појавног, практичног испољавања закона вриједности. Закон о облигационим односима купопродајни уговор, по узору на савремене кодификације, назива "продаја". Закон је, на једном мјесту, груписао правила грађанско - правне и привредно - правне купо- продаје. Ми ћемо, у даљим излагањима, акценат ставити на одредбе ЗОО које се тичу грађанско-правне купопродаје. Сматрамо да би педагошки било нецјелисходно када би се сви, набројани, правни аспекти купопродаје изложили на једном мјесту. О привредној, од сада трговачкој продаји, студенти се упознају студирањем привредног или трговачког права, а међународна продаја или продаја са међународним елементом предмет је међународног привредног и међународног приватног права. Јединствено уређивање продаје подразумијева да се правила општег дијела закона ("О уговору уопште") примјењују на све појавне облике купопродаје (грађанско-правну и привредно-правну).

#### **КАРАКТЕРИСТИКЕ**

Уговор о продаји је двострано обавезан и теретан уговор. Продаја је двостран уговор, јер на обје стране леже обавезе које произилазе из облигација које раћа или које извиру из закљученог уговора. Ово се може јасно видјети на примјеру излагања о правима и обавезама уговарача, што је, заправо, излагање садржаја облигације у којима је продавац повјерилац, а купац дужник и обратно. Продаја је теретан уговор, јер купац за ствар или право које прибавља даје одређену накнаду. То је протувриједност која се плаћа као еквивалент за прибављено добро. Код купопродаје еквивалент који се даје, тј. плаћа, састоји се од суме новца - цијене. Надаље, продаја је каузални, а не апстрактни уговор. Кауза сваке продаје је присутна и схвата се као објективна правна категорија. Често се уговор о продаји јавља као једна од варијанти уговора по приступању. Осим тога, често се јавља и као продаја за готово, јер купац одмах плаћа куповну цијену да би, нпр. у малопродаји, одмах преузео купљењу ствар (робу).

Купопродају карактерише комутативност и то се посебно уочава код цивилно-правне продаје. Код привредно-правне продаје, у случају да цијена није

уговорена, уговор ће се сматрати закљученим и његово дејство ће започети. Ипак, у таквом случају, обавезе уговорних страна нису уобичајено јасно одређене и узајамно успостављене у извјесним еквивалентним вриједностима, јер су дати само критеријуми за одређивање цијене.

## СУБЈЕКТИ ПРОДАЈЕ

Купопродајни уговор има двије уговорне стране. Лице које закључењем уговора постаје дужник из облигације на предају ствари или прибављање права назива се продавац. Страна која закључењем уговора постаје дужником из уговорне облигације са обавезом на плаћање одређене суме новца која се зове цијеном, назива се купац. И за купца и продавца вриједе општа правила о пословној и правној способности.

Распрострањено је да, у тзв. фактичким продајама, када се набављају ствари мање вриједности, не треба ни постављати проблем пословне способности учесника таквог односа. Ту се ради о специфичностима предмета продаје, као што су слаткиши, које "купују" малољетници. Као што је познато постоје два система малољетничке пословне способности: по једном малољетници су, до пунољетства, пословно неспособни осим када стекну функционалну пословну способност за заснивање радног односа и располагање зарадом, по другом, малољетници преко 14 година живота су ограничено пословно способни, јер могу самостално закључивати правне послове уз одобрење родитеља или старатеља. Међутим, пракса и овдје поставља проблеме. Познат је примјер једног руског малише који је куповао слаткише на тај начин што је на каси уплаћивао мали износ, а послвије преправљао рачун на веће износе и тако реализовао купопродајне уговоре, све док није ухваћен.

У правилу, продавац је власник ствари коју продаје. Међутим, и туђа ствар може бити предмет продаје и настаће купопродајни облигациони однос ако је купац знао или је могао знати да купује туђу ствар. Уколико није знао нити је могао знати да купује туђу ствар уговор ће, такође, настати и произвешће облигационо-правно дејство тако да се мора остварити сврха уговора, тј, постићи циљ обавезивања, односно стећи право власништва на купљеној ствари. Тек ако је купац савјестан у погледу знања о правном статусу ствари, тј. ако није знао нити је могао знати да купује туђу ствар од продавца који није уједно и њен правни власник и ако се због тога не може остварити сврха уговора, тј. стицање права својине на купљеној ствари, могуће је да раскине уговор и захтијева накнаду штете (према члану 460. ЗОО). Према изричитој одредби Закона и спорно право може бити предмет уговорне обавезе продавца (према члану 461. ЗОО).

У случају када више лица закључи уговор о продаји поводом исте индивидуално одређене покретне ствари купцем се сматра оно лице којем је индивидуално одређена покретна ствар првом предата. У случају двоструке продаје некретнина купац је онај који је први затражио упис у јавне регистре некретнина. Његово право купца одређује се према математичком рачунању времена, тј. према часу у којем је молба за упис стигла земљишно-књижном суду. Значи предност, или права купца, односно правни статус купца имаће оно лице чија је молба раније стигла, а не оно лице које је раније закључило уговор.

Да би купац, који је касније закључио уговор, на описани начин стекао права купца он мора бити савјестан, тј. да није знао нити је морао знати да је, нпр. земљиште већ продато и предато у посјед првом купцу. Ако се ради, нпр. о вишеструком уступању исте тражбине разним лицима, купац ће бити прималац о којем је уступилац први обавијестио дужника, тј. који се први јавио дужнику - својом објавом постао је "*erga omnes*" власник потраживања.

## **ПЕРФЕКЦИЈА УГОВОРА О ПРОДАЈИ**

За настанак уговора о продаји траже се општи услови као и за сваки уговор облигационог права. Као што је познато из излагања у општем дијелу уговорног права, да би настао облигационо-правни уговор потребно је да се сагласе пословно (уговорно) способни субјекти о битним елементима, тј. да би уговор настао мора да има дозвољен предмет и дозвољен основ уговора.

### **Сагласност о битним елементима**

Да би настао уговор о продаји и произвео облигационо правно дејство, тј. успоставио облигационо-правни однос, довољно је да се уговарачи сагласе о објективним битним елементима. Објективни битни елементи купопродаје, које Закон признаје као довољне за успостављање облигација из тог извора, су предмет продаје и цијена. Код тзв. привредно-правне или трговачке продаје довољно је да се уговарачи споразумију само о предмету. За одређивање цијене Закон је, како смо већ истакли, утврдио критеријуме. Уговарачи могу закључење уговора својевољно условити и постизањем сагласности о другим, по схватању Закона, "небитним" елементима, који су, по схватању уговарача, услов да би они постигли сагласност о битним елементима и тако "удахнули" својој сагласности воља "правни живот". Код купопродајног уговора се, по Закону, подразумева да су се странке (прећутно) сагласиле и о природним састојцима. То су они уговорни елементи за које Закон не веже перфекцију, тј. успостављање облигационо-правног односа, али веже претпоставку њиховог постојања и примјене за сваки уговор те врсте, тога типа. Тако је за купопродају карактеристично постојање природних састојака какви су одговорност продавца за правне и физичке недостатке на нредатој ствари.

### **Предмет купопродаје**

Купопродаја као двострани уговор садржи два предмета. "Оно о чему је уговор" је: ствар и цијена.

Предмет обавезе продавца јесте првенствено ствар у техничком смислу ријечи, било да је покретна или непокретна. Предмет продаје су ствари у промету, тј. све оне које се могу преносити са једног субјекта на другог с циљем да купац стекне индивидуално (субјективно) апсолутно грађанско право својине (право својине). "Свачије" ствари, које сви могу употребљавати, нису погодне за правну апрехензију купца. Изван промета могу бити и "нечије" ствари, било покретне или непокретне, које су, због своје природе, употребе или значаја изузете из правног промета. Предмет уговора могу бити преносиве или отуђиве

ствари. Тако се лична права, као што је "*habitatio*", не могу преносити на другога. Уговор, који се закључи поводом ствари која је изван промета, је ништав. Ради се о апсолутној ништавости и последицама које она носи уговорним странкама. Уговор неће ни настати уколико ствар, у погледу које је постигнута сагласност, у часу закључења уговора, пропадне. Такав уговор нема предмета па тако нема ни обавезе продавца. Ово се односи како на индивидуалне тако и на генеричке ствари, поводом којих се уговор формирао. Јасно је, из претходних излагања, да ће уговор, који се закључи у погледу генеричких ствари, бити могуће извршити - генерички - без обзира на пропаст ствари истог рода, али то не значи да ће уговор моћи и настати уколико дође до пропасти рода или индивидуалисаних ствари из тог рода одвојених у масу прије перфекције уговора. Неће се, у таквим случајевима, моћи тражити ни тзв. уговорна одговорност већ само деликтна, ако би се она могла утврдити из активности продавца.

Једини изузетак у погледу реалне егзистенције ствари, у часу перфекције, јесте могућност продаје будуће ствари. Данас је уобичајено да се о појединим стварима унапријед постигне сагласност о продаји, а да оне још нису направљене. Могуће је да такав уговор, у погледу будуће ствари, настане само као комутативан. Јер, сагласност воља поводом ствари је нужна и код трговачке продаје. Нереализација обавезе на предају будуће ствари доводи до уговорне одговорности. По нашем праву не може се перфектуисати уговор о продаји наде (продаја будућих наданих ствари, нпр. природних плодова), јер је алеаторан (Милошевић, 293).

Туђа ствар може бити предметом продаје. Продаја има само облигационо-правно дејство. Значи да се формира обавеза продавца на предају ствари, којој обавези одговара субјективно облигационо право купца (тражбина) да захтијева предају ствари. Уколико продавац не удовољи захтјеву купца, тада се не може остварити сврха уговора и тада "невини" уговарач (купац), који није знао нити је морао знати да је ствар туђа, може захтијевати раскидање уговора и тражити накнаду штете. Значи да је обавеза продавца пуноважно настала, да је постала правна обавеза из облигације, али је условљена суспензивним условом, тј. продавац се мора старати да се оствари сврха уговора.

ПРАВА могу бити предмет обавезе продавца. Продаја права подразумијева обавезу продавца да прибави купцу продато право. Значи да и права могу бити предметом купопродаје само ако су прометљива. Од имовинских права то својство имају: стварна права (право својине, право плодуживања) и облигациона права (изван или инкорпорисана у вриједносним папирима). Од имовинских права прометљива су сва права која нису јасно везана за личност повјериоца. Осим имовинских права и лична грађанска права могу бити предмет продаје, као што су: ауторско право и право индустријске својине. Закон дозвољава да и спорно право буде предмет продаје, али ограничава круг евентуалних купаца спорног права. Адвокат илч други налогопримац (тј. лица која требају да се старају о разрјешењу проблема спорног права) не могу закључити пуноважан уговор о куповини, за себе, цјелокупно или дјелимично спорног права. Такав уговор је ништав из етичко-правних разлога.

Предмет обавезе купца је цијена. Цијена је сума новца која представља протувриједност (еквивалент) за ствар или право које се прима. Уговарачи, у

духу примјене начела слободе уговарања, споразумно утврђују купопродајну цијену. Уговарачи уговором одређују цијену, или је чине одредивом навођењем правно релевантних критеријума помоћу којих се може доћи до одређене цијене. Ако цијена није одређена нити је одредива уговор неће произвести правно дејство. Да би цијена била одређена уговарачи морају казати колика је цијена (Ж. Перућ, 44). Цијену понекад одређује надлежни државни орган. Таква се цијена назива "прописана цијена". Уговарање "изнад" или "испод" прописане цијене створиће регресни захтјев на страни уговарача који је претплатио или потплатио цијену. Саглашавање изјава воља уговарача, када је цијена "прописана" своди се на одређивање количине предмета који се за тако одређену цијену продају.

За трговачку (привредну) купопродају Закон оставља могућност посредног одређивања цијене. Трговачка продаја настаје и ствара облигационо-правно дејство и када уговарачи не одреде цијену или је учине само одредивом. У том случају Закон прописује да је купац дужан платити "редовну цијену". Под редовном цијеном се подразумијева износ новца који је продавац редовно наплаћивао у вријеме закључења уговора за истоврсне ствари. Ако се не може утврдити редовна цијена, тада купац треба да плати "разумну цијену". Под разумном цијеном подразумијева се текућа цијена у вријеме перфекције уговора. "Текућа цијена" се јавља као самостална посредна цијена и састоји се од износа новца утврђеног званичном евиденцијом на тржишту мјеста продавца у вријеме испуњења и обрачунава се, обично, по јединици производа. Ако се не води званична тржишна евиденција, у мјесту продавца, тада се текућа цијена утврђује према мјесним тржишним обичајима у мјесту продавца. Разумна цијена служи као критеријум за одређивање цијене и онда када је одређивање цијене повјерено трећем лицу, а треће лице неће или не може да одреди цијену. У крајњој линији, када се на предњи начин и помоћу описаних критерија и мјерила не може установити "текућа цијена", купопродајну цијену ће утврдити суд од случаја до случаја. Значи да привредна купопродаја настаје без обзира што субјекти нису постигли сагласност воља поводом купопродајне цијене која је иначе битни елемент уговора и предмет обавезе купца.

Клаузула којом је одређивање цијене повјерено једном од уговарача сматраће се непостојећом. Уколико постоји таква клаузула у уговору сматраће се да уговарачи нису ни утврдили цијену и да се одређивање цијене препушта изложеним законским стандардима (редовна или разумна цијена). За разлику од клаузуле о једностраном одређивању цијене која је непостојећа, клаузула о одређивању цијене од стране трећег лица је пуноважна. "Одређивање цијене, од стране трећег лица, је овлашћење у којем су будући уговарачи властодавци, а треће лице је пуномоћник" (Ж. Перућ, 46). Прије него што је цијена одређена по трећем лицу нема уговора. Према томе, цијена, као битни елемент грађанско-правне купопродаје, мора бити одређена или одредива. Цијена је увијек износ новца, цијена је новчана обавеза. Све што смо у општој теорији облигације изнијели за новчане обавезе односи се и на купопродајну цијену, јер је цијена само један појавни облик, конкретизација, новчане обавезе. Цијена мора бити изражена у домаћем новцу. У погледу обима новчане обавезе и за цијену важи начело монетарног номинализма, са свим ограничењима и изузетцима. Цијена изражена у страном новцу или везана за неку од забрањених монетарних клаузула може се јавити само код међународне купопродаје, уколико није у

колизији са девизним прописима који су "*lex specialis*" (према правилу "*lex specialis derogat lege generali*"). Стварна је цијена ако није фиктивна. Фиктивна је ако је уговорена без намјере да ће је купац платити. Цијена мора бити сразмјерна, тј. таква да не доводи до несразмјере, нееквивалентности давања. Поред тога, да би била стварна, цијена мора да одговара тржишним законитостима које условљавају њену висину. Озбиљна цијена је онда када ју је продавац уговорио са намјером да тражи њено плаћање (*Ж. Перућ, 48*).

## Основ купопродајног уговора

Купопродајни уговор има свој основ који се састоји у основу обавезе, како продавца тако и купца, "*mutatis mutandis*" са излагањем о предмету купопродаје. Основ купопродаје се састоји у каузи купца и у каузи продавца пошто се ради о двострано обавезном уговору који рађа двострано обавезни облигациони однос. Каузалност купопродаје је објективна категорија. Најближи, и увијек исти, правни циљ продавца је стицање права својине на купопродајној цијени. С друге стране, основ обавезе купца је садржан у стицању својине на купљеној и преузетој (предатој) ствари. Купопродаја пружа могућност субјектима да трајно стекну најшира права и да по основу тих права задовољавају разноврсне економске интересе који су их мотивисали да се упусте у конкретну купопродајну трансакцију.

## ДЕЈСТВО ЗАКЉУЧЕНОГ КУПОПРОДАЈНОГ УГОВОРА

Купопродајни уговор, у нашем праву, традиционално и позитивно, има само облигационо-правно дејство. Он је извор облигација које имају свој специфичан садржај, тј. самосвојствена права и обавезе. У основи, основна облигација се састоји у обавезивању продавца на предају ствари и у обавези купца на исплату цијене. Према старим правним правилима грађанских законика који су, као правне норме, нестале, претежно, из система облигационог позитивног права, уговор о купопродаји је био само правни основ (један од могућих правних основа, уз остале) за деривативно стицање права. Уз правни основ, за стицање права, нужно је и постојање "*modusa acquirendi*"-а. Под "*modusom*" стицања подразумева се један од законитих начина стицања права својине: за покретне ствари то је предаја, а за непокретне - упис у јавне књиге. У романском правном кругу, за одређене купопродаје, везивано је тзв. транслативно дејство, тј. такво дејство закључења уговора које, само по себи, "*per se*" доводи до прелаза својине са ствари на купца и цијене на продавца. У нашем праву овакво дејство има само оригинално стицање права својине, када се по закону, право својине не изводи из права претходника.

ЗОО у члану 454. прописује да се обавеза продавца састоји у таквој предаји (*traditio*) која омогућује да купац стекне право својине. То значи да се негира деривативно стицање, што је ствар редакцијске систематске неусклађености ЗОО и ЗОСПО.

## САДРЖАЈ КУПОПРОДАЈНОГ УГОВОРА

У садржај се убрајају сва права и обавезе утврђене вољом странака као и

природни састојци уговора. Осим тога, диспозитивне законске норме су такође садржај уговора, ако воља странака, умјесто њих, није попунила свој садржај. Странке су правно обавезне, и заштићене, у погледу поштовања садржаја уговора. Поступање сагласно садржају уговора доводи до испуњења уговора, а непоштовање садржаја је одступање или повреда уговора и води неиспуњењу или одговорности због повреде уговора. Стога ћемо питање садржаја посматрати с аспекта обавеза продавца (и права купца) и с аспекта обавеза купца (и права продавца). Изабрани метод и систематика излагања олакшаће студентима сналажење у законском тексту који је на исти начин конципиран.

## ОБАВЕЗЕ ПРОДАВЦА

Двије су основне обавезе продавца и своде се на: обавезу предаје ствари купцу и обавезу заштите (гаранције) купца.

### Обавеза предаје ствари купцу

Предаја ствари је основна обавеза продавца. Захтијевање предаје ствари је основни захтјев, право купца. Предаја је акт испуњења уговора о продаји. На извршењу је тежиште уговора. Предаја као акт извршења садржи све оне елементе који су потребни за извршење облигације ("*in facien do*"). Мјесто, вријеме и начин предаје су основне координате уредне предаје. Предаја подразумијева "уручење" ствари или, у трговачком праву, уручење робе или предају исправа, робних докумената. То се поклапа са подјелом на фактичку (реалну) и симболичну предају. У привредном или трговачком праву уобичајен је термин за предају - "испорука". Под појмом испорука обухваћен је читав низ фактичких и правних радњи којима се продата роба уручује купцу. Под предајом Закон наводи и предају права, тј. бестјелесних ствари чија државина није уочљива. Начин, вријеме и мјесто предаје права зависиће од природе продатог права. Трајбина није материјални предмет, већ један интелектуални однос, апстрактна појава. Право се прибавља чим постоји основ, уговор. Под предајом овдје се подразумијева само предаја исправе, која је доказ о праву које се продаје. Субјект предаје је продавац или од њега овлашћено лице. Могуће је да предају врши и неко треће лице (види нпр.: члан 296. ЗОО). Циљ предаје је да купца учини власником (сопствеником). Код покретних ствари пренос државине значи, у исти мах, и пренос својине, под условом да је продавац сопственик ствари. Код непокретних ствари предаја ствари се постиже уписом у земљишне књиге (јавне регистре права на некретнинама). Као предмет предаје одређена је ствар у исправном стању, са свим њеним дијеловима и припадцима и припадностима, тј. плодовима и користима од дана када је продавац био дужан да их преда купцу. Припадак ("*pertinentia*") је споредна ствар која главној ствари непосредно и непрестано служи, било у смислу физичке везе са главном ствари или да у правним односима дијели судбину главне ствари. Тако, нпр.: ко прода стан треба да преда и кључеве стана, а за кључеве не може тражити ништа преко утврђене цијене. Фактичко је питање да ли извјесна ствар служи другој као припадак (пертененција). Грађански (цивилни) плодови, каква је нпр.: закупнина (кирија) припадају продавцу до дана предаје, а након тога прелазе на купца. Цивилни плодови стичу се из дана у дан (сабирањем); природни и вјештачки

плодови стичу се одвајањем (сепарацијом). Сви плодови одвојени до дана предаје припадају продавцу. Након наступања рока за предају продавац нема више овлашћења на одвајање плодова, без обзира да ли је купац извршио пријем. Плодови који нису одвојени прије предаје припадају купцу као саставни дијелови купљене ствари. Наравно, ово су законска правила диспозитивног (суплетивног) карактера, што значи да се она примјењују ако уговарачи нису другачије, или њима супротно, уговорили (*упореди члан 468. став 1. ЗОО*).

Вријеме предаје одређује се уговором (*члан 467. став 1. ЗОО*) или произилази из природе посла (*члан 468. ЗОО*). Вријеме предаје је од важности, јер користи од купљене ствари припадају продавцу до предаје, односно за предају одређеног рока. Рок предаје има значај и за одговорност продавца за пропаст ствари из неког скривљеног узрока. До времена предаје велика је разлика у правном положају продавца који је сам ствар упропастио (*dolozno* или *culprozno* се понашао) и онога када је ствар случајно пропала. У случају доцње, тј. непредавања ствари купцу у одређеном року, продавац одговара и за случајну штету која настане за вријеме доцње, што према општем правилу о сношењу ризика не би требало да сноси. Одређивање времена предаје ствари врши се постављањем или одређивањем рока. Рок може бити фиксни, чврсти и орјентациони. Фиксни рокови представљају битни састојак уговора и неиспуњење обавезе на предају ствари, од стране продавца, може створити овлашћење купца за раскидање уговора (*према члану 125. ЗОО*). За чврсте рокове је карактеристично да нису битни састојци уговора. Купац може раскинути уговор тек уколико је продавцу оставио примјерен накнадни рок за предају ствари (*члан 126. ЗОО*).

Рок предаје може се утврдити и одсјеком, одређивањем извјесног временског периода, нпр.: у току седмице, мјесеца, тромјесечја, сезоне, и сл. До таквог начина орочавања предаје долази приликом обећавања предаје будуће ствари. У уговору се треба утврдити која ће страна вршити право избора датума предаје у границама рока утврђеног одсјеком. Уколико ово право избора није уговорено, диспозитивно је правило да право избора датума припада продавцу. Изузетно, из околности случаја, може да произилази да је одређивање датума предаје препуштено купцу. У таквим околностима купац врши право избора термина предаје.

Кад датум предаје није одређен продавац је дужан предају извршити у "разумном року". Овај правни стандард је уобичајен у англосаксонском и међународном праву трговачке продаје. Разуман рок се одређује помоћним критеријумима као што су: "природа ствари" и "остале околности" које процјењују уговорне странке, а, у крајњој линији, суд. У југославенском привредном праву Опште узансе су, за случај да рок испоруке није одређен уговором, предвиђале диспозитивно правило да је уговорена промптна испорука, тј. испорука у року од 8 дана након закључења уговора (*ОУ 80 и ОУ 81*). Иначе, кад рок није одређен вриједи опште правило по коме повјерилац (купац) може захтијевати одмах испуњење обавезе, а и дужник (продавац) може захтијевати од повјериоца (купца) да одмах прими испуњење (*види члан 314. ЗОО*).

У погледу одређивања времена и мјеста предаје на продавцу лежи обавеза обавјештавања. Не ради се о потреби да се захтјев врши путем суда, тј.

не мора купац поднијети тужбу против продавца како би се констатовало да је продаја захтијевана и да је продавац у доцњи у случају када рок за предају није уговорен. И овдје се треба позвати на опште правило члана 324. став 2. ЗОО које одређује: - Ако рок за испуњење није одређен, дужник пада у доцњу када га повјерилац позове да испуни обавезу. Позив или опомена дужника могу бити учињени усмено или писмено, вансудском опоменом или започињањем судског поступка чија је сврха постизање испуњења обавезе, које значење има и подношење тужбе. У ситуацији када вријеме предаје није одређено све до опомене, продавац није у доцњи и његов положај је једнак положају продавца који је уговорио рок за предају и који се у оквирима тог рока још увијек налази (Ж. Перућ, 165).

### **Мјесто предаје ствари купцу**

Уколико мјесто предаје ствари купцу није одређено уговором о продаји, предаја се сагласно диспозитивном правилу из члана 467. ЗОО има извршити у мјесту пребивалишта, или, у недостатку овог елемента, у мјесту боравишта, односно сједишта (за привредне субјекте) продавца. Купац треба да дође у мјесто продавца ради извршења предаје, тако да трошкови "одношења" ствари падају на купца.

Наравно да диспозитивно правило никада неће уређивати односе странака из уговора о продаји, ако они сами, сагласношћу воља, одреде мјесто предаје (члан 467). Тада ће сагласност њихових воља имати снагу закона, тачније, закон ће поштовати њихове воље и пружиће им заштиту у погледу испуњења (члан 467. ЗОО). Диспозитивно законско правило, које ће постати уговорна норма само ако је уговарачи не замијене својим правилом понашања, којем закон придаје важност норме, којим се одређује мјесто предаје ствари купцу је аналогно диспозитивном правилу о мјесту испуњења неновчаних обавеза дужника.

У случају да се ствар, због своје природе, налази на одређеном, познатом мјесту или тамо гдје је извађена или произведена, она ће се, због природе ствари и околности, ставити на располагање купцу у том мјесту. Код непокретних ствари мјесто предаје поистовјећује се са мјестом суда код којег се воде земљишне књиге за предметну некретнину или мјеста органа који води регистар права на некретнинама (модерна евиденција некретнина).

### **Мјесто предаје у случају превоза ствари**

Уколико уговором није утврђено мјесто предаје, а ствар која је предмет продаје треба да се транспортује, као мјесто предаје (мјесто извршења обавезе продавца на предају ствари) сматраће се оно мјесто гдје је ствар уручена превозиоцу (транспортеру) или организатору отпреме (нпр.: шпедитеру). Ово питање се рјешава сагласно члану 472. ЗОО која одредба садржи овакво диспозитивно правило. Ово питање се код дистанционих продаја, како у унутрашњем тако и у међународном промету рјешава, најчешће, коришћењем од стране уговарача тзв. ТРАНСПОРТНИХ КЛАУЗУЛА. Транспортне клаузуле су симболични словни знаци и групе таквих знакова чија се значења

(дефиниције) налазе у Општим узањсама за промет робом, када се ради о унутрашњим пословима. За међународну купопродају или купопродају с елементом иностраности, дефиниције транспортних клаузула садржане су у **"Incoterms правилима за међународну купопродају робе"**. Ова међународна правила, као и унутрашња, рјешавају читав низ питања која могу да "искрсну" између продавца и купца док је ствар или роба, у циљу предаје, у транспорту. Осим питања сношења ризика и сношења трошкова транспорта, транспортним клаузулама се рјешава и мјесто предаје. Тако, нпр.: клаузула "franco", "iz", "sa", "ex", "ab", уз назнаку "фабрика", "рудник", "млин", "складиште", одређује да је мјесто предаје у фабрици, руднику, млину или складишту продавца (**OU100**); клаузула "franco-вагон", уз назнаку утоварне станице, дефинише да је мјесто предаје најближа утоварна станица продавцу (**OU102**); клаузула "franco државна граница" подразумева мјесто предаје превознику у отпремној станици; клаузула "franco брод" (**ФОБ**), уз назнаку луке укрцаја, дефинише да је мјесто предаје палуба брода у уговореној луци укрцаја; клаузула "franco уз бок брода" (**ФАС**), уз назнаку луке укрцаја, дефинише да је мјесто предаје док у луци укрцаја са којег је могућ дохват бродске дизалице, којом се може утоварити роба на брод; итд.

### **Начин предаје ствари купцу**

Предаја, како смо већ поменули, представља скуп разноврсних правних и фактичких радњи и поступака којима се омогућује да купац стекне државину ствари, односно вршење купљеног права. Највише се ради о разним техничким поступцима који служе том циљу и који су опредјељени природом и врстом ствари. Индивидуално одређене ствари предају се њиховим уручењем купцу или њиховим запосједањем од стране купца. Генеричке ствари се предају индивидуализацијом, издвајањем из масе, обиљажавањем и стављањем на располагање купцу. У савременом промету предаја генеричких ствари, роба, неће бити могућа без амбалажирања, паковања, етикетирања, осигурања или предаје превознику. Као правне радње везане са предајом, јављају се: закључивање уговора о превозу као и уговора о осигурању транспорта, пошиљке (*члан 473. ЗОО*). Уговор о превозу продавац је дужан закључити на уобичајен начин и под уобичајеним условима. Предаја није само обавеза продавца без икаквог понашања купца. Купац је дужан сарађивати с продавцем, јер он мора да прегледа ствар или да је да на преглед, што, код сложенијих ствари повлачи закључивање уговора о контроли квалитета са специјализованим организацијама за ту дјелатност. Активност купца је нужна и ради преузимања докумената и робе.

Посебан начин предаје представља истовремено извршење предаје ствари и исплате цијене. Ово је основно диспозитивно правило уколико није другачије уговорено или уобичајено (*члан 475. ЗОО*). Истовременост испуњења обавезе предаје ствари и исплате цијене је плод законодавчеве методологије уређивања двостраних и теретних уговора. У привредном промету се од овог правила најчешће одступа, јер је уобичајено да се цијена плаћа након предаје ствари и технички се повезује с испостављањем рачуна (фактуре) или прије предаје када је везано са испостављањем профактуре. Продавац неће бити дужан предати

ствар док купац не плати цијену истовремено, или то није спреман да учини. С друге стране, купац ће моћи сторнирати исплату цијене уколико му продавац не омогући да прегледа ствар. Закон предвиђа да се правило истовремености испуњења главних обавеза продавца и купца не ремети у случају превоза ствари (члан 467. ЗОО). Тада продавац може одложити транспорт ствари или послати ствар задржавши право својине за вријеме док траје превоз. Према члану 477. ЗОО продавац може, под одређеним условима, спријечити уручење превезене ствари купцу који већ има у рукама транспортне исправе (вриједносне папире) које га овлашћују да захтијева изручење ствари. То је могуће у случају да постоји основана сумња у купчев бонитет. Ова могућност отворена је само према купца, док се овим приговором не може служити продавац према трећем лицу из разлога начела апстрактности вриједносних папира и њиховог својства да чувају повјерење у њих у промету.

Дакле, начин прибављања покретних материјалних ствари јесте предаја. Пошто је кауза продаје стицање својине, начин предаје често се поистовјећује са начинима стицања својине. Заправо, ријеч је о томе да се *"traditio"*, као начин преноса државине, поистовјећује с предајом као основном обавезом продавца. Тако се спомињу и разликују: физичка предаја или предаја "из руке у руку"; предаја знацима или симболична, која долази у обзир код оних ствари које се физички не преносе (предаја кључа од поштанског или гардеробног сандучета који се налази у другом мјесту или предаја исправа, и сл.); *"traditio"* изјављивањем воље, тј. саглашавањем воља о том питању када се нека покретна ствар, која је предмет продаје, налази већ у државини стицаоца (купца) по неком правном основу (нпр. прекарију) - тада он стиче право својине у тренутку закључења правног посла са власником ствари (*"traditio brevi manu"* - традиција кратком руком). Насупрот овом *"modus acquirendi"* носилац права својине на покретној ствари може препустити ту ствар у државину прибавиоца, који ту ствар држи, по неком другом правном основу. Нпр. досадашњи власник постаје купац ствари и даље задржава државину ствари. Предаја се овдје фингира, а својина је пренијета споразумом између преносиоца и прибавиоца (*"constitutum possessorium"*). Најзад, случај фиктивне предаје могућ је и када продавац нема ствар у својим рукама већ се она налази у рукама трећег лица по неком правном основу (нпр.: услуга или закуп), или без правног основа (украдена је) и продавац преноси на купца само право да подигне захтјев према трећем лицу да му преда ствар (виндикациону тужбу). Ова фиктивна предаја назива се традиционално *"cessio vindicationis"*. Познат је и пренос ствари без преношења права својине, све у саставу продајног посла (*"pactum reservati dominii"*) када, и поред оба испуњена услова за стицање својине на покретним стварима, до стицања својине није дошло, јер је право својине задржано (резервисано). За непокретне ствари начин предаје се састоји од уписа у јавну књигу или, што се, у новије вријеме, везано са трансформацијом друштвене својине у право својине, прописује, на други одговарајући начин прописан законом (упис уговора у збирку исправа и сл.). За некретнине постоје двије предаје: правна предаја или *traditio* и материјална или фактичка. За стицање права нужен је, поред правног основа и начин који не може бити ни предаја ни упис, јер оба ова начина претпостављају постојање ствари као материјализованог дијела стварности. Стога се као начин предаје права јавља саопштење (нотификација) продаје права

дужнику на којег је купљено право адресовано. Тек од учињеног обавјештења дужнику купац постаје власник права и повјерилац дужников *"erga omnes"*. Ово је опште правило о предаји права које дерогирају посебни прописи о преносу права (*Закон о мјенши и др.*) Што се преноса *"inter partes"* тиче он је извршен перфекцијом цесионог уговора између продавца и купца.

### **Трошкови предаје ствари купцу**

Трошкове припремања предаје и саме предаје сноси продавац. Ово опште правило може бити дерогирано од стране *"lex specialis-a"* који уређују јавно-правне таксе и доприносе везане за пренос (нпр. порез на промет), што је предмет уређивања посебних, фискалних прописа. У начелу, теоретски полазећи, као оно што би требало да вриједи и да то буде законодавчева идеја водила, за рјешавање овог питања, јесте рјешење по којем би свакој страни уговорници припало старање за његове трошкове везане за извршење његових уговорних обавеза у циљу постизања циља уговора. Оно што је везано за његову обавезу и *"causu"* требало би да он сноси. Трошкове око прибављања својине требало би да сноси продавац, а бригу око исплате цијене купац. Тако би, нпр.: купац ради плаћања куповне цијене могао подићи кредит код банке и створити себи трошкове око плаћања камата на кредит.

### **ОБАВЕЗА ПРОДАВЦА ДА ЗАШТИТИ КУПЦА У СЛУЧАЈУ НЕДОСТАКА ПРОДАТЕ СТВАРИ (јемство за недостатке)**

Суштина обавезе на предају ствари је, на први поглед, јасна и једноставна. Ради се о предаји уговорене ствари купцу у исправном стању. У пракси, чији је коректив теорија, законодавство и судска пракса, или право уопште, саобразност предмета испоруке са уговором је најкрупније питање испуњења уговора о продаји. Ако није ништа уговором дефинисано или се из природе посла не може одредити, диспозитивно је правило да је продавац дужан предати купцу ствар у исправном стању заједно са њеним припадцима (*члан 468. ЗОО*). Поред исправности ствари (предмета обавезе на предају), обавеза продавца обухвата прецизирање квантитета, квалитета и других употребних параметара ствари која се продаје. Сви ови елементи заједно морају да су саобразни са уговором или природом посла (природом ствари, њеним функцијама, намјеном или сврхом којој служи или за коју се набавља и сл.) или са диспозитивним законским правилом које инсистира на исправности ствари. За исправност ствари је битно да ће набављена ствар код купца исправно функционисати и да нико трећи неће моћи истицати неко своје јаче право на купљеној ствари. Одговорност продавца се своди на јемство за материјалне недостатке: гаранцију за исправно функционисање техничке робе и одговорност за правне недостатке. Сва ова питања смо размотрили у општој теорији уговора излажући ове институте код разматрања проблема заштите еквивалентне правичне размјене вриједности у двостраним (и теретним) уговорима. Том приликом, на поменутом мјесту, дуже смо се задржали на овим истим питањима која се код продаје поново појављују, те савјетујемо студенте, да у склопу изучавања купопродаје изврше репетиториј већ простудираног материјала. Подсјећамо да морају водити рачуна да изврше супституцију назива субјеката

одговорности тако што ће сада *tradensa* (преносиоца) посматрати као продавца, а *akcipiens* (прибавиоца) као купца. Дакле, правила нормативног позитивног права, везана за одговорност преносиоца права, прибавиоцу права, изложили смо, такође, у општем дијелу код излагања о уступању или преносу тражбине. Сама идеја заштите од правних недостатака, код уговора о купопродаји, изложена је (код Ж. Перућ, стр. 202-203.) овако: - Продавац мора да, на тражење купца, овог брани од напада, не зато што је на то уговором обавезан, јер је он извршио уговор, начинио је купца власником пренесене ствари, већ што је купац узнемирен и то чини сумњивим право продавца. Узнемирење купца састоји се у сумњи да ли је он заиста постао сопствеником или није. Он се овдје налази у позицији тужиоца који доказује да је према купцу свих својих уговорних обавеза разријешен, а доказаће ово тврђење тако што ће утврдити да треће лице нема, на продатој ствари, никакво право, јер ствар није њему, већ продавцу, припадала онда када је продата, односно припадала му је без терета који сада треће лице потражује. Ако то докаже продавац се, из "сумњивог продавца", враћа у положај "уредног продавца", а купац не треба да, поводом тога уговора, буде узнемирен. А треће лице које га је, нападајући на купца, узнемирило, биће осуђено да му плати сву штету коју је због тога могао претрпјети. Продавац који брани купца је у положају тужене стране. Његов је положај у процесном смислу повољнији од положаја трећег лица (тужиоца) које мора да доказује своје право, а може и да не успије у доказивању, мада јаче право, претпоставити је, има. - Како то лијепо аргументишу стари правници: "Продавац има да пренесе на купца својину, и последица преноса јесте да ће купац моћи у слободи и без узнемиравања уживати купљено добро, последица која не би дошла, или бар не би могла доћи, ако би купац добио само државину, услед тога што је и сам продавац имао једино државину а не и својину. Из овога произилази да је продавчева обавеза да купцу обезбиједи, гарантује, мирно уживање дотичнога добра, мирну државину, обавеза која повлачи за продавца дужност да купца штити, ако га ко у државини узнемири".

## ОБАВЕЗЕ КУПЦА

Основне обавезе купца су, такође, двије: исплата цијене и преузимање ствари.

### Исплата цијене

Обавези продавца да исплати цијену одговара право купца да тражи наплату цијене. Видјели смо да ове обавезе, у принципу, идеално, треба обављати истовремено. Тиме се, истовременошћу испуњења, када год је то могуће, постиже највећа правна и економска ефикасност уговора. Пошто сваки дужник мора повјериоцу дати оно што му дугује то ни купац нема право продавцу нудити умјесто цијене нешто друго: било неку ствар ("*dare*"), или неку радњу ("*facere*") или неку нерадњу ("*non facere*"). Међутим, према општим правилима, с пристанком повјериоца (продавца) могуће је за измирење цијене дати нешто друго ("*datio in solutum*"). Међутим, "*datio in solutum*", не искључује обавезу продавца на заштиту купца од узнемиравања, Јер, као што знамо, ради се

и тада о теретном уговору, а обавеза заштите постоји код свих теретних уговора, а такав је и уговор "*datio in solutum*". Купац може одбити исплатити цијену ако му се не пружи могућност да прегледа ствар (члан 475. ЗОО). Исплата цијене спада у обавезу испуњења. Купац је дужан да плати цијену на вријеме. Вријеме плаћања цијене, према диспозитивном правилу, равна се према времену предаје ствари. Закон прописује истовременост испуњења обавеза у двостраном (синалагматичном) уговору. Такав модалитет купопродаје, када купац мора да положи цијену одмах, чим му се ствар преда, а продавац ствар чим му се цијена исплати, код које, дакле, нема права на почек ни продавац ни купац, зове се продаја или куповина за готово. У овом модалитету продаје примјењује се оно генерално правило које је често у политици, нарочито међународној, "*do ut des*" (дајем да даш)... (*Живојин Перућ, 482*). Ако није ништа уговорено или уобичајено продавац није дужан предати ствар ако му купац не исплати цијену истовремено или није спреман то одмах учинити, као што ни купац није дужан исплатити цијену прије него што му је пружена могућност прегледати ствар (члан 475. ЗОО). У погледу времена исплате цијене, основно уговорно одступање од симултаног испуњења постиже се уговарањем клаузуле о плаћању цијене "на почек".

Вријеме исплате цијене одређује се уговором. Уколико вријеме исплате није уговорено, плаћање се врши у часу предаје ствари. У случају сукцесивних испорука предмета купац је дужан плаћати цијену за сваку испоруку у часу њеног преузимања. То је диспозитивно правило из члана 518. ЗОО, које странке могу искључити уговором или се искључује због природе посла.

Мјесто плаћања цијене, као и већина питања из уговорног права, одређује се уговором, сагласношћу воља уговарача. Ако мјесто предаје није уговорено предаја се врши у мјесту пребивалишта, односно боравишта продавца у вријеме перфекције уговора, а ако је продавац склопио уговор о обављању редовне привредне дјелатности, онда је у мјесту сједишта вршиоца привредне дјелатности, а за непокретне ствари у мјесту гдје се оне налазе као и за ствари које се израђују у мјесту њихове израде. Уколико купац није обавезан, у часу предаје ствари, извршити, са своје стране, своју новчану обавезу, јер није доспјела, плаћање се врши у пребивалишту (сједишту) продавца, тј. повјериоца.

Начин плаћања своди се на принцип монетарног номинализма и динара као законског средства плаћања. Свака монетарна клаузула противна јавном поретку биће без правног дејства. Ако ништа није уговорено купац је дужан исплатити цјелокупни износ цијене, одједанпут, јер је та његова обавеза корелативна продавчевој обавези предаје ствари у цјелости. Код уговора о продаји на кредит, купац дугује камате од када му је ствар предата. Разлози плаћања камате су у плодносној природи ствари, а њена главница је утврђени износ цијене (члан 517. ЗОО).

### **Одговорност купца за исплату цијене**

Неисплаћивање цијене на вријеме доводи до дужничке доцње (члан 324. ЗОО), као и до посљедица везаних за повреду уговора (члан 262. ЗОО) и

посљедице неиспуњења уговора (чл. 124-132. ЗОО).

### **Преузимање ствари**

Преузимање ствари обухвата све потребне фактичке и правне радње које резултирају прелазак државине ствари на купца. Преузимање ствари обухвата све претходне активности и преглед ствари и амбалаже, бројање, класирање, пријем робе и транспортних докумената као и одношење ствари. Купац овим својим садејствујућим радњама омогућује предају. Уколико купац, без оправданих разлога, одбије преузимање ствари чија му је предаја понуђена на уговорен или уобичајен начин (што обухвата уредност у погледу времена, мјеста и начина) купац пада у повјерилачку доцњу (члан 325. ЗОО). Основно правило повјерилачке доцње Закон проширује тако што купцу који одбија да преузме ствар даје овлашћење на једнострано раскидање уговора. Изјаву о раскидању купац може успјешно дати под условом да има основаног разлога да посумња у бонитет купца. Како смо већ истакли, у правилу, купац треба да дође до продавца, преузме од њега ствар, и пренесе је себи, у своју државину, и да сноси све трошкове преноса ствари.

### **Обавезе странака да чувају ствари које су предмет уговора**

И за продавца и за купца, у купопродајном односу, може се конституисати обавеза чувања ствари за рачун сауговорача. ЗОО уређује најтипичније ситуације настанка ове обавезе. У случају купчеве доцње због чега је ризик прешао на купца прије предаје (члан 520. став 1. ЗОО), продавац је у обавези да чува ствар с пажњом доброг привредника или доброг домаћина, зависно о којем је субјекту у праву ријеч.

Купац је у обавези да чува примљену ствар у случају да је жели вратити продавцу из разлога што је раскинуо уговор или што захтијева другу ствар умјесто уручене. У овим случајевима уговорач који је дужан предузети мјере чувања има право на накнаду потребних (неужних) трошкова од друге уговорне стране.

Посебан је случај обавезе чувања када купац неће да прими ствар која му је упућена. Из начела савјесности и поштења (члан 12. ЗОО) и начела сарадње у облигационим односима (члан 7. ЗОО) произилази и посебна законска одредба (члан 521. ЗОО) по којој је купац дужан преузети за рачун продавца ствар у мјесту одређења. Услови за ове активности купца своде се на продавчеву немогућност да преузме ствар (нпр.: није присутан у мјесту одређења или нема овлашћеника) и да је ово преузимање могуће без плаћања куповне цијене и без већих неприлика или енормних трошкова.

Свака уговорна страна из купопродајног уговора може чување ствари повјерити и трећем лицу. За ову могућност носиоца обавезе чувања примјењују се **"mutatis mutandis"** одредбе ЗОО које уређују питање - полагања и продаје дуговне ствари - (чл. 327-335. ЗОО).

### **Дејство уговора о купопродаји**

Основно дејство уговора о купопродаји је настанак облигационог односа. Закључени купопродајни уговор нема транслативно дејство. Самим закључењем уговора не стиче купац и право својине на предмету уговора. Уколико постоји конкуренција купопродајних односа поводом исте ствари, на истим принципима се рјешава проблем одређивања "правог", "правног" купца. Ако је продавац исту ствар продао неколицини купаца, "правни" купац је онај коме је ствар и предата (ако је покретна), а за некретнине купац је оно лице које је прво извршило упис стеченог права у земљишне књиге, или јединствену евиденцију некретнина. Остали "купци" могу персонално тужбом захтијевати предају ствари, тј. накнаду штете. Уколико је продавац неколицини лица продао исто имовинско право, "јачи у праву" је онај купац за којег је дужник најприје обавјештен (денунцијација) (према: Б. Лоза, "Посебни дио", стр. 28-29). Изузетно, купопродајни уговор има апсолутно дејство у односу на прибавиоца закупљене ствари послје предаје у закуп. Прибавилац, коме је закуподавац продао предмет закупа, не може захтијевати од закупца да му преда ствар прије истека закупног рока. Овако "јачо" право има само купац коме је ствар предата прије продаје прибавиоцу.

### Сношење ризика

Ризик је одговорност једног уговарача према другом за случајну пропаст или оштећење ствари. Под случајном пропашћу подразумијева се како физичка (материјална) "смрт" предмета тако и правна пропаст, тј. елиминисање ствари из правног промета. Тако, нпр.: прије него што је продавац начинио купца сопствеником продатог непокретног добра, она буде, у општу корист, експроприсана (примјер узет: Ж.Перић, 128). Ради се о одговорности за продату а непродату ствар. У принципу, ризик сноси власник. До предаје продавац сноси ризик, а након предаје ризик прелази на купца. Кад се деси случајна пропаст уобичајено је да се поставља питање одговорности за ризик. Израз "одговорност" који се традиционално употребљава код ризика је прегруб да изрази посљедице дејства случаја на права и обавезе страна код продаје. Сношење ризика случајне пропасти или оштећења подразумијева да купац губи право захтијевати накнаду штете због чињенице што га продавац не може учинити власником ствари. Та чињеница је резултат случаја, а за случајну пропаст или оштећење ствари продавац не одговара. Продавац сноси ризик зато што је власник, а то значи да губи овлашћење захтијевати исплату цијене, а сам сноси и посљедице пропасти ствари (губитак погађа његову имовину). Ако би ствар била дјелимично пропала усљед дејства случаја да ли се правила за ризик и тада примјењују? Закон ово питање не рјешава за међувријеме, од закључења уговора до предаје, већ за ситуацију када је ствар пропала прије уговора. За ову ситуацију постоји рјешење, да у случају дјелимичне пропасти ствари купац има право само на сразмјерно снижење цијене (бонификацију) ако дјелимична пропаст не смета постизању циља уговора или ако за одређене ствари пословни обичај тако налаже. Ако се не може остварити сврха уговора или обичај у промету то дозвољава, купац има алтернативно право: раскинути уговор, или, захтијевати бонификацију.

Купац може да одбије прелазак ризика раскидањем уговора због недостатка ствари или приговором замјене ствари. Питање сношења ризика, ако

се уговарачи позивају на коју транспортну клаузулу, рјешава се тумачењем значења употребљене, уговорене транспортне клаузуле.

Типичан случај преласка ризика прије предаје јавља се када је купац пао у доцњу. Ризик, у том случају, прелази на купца од часа падања у доцњу. За генеричке ствари ризик прелази на купца ако је продавац извршио издвајање и обавјештавање купца, или, ако то није могуће, када је предузео све потребне радње да би купац могао преузети ствар и о томе послао обавјештење купцу. Међутим, ако је ствар у међувремену, од перфекције уговора до предаје ствари, пропала кривицом продавца ("*dolus*" или "*culpa*") тада ће он за такву пропаст предмета одговарати и сносити грађанско-правну санкцију на накнаду штете, коју је нанио купцу. Купац тада не само да неће бити дужан платити цијену, јер нема више њеног еквивалента у престацији на предају ствари еквивалентне, уговорене вриједности, већ стиче и одштетни захтјев на накнаду штете коју је усљед пропасти ствари, евентуално, претрпио.

### **Право на плодове**

Плодови продате а непредате ствари припадају купцу од часа када је продавац био дужан извршити предају ствари. Продавац је обавезан предати ствар заједно са њеним припадцима. Припадак је споредна ствар која дијели правну судбину главне ствари, тј. предмета предаје. Продавац је дужан плодове сакупљати и чувати ради предаје купцу. Ако ову обавезу не одржи дужан је платити накнаду штете за непредату ствар или умјесто ње.

### **ПРЕСТАНАК УГОВОРА О ПРОДАЈИ**

У излагању престанка уговора о продаји неће се излагати они начини престанка уговора који су обрађени у општем дијелу уговорног права. За уговор о продаји изнијет ћемо само карактеристичне начине престанка. Закон је, у низу ситуација, уз прописане претпоставке, прописао могућност раскида уговора о продаји. Тако се могућност раскидања уговора о продаји предвиђа код продаје туђе ствари (*члан 460. ЗОО*); због појаве материјалних недостатака на купљеној ствари (*чл.488-490, 429, 495.*); због појаве физичких недостатака у гарантном року (*члан 505.*); због појаве евикције - правног узнемиравања купца (*члан 510. ЗОО*); код појаве купчеве доцње са одношењем ствари (врста повјерилачке доцње), када постоји основана сумња да купац неће исплатити цијену (*члан 519. став 2. ЗОО*) и код продаје са спецификацијом (*члан 539. ЗОО*). Одговорност уговарача уопште, у облигационом праву, јавља се због повреде облигације. У правилу, повреда се састоји у неиспуњењу уопште облигационе радње или неуредном испуњењу уговорне престације. Према општим правилима о тзв. уговорној одговорности повјерилац има право на накнаду штете (проста штета и изгубљена добит) коју је дужник, у вријеме закључења уговора, морао предвидјети, а с обзиром на чињенице које су му биле познате или морале бити познате (*члан 266. став 1. ЗОО*). Посебан значај, међу специјалним одредбама Закона које уређују купопродајни однос, има случај раскидања уговора због повреде уговора од стране једног уговарача. И за раскид уговора о продаји мериторна су правила, норме општег дијела Закона (*чл.124-132. ЗОО*). Нарочити значај због своје посебности, везаности за престанак уговора о продаји, имају

одредбе Закона о тзв. апстрактној штети и продаји, односно куповини ради покрића (чл. 524-525. ЗОО).

Апстрактна штета код купопродаје израчунава се као разлика између односа цијене одређене уговором о продаји и текуће цијене (ако ствар има текућу цијену) на дан раскида уговора на тржишту мјеста у којем је уговор закључен. Услов за обрачун апстрактне штете јесте раскид уговора изазван повредом уговора од стране једног од уговарача. Уговарач који захтијева обрачунавање накнаде штете у виду апстрактне штете (и који се с њом задовољава) мора доказати постојање уговора, уговорену цијену и текућу цијену. Текућа цијена је, као што смо већ изнијели, према члану 464 ЗОО, цијена утврђена званичном евиденцијом на тржишту мјеста продавца у вријеме испуњења обавезе, или, ако се таква евиденција не води, текућа цијена се одређује на основу елемената помоћу којих се, према обичајима тржишта, утврђује цијена.

Продаја или куповина ради покрића је правна могућност за продавца или купца генеричке ствари, у случају доцње једне стране. Тако, нпр., продавац, уколико је купац у доцњи, може извршити продају ради покрића другом лицу - купцу, а разлику између првобитно уговорене цијене и цијене продаје ради покрића захтијевати од неуредног, првог, купца.

Купац, у идентичној ситуацији, тј. уколико је продавац у доцњи са својом обавезом, може извршити куповину ради покрића код другог продавца и разлику између првобитно уговорене цијене и цијене куповине ради покрића превалити на купца.

Остале претпоставке продаје или куповине ради покрића свде се на обавезу обавјештавања (купца или продавца који је у доцњи), као и обавезу уредне стране да куповину или продају ради покрића изврши у разумном року, и на разуман начин. Ради се о томе да су уговорне странке дужне водити рачуна о интересима друге странке и поступати у заштити својих уговорних интереса у складу са начелом савјесности и поштења. Разумни рокови, у овом случају, подразумијевају кратке рокове, како би се избјегло дејство поремећаја на тржишту и у монетарној сфери. Разуман начин куповине или продаје ради покрића значи понашање купца или продавца ради покрића у складу са околностима и потребама. Предност куповине или продаје ради покрића је у томе што уговору вјерна, уредна страна, не мора да трпи због неуредности свога сауговарача. Она свој правни статус, коришћењем овог института, брже разрјешава. Она може, уз обавјештавање сауговарача о својој намјери, иступити из уговора и стећи право на накнаду разлике у цијени коју је морао платити или изгубити куповином или продајом ради покрића. Овим се олакшава и убрзава рјешавање питања накнаде уговорне штете. Као што знамо накнада штете треба да обухвати, по свом обиму, стварну штету и изгубљену добит. Другим ријечима, захтијевање апстрактне штете не осујећује оштећеног уговарача да постави и захтјев за накнадом и остале штете, уколико је стварно настала и уколико ју је уговарач претрпио, што мора и да докаже.

У погледу осталих појединости везаних за раскидање продаје вриједи све оно што је Закон прописао за раскидање двостраних уговора, због неиспуњења (члан 132. ЗОО). У првом реду раскид уговора има повратно, ретроактивно дејство; раскид дјелује *ex tunc*, а не *ex nunc* и уговор који је раскинут сматра се да

никада није био закључен. На односе између странака примјењује се правило *restitutio in integrum*. Страна која је нешто дала на име извршења уговора, раскидом стиче захтјев да јој се дато врати. Ако су обје стране извршиле давања, обје су стекле симултани захтјев за враћањем и узајамно враћање (двострана реституција) обавља се по правилима која важе за извршење двостраних уговора. Значи да се и реституција обавља аналогно правилу које се примјењује код истовременог испуњења (*члан 122. ЗОО*). Сматрамо да уз главну ствар купац враћа и плодове. Ствар се враћа у стању у којем је примљена, уколико ствар није оштећена. Ако је ствар оштећена случајем или дејством више силе тада ће оштећење коначно сносити продавац као власник. Међутим, ако је ствар оштећена кривицом купца он одговара продавцу за накнаду штете. Пронјена штете врши се према обичној, тржној цијени у вријеме враћања, а не води се рачуна о вриједности (цијени) ствари у вријеме перфекције уговора. Тако се постиже монетарни валоризам којем је сврха да се продавац стави у исти положај у којем би био да није ни дошло до раскида уговора. Ако је ствар добила у вриједности без купчевог улагања, купац нема право на накнаду за повећану вриједност ствари.

Продавац реституцију врши тако што враћа главницу (цијену) и интерес (затезну камату) од дана када је исплату цијене примио.

Најзад, питање дејства раскида уговора према трећим лицима рјешава се аналогно дејству поништења уговора према трећим лицима која су стекла неко стварно право поводом предмета продаје. Поништење као и раскидање дјелује ретроактивно, тј. као да уговор није ни настао. То због тога јер се губи правни основ (титулус) за стицање права својине. "Нико на другом не може пренијети право које ни сам нема", а ако нема права својине на страни продавца онда уговор нема ни каузу, па је због непостојања каузе апсолутно ништав. Правило ретроактивности раскидања тиче се и трећих лица, јер ако је право својине купца (сада продавца) траденса, престало, гаси се и својина акципиенса, тј. оног трећег лица коме је првобитни купац (за треће лице он је продавац) ствар продао ради преноса права својине на ствари. Држалац, који је изгубио титулус, мора ствар вратити продавцу, а њему према купцу (траденсу) остаје да врши своје право заштите које произилази из двостраног, теретног и комутативног правног посла (*Ж. Перућ, 569*).

Треће лице може одбранили своје стечено стварно право једино под условом да је било савјесно, јер нити је знало нити је могло знати да држи ствар по основу уговора са раскидном претпоставком, као и ако је стекло својину на оргинарни начин: одржајем или стицањем ствари од невласника (*Ђорђевић-Станковић, 282*). Тако, на примјеру државине, држалац (купац) има закониту државину ако се она заснива на правном основу који је потребан за стицање права својине. Јасно је да је уговор о продаји еминетни правни основ за стицање својине. Осим тога, државину је потребно да је држалац прибавио на законом дозвољен начин (*"modus aguirendi"*), а не силом, преваром или злоупотребом повјерења. Уз услов савјесности, трећи услов је вријеме одржаја. Стицање својине од невласника је законито, тј. савјесни стицалац ће уживати заштиту ако се ради о покретној ствари прибављеној уз накнаду од продавца (мада је продавац невласник) који у оквиру своје редовне дјелатности ставља у промет такве ствари; или је прибавио покретну ствар од невласника коме је власник

предао ствар у државину на основу правног посла који није титулус за стицање права својине (нпр. остава) или је ствар купио на јавној продаји (члан 31. став 1. ЗОО). Међутим, ранији власник, изузетно, има право да у року до истека годину дана од оргинарног стицања права својине савјесног прибавиоца (купца) од овога захтијева да му се ствар врати, тј. да је "прекупи", по прометној цијени, ако она за њега има афекциону вриједност (члан 31. ст. 2. и 3. ЗОСПО).

### **Клаузуле купопродајног уговора (примјер)**

Проф. др Младен Драшкић у свом чланку под насловом: "Елементи уговора о продаји - њихова садржина ", објављеном у "Привредно-правном приручнику ", Београд, број 2/1984. на стр. 4. наводи да би један уговор о продаји робе, који треба да обезбиједи што потпуније регулисање узајамних права и обавеза странака, требало да садржи слиједеће елементе:

- 1) означавање уговорних страна;
- 2) означавање робе - врста, количина, квалитет и начин предаје;
- 3) цена;
- 4) датум или рок, место и начин предаје;
- 5) доспелост и начин плаћања;
- 6) превоз робе - рок отпреме, средство превоза, трошкови, обавештење о отпреми;
- 7) осигурање;
- 8) прелазак ризика;
- 9) утврђивање квалитета и квантитета;
- 10) амбалажа;
- 11) порези, таксе и други трошкови;
- 12) прибављање докумената (транспортна документа, фактура, уверење о пореклу робе, итд.);
- 13) гаранције продавца;
- 14) последице неизвршења уговора и специјалне санкције (нпр.: уговорне казне, ограничења накнаде штете);
- 15) могућност раскида уговора и његове последице;
- 16) виша сила и други основи ослобађања од одговорности;
- 17) могућности евентуалне ревизије уговора;
- 18) надлежност суда или арбитраже и, при спољнотрговинским продајама, надлежност права за регулисање односа из уговора;
- 19) евентуалне резерве, ако се ради о спољнотрговинским продајама, у погледу добијања извозне или увозне дозволе;
- 20) коначне одредбе (нпр. искључива важност писмених уговора, моменат ступања уговора на снагу, број примерака уговора, аутентичност примерака);
- 21) уколико се писмено закључује купопродајни уговор мора садржати потписе страна, те датум и место његовог закључења.

### **МОДАЛИТЕТИ КУПОПРОДАЈЕ**

Уговор о купопродаји, понекад садржи и специјалне одредбе, углавке, чланове или клаузуле које га посебно карактеришу. Ове одредбе су сагласне намјерама уговарача или су утврђене сагласном изјавом воља, али у интересу једног од уговарача. Ове посебне погодбе стварају погодности једној или објема уговорним странама и тако мијењају стандардни (уобичајени) садржај уговора и чине га, у том погледу, засебним институтом купопродајног односа. Модалитет је, по дефиницији, случајна разлика или споредна разлика у оквиру исте врсте. Под врстама др Марија Тороман подводи оне модалитете купопродаје везане за област у којој се купопродаја обавља. То је промет добара између приватних лица (грађанска купопродаја) или промет добара у сфери привреде (трговачка купопродаја) или промицање добара у посебним гранама привреде као што је: трговина, саобраћај, поморство, и др. Дакле, унутар сваке од ових врста могући су модалитети, а ми ћемо овдје излагати модалитете грађанске купопродаје као оне врсте која нас сада посебно интересује.

## **А) Модалитети купопродаје у интересу једне уговорне стране**

### **Продаја са правом прече куповине (прекуп)**

Право прекупа или прече куповине је клаузула у купопродајном уговору која обавезује купца да о својој одлуци, да прода од њега купљену ствар, најприје обавијести продавца (или неко треће лице одређено законом) и да га понуди, уколико је заинтересовано, да купи ствар за одређену цијену. Ово субјективно право или, по некима, правна моћ, састоји се од два овлашћења. Прво овлашћење је "право првенства". То је овлашћење које се уговором даје ранијем продавцу или законом одређеним лицима да могу имати предност као евентуални купци испред свих осталих потенцијалних купаца. Уколико желе да користе право првенства (или им то право припада по уговору или закону) тада могу реализовати своје право прече куповине тако што ће прихватити понуду и платити ствар исплатом понуђене цијене.

Основне двије подврсте права прече куповине одређене према начину конституисања су: уговорно и законско право прече куповине. Уговорно право прече куповине углављено је конкретним, датим, уговором о продаји у форми посебне, споредне клаузуле. Купац је дужан обавијестити продавца и о условима продаје (у понуди) а продавац је дужан одговорити у диспозитивном року од мјесец дана о својој одлуци да се користи правом прече куповине (да прихвата понуду). Изјава о прихвату унеколико је модификована у односу на општа правила, јер је купац мора изјавити на поуздан начин и истовремено са својом акцептном изјавом исплатити цијену или је депоновати код надлежног суда. Ово овлашћење и његово коришћење, на описани начин, у литератури се назива "право првенства" (*Станковић-Орлић, "Стварно право", стр. 451.*) Уколико продавац не обавијести купца (носиоца овлашћења "права" прече куповине) о намјераваној продаји предмета чија је слободна продаја ограничена правом прече куповине, и закључи уговор о продаји с трећим лицем, повриједиће право првенства прекупца који тада стиче право на побијање закљученог уговора и овлашћење да захтијева да се њему ствар преда под истим продајним условима (из понуде - оп. цит. стр. 455).

Уговорно право прече куповине законом је ограничено на 5 година. Послије протеча рока, који почиње тећи даном закључења уговора, продавац га више не може истицати.

Повреда прече куповине продавца састоји се у продаји ствари и преносу права својине на треће лице без обавјештавања продавца. Продавац којем је ускраћено коришћење овлашћења на пречу куповину, има право захтијевати да се пренос поништи и да се њему преда ствар под истим условима из ионуде. Да би продавац, овлашћеник "права" прече куповине, успио са својим захтјевом, слично као код побојне тужбе, треће лице треба да је несавјесно, тј. ако продавац докаже да је том трећем лицу било познато или му није могло остати непознато да продавцу припада право прече куповине и да се он, трећи, не може појавити испред њега као купац. Релативни карактер облигационог субјективног права спречава да се трећем лицу одузму савјесно стечена права. Субјективни рок, у којем прикраћени овлашћеник права прече куповине, може, према трећем стицаоцу предмета продаје, истаћи право од 6 мјесеци по сазнању за пренос права својине на трећег. И у случају да је купац нетачно обавијестио продавца о условима продаје тако да се изигра његово "право првенства" (а то је трећем несавјесном лицу било познато или му је морало бити познато) продавац има право захтијевати поништење преноса и уступање ствари у року од 6 мјесеци од сазнања за стварне услове продаје.

Право прече куповине покретних ствари Закон третира као чисто лично право које није могуће отуђивати (правним пословима "*inter vivos*") нити наслеђивати (правним пословима "*mortis causae*"). У случају принудне јавне продаје продавац не може истицати своје право прече куповине уколико није било уписано у јавној књизи. Принудна јавна продаја, као законски поступак (извршни судски поступак), дерогира вољу продавца. Принудна јавна продаја врши се путем усменог јавног надметања или непосредном погодбом.

### **Законско право прече куповине**

За разлику од уговорног права прече куповине законско право прече куповине може се супротставити свим трећим лицима (*erga omnes*). Није од значаја ни савјесност или несавјесност тих трећих лица, јер предмет прече куповине, не могу стећи. Законско право прече куповине не може се преносити, а ни отуђивати. Уговорно право прече куповине има сличне особине само када се односи на покретне ствари (*члан 529. ЗОО*). Законско право прече куповине није временски лимитирано. Законско право прече куповине предвиђено је било, нпр., у бившем републичко-покрајинском законодавству за различите области. Тако је, нпр. право прече куповине друштвених средстава припадало основним организацијама у саставу исте радне организације - према ЗУР-у. Право прече куповине на некретнинама постојаће када се као предмет продаје јавља: грађевинско земљиште, пољопривредно земљиште и стан. Прекупац грађевинског земљишта је општина чијој територији припада понуђено грађевинско земљиште. Прекупац пољопривредног земљишта је пољопривредна организација, а продавац је појединац или грађанско правно лице. Прекупац стана може бити сувласник или носилац станарског права или (бивши СИЗ становања) или надлежна општина. Као прекупац може се јавити и закупац

пословне просторије или пољопривредног земљишта. Бивша ЈНА имала је право прече куповине некретнина ако се иста налази у сусвојини (дијелом у својини бивше ЈНА).

Право прече куповине шума, "*lex specialis*", Законом о шумама, припада организацији за газдовање шумом. Наравно да ће, нове својинске промјене које иду у правцу трансформације друштвене својине, измијенити овлашћеника права прече куповине шумама.

Право прече куповине сувласника таксативно је регулисано за сувласника стана или пословне просторије или када се сувласнички дио продаје у извршном поступку.

Прекупац архивске грађе је надлежни архив; споменика културе територијално надлежна општина, музејског блага - музејска установа, а библиотечке грађе - матична библиотека (*Станковић-Орлић, стр. 443- 446*).

Због својих карактеристика законско право прече куповине нема изразиту облигационо-правну природу и боље га је квалификовати као законско ограничење права својине, што се и чини у модерној литератури (*Станковић-Орлић, 442*).

### **Куповина на пробу**

Купопродаја на пробу је такав модалитет основног уговора који се ствара уговорном клаузулом по којој купац преузима ствар под условом да је претходно испроба. Проба, која је одлучна за закључење уговора, дјелује као суспензивни услов. Она одлаже дејство уговора. Уколико се проба : успјехом изврши, услов ће се испунити и уговор ће настати. Проба, у техничком смислу има за циљ да се купац, служећи се неко вријеме купљеном ствари, увјери у њена (жељена) својства, те ако му ствар због одговарајућих својстава одговара он ће је преузети, односно задржати, јер је за вријеме пробе има у својој детенцији, а ако му се не свиди може да је врати. На овом овлашћењу враћања преузете ствари куповина на пробу се и разликује од основног уговорног типа, код којег би враћање преузете ствари значило одустанак од уговора.

#### **Дејство пробе када купљена ствар не излази из државине продавца**

Проба је техничка активност будућег евентуалног купца и зависи од природе пробане ствари. Обавеза будућег купца, која је правне, а не техничке природе, састоји се од обавјештавања продавца о резултату пробе. Купац је дужан у одређеном року (утврђеном уговором, обичајима или примјереном природи ствари) обавијестити продавца да остаје при уговору. Овакво је дејство пробе када купац врши тестирање ствари која је у државини продавца. Уколико у остављеном року купац не обавијести продавца сматраће се да је одустао од уговора. Значи да је одустао од закључења уговора, јер се суспензивни услов није испунио. Ради се о одлагању закључења уговора, условљеном успјешношћу резултата пробе.

#### **Дејство пробе ако купљена ствар излази из државине продавца**

Другачији односи поводом пробе настају када је купац преузео од продавца ствар. Тада је државина, у остављеном року, прешла на продавца. По истеку рока за пробу он је дужан, без одлагања, ствар вратити продавцу (ако није спреман на закључење уговора, тј. на дејство уговора) јер није задовољан пробаном ствари. Уколико купац не изјави да остаје при уговору или не врати ствар након истека рока за пробу, сматраће се да је остао при уговору и купопродаја ће произвести правно дејство. Сматра се да се проба, у овом случају, појављује као резолутивни услов.

### Рокови пробања

Субјективна проба зависи од купчевих жеља и афинитета. Оцјена о томе да ли ствар има одређена својства или је подобна за одређену употребу је ствар субјекта. Субјективна проба у потпуности условљава опстанак уговора зависно од афекције, расположења, афинитета и жеље купца. Субјективна проба је, у правном смислу, потпуно право обликовања купца.

Објективна проба не дозвољава купцу неограничено право обликовања од којег зависи опстанак уговора. Када се уговори тзв. објективна проба тада опстанак уговора не зависи од купчеве воље, него од објективне оцјене која се добија као одговор на питање: да ли купована пробана ствар заиста има одређена (жељена) својства и да ли је заиста, реално, по општој оцјени подобна за одређену (тражену) употребу.

Ризик случајне пропасти или оштећења ствари предате купцу ради иробе, у сваком случају, сноси продавац. По овоме видимо да је Закон предвидио задржавање права својине за продавца, у сваком случају. Међутим, ризик прелази на купца када изјави да остаје при уговору, или након истека рока када је купац био дужан вратити ствар продавцу. Овакав исказ изведен из одредбе става 2. члана 534. ЗОО може се тумачити да је "испробавач" самим започињањем пробе већ постао купац, те да његова изјава може имати само резолутивно дејство и дјеловати као раскидни услов. Према томе, изјавом о задржавању пробане ствари или истеком рока за повраћај пробане ствари купац ступа у уговор и на њега прелази ризик. Питање купопродаје на пробу и проблем да ли је уговор са одложеним или раскидним условом рјешавао је А.г.з. по критеријуму плаћања или неисплате куповне цијене: ако је цијена плаћена, куповина на пробу је са раскидним условом, а ако цијена није плаћена, уговор је са одложеним условом, а потенцијални купац сматраће се комодатом за вријеме пробе. Другим ријечима својство купца има само онај уговарач који исплати куповну цијену (*Живојин Перић*, 58). У правном смислу проба и њене правне посљедице равнале би се према правилима уговора о послузи.

Коментатори ЗОО узимају да је (како кажу: као и "скоро сва законодавства") и ЗОО пошао од премисе да је куповина на пробу правни посао са одложним условом (*Коментар ЗОО у редакцији Благојевић-Круљ*, стр. 1043). Мислимо да одговор на ово питање ЗОО не даје експлицитно, у одредби у којој излаже појам уговора, већ тек у одредби о ризику. Продавац сноси ризик до купчеве изјаве да остаје при уговору, односно до истека рока до када је купац био дужан да врати ствар. Ако се услов испуни, тј. купац изјави да му се ствар допада или задржи ствар постаће дужник. Уговор ће тада произвести

облигационо-правно дејство и он ће бити дужан да плати цијену, јер је перфектуирао уговор. Изјавом или конклюдентном радњом услов се испунио и уговарач је постао купац, дужник исплате куповне цијене. Испуњењем суспензивног и потестативног услова правно стање се претвара у правни однос. Правила Закона о облигационим односима која уређују основна питања односа који настају поводом уговора о продаји на пробу примјењују се и на УГОВОР О КУПОВИНИ ПО ПРЕГЛЕДУ и на УГОВОР СА РЕЗЕРВОМ ПРОБАЊА. Право купца да прегледа ствар је природни састојак уговора, претпоставља се да постоји мада није утврђен као уговорна клаузула. Право прегледати ствар се не мора посебно уговарати као што се треба уговарати "право на пробу".

Куповина са резервом пробања састоји се од овлашћења купца да одређене производе прије перфекције уговора испроба. Ради се о трговачком обичају приликом куповине намирница (*Љ. Милошевић*, 303). Овај модалитет купопродаје познат је и по свом традиционалном називу: куповина "*ad gustum*". Практично док ствар купац не окуша и не изјави да је ствар по његовом укусу уговор неће ни настати.

### **Купопродаја условљена појавом бољег купца**

У купопродајни уговор може бити унесена клаузула у интересу продавца по којој он може раскинути уговор под условом да докаже појаву бољег купца. Налажење бољег купца утврђено је као раскидни услов, ако је продавац већ предао ствар купцу. Ако продавац није предао ствар купцу тада се услов налажења бољег купца квалификује као суспензивни услов. Рок трајања за вршење овог овлашћења продавца утврђује се уговором, а ако се то питање не ријеша уговором тада се одговор тражи у диспозитивним правилима. Према диспозитивним правилима рок за налажење "бољег купца" за покретне ствари износи три дана, а за непокретне ствари годину дана. Право на купопродају под условом бољег купца је чисто лично право и као такво није отуђиво, преносиво на трећа лица. О овом модалитету продаје ЗОО нема своја посебна правила, па се ради о неименованом уговору. Правила овог модалитета продаје су дјело слободе уговарања, као основног начела облигационог права. Овај модалитет купопродаје био је регулисан параграфом 666. Српског грађанског законика.

### **Купопродаја са правом откупа**

"Право" откупа уговара се у корист продавца да продату и предату ствар, до истека утврђеног рока, има право откупити и вратити. Право откупа на страни продавца спречава купца да слободно располаже купљеном ствари до истека уговореног рока трајања овог овлашћења. Иако је купац предајом постао власник ствари, у случају да продавац, у остављеном року, изјави да жели користити право откупа и понуди уговорену цијену, купац му је дужан вратити ствар у стању у којем се ствар налазила у тренутку предаје (преузимања).

Право откупа је чисто лично овлашћење продавца у односу на купца. Закон о облигационим односима није регулисао овај модалитет продаје тако да се према њему ваља односити као неименованом уговору, модалитету грађанско-правне продаје.

## **Купопродаја са правом препродаје**

Купопродаја са правом препродаје омогућава купцу да купљену ствар може вратити продавцу уз истовремени повраћај плаћене цијене. Право препродаје оптерећује продавца до истека уговореног рока за вршење овог овлашћења. И овај неименовани модалитет продаје треба подводити према општим начелима и општим правилима Закона, јер га ЗОО није посебно регулисао.

## **Спецификациона купопродаја (продаја са спецификацијом)**

Спецификациона купопродаја постоји када је уговорено купчево овлашћење да накнадно одреди спецификацију ствари. Спецификацију Закон дефинише као подробније одређивање својстава ствари (облик, мјера и сл.). Ово своје овлашћење купац је овлашћен искористити (поставити захтјев) у уговореном, односно разумном року. Уколико купац не искористи ово своје право, продавац стиче алтернативно овлашћење: или да изјави да раскида уговор или да сам обави спецификацију сагласно својим сазнањима о купчевим потребама и интересима. Уколико се определијели за другу алтернативу, тј. да сам изврши спецификацију, продавац је дужан обавијестити купца о томе и оставити му разуман рок да сам изврши спецификацију. Ако купац не изврши спецификацију ни у овом, накнадном року, продавчева спецификација постаје мјеродавна за утврђивање саобразности продате ствари уговореним условима.

Према др Марији М. Тороман спецификација је, у ствари, узорак који има облик изјаве којом се, од стране купца, тек последије закључења уговора, одређују сва или само нека својства купљене ствари. Што се садржине спецификационе изјаве тиче, за њену пуноважност нужно је да су у њој означена сва (или само нека) неопходна својства робе која треба да буде испоручена. У литератури се спецификациона купопродаја сматра модалитетом трговачке (а не грађанско-правне продаје) (*Тороман, 145, 146*). Међутим, упркос ширења овлашћења купца у погледу одређивања својстава ствари, Закон је ово овлашћење купца сразмјерно ограничио опцијом датом продавцу на раскидање уговора или могућношћу да сам изврши спецификације. Тиме је уговор ослабљен, јер невршењем спецификације купац пада у доцњу и отвара продавцу могућност, даје му "правну моћ", да раскине уговор. Изостанак спецификације од стране купца дјелује на уговор као раскидни услов.

## **Б) Модалитети продаје у погледу општих услова уговарања**

### **Купопродаја саобразно узорку или моделу**

Продаја по узорку или моделу је модалитет трговинске купопродаје у интересу продавца, јер штити продавца од самовољних процјена купца приликом преузимања, пријема робе. Узорак као и модел су "представници", аутентични примјерци, продате ствари. Странке закључују уговор и он постаје перфектан, али је његова реализација зависна од саобразности цијеле количине купљених ствари са узорком или моделом. Ради се о посебном методу утврђивања својстава

продате ствари која је предмет продаје. Уколико је узорак или модел купцу показан само ради обавјештавања и приближног одређивања својстава продате ствари, тада такво узорковање неће имати дејство утврђивања саобразности узорка или модела са предметом продаје.

У случају да је узорак или модел поднијет купцу, уз обећање саобразности, тада продавац одговара купцу за недостатак саобразности предмета уговора (ствари) са узорком или моделом. Потпуно дејство ова уговорна одредба има код уговора у привреди (трговачка продаја). Ако приликом трговачке продаје продавац преда купцу робу која није саобразна узорку или моделу продавац ће одговарати по прописима који важе за одговорност продавца за материјалне недостатке продате и предате ствари. Уколико се ради о тзв. грађанско-правној купопродаји, продавчева одговорност због несаобразности садржана је у прописима о одговорности уговарача за неиспуњење уговора (повреду облигације или уговорну одговорност).

### **Купопродаја на почек**

Купопродаја на почек уређена је Законом кроз два своја основна подтипа: а) продаја са задржавањем права својине, и б) продаја са оброчним отплатама цијене (купопродаја на кредит или вересију; *Лоза, 48*).

Купопродаја на почек је модалитет уговора који врши отклон од основног типа продаје у правцу одлагања исплате купопродајне цијене у остављеном року. Карактеристично је да је продавац први дужан испунити своју обавезу везану са извршењем предаје ствари, а исплата цијене, као најважније купчеве обавезе (цијена је предмет уговора и општи услов закључења уговора) треба да почака. Стога је овај модалитет продаје везан за модификацију код уговарања исплате купопродајне цијене са одступањем у правцу пролонгирања њене исплате. Пошто је пријемом ствари, која је предмет продаје, купац стекао право својине на преузетој ствари у посјед, то слаби положај продавца због чека у извршењу обавезе исплате цијене од стране купца. Јер, код тзв. "реалне продаје" или "продаје из руке у руку", "продаје за готово", влада принцип истовремености испуњења (*члан 475. ЗОО*). Због тога диспозитивна правила садрже посебне норме које настоје да очувају равноправност уговарача и у случајевима оваквог стипулисања уговорних клаузула што је економски мотивисано.

#### **а) Продаја са задржавањем права својине**

**C***lausula pactum reservati dominif* је одредба купопродајног уговора која га модификује тако што дозвољава да продавац задржи право својине, иако је продата ствар већ предата купцу, све док купац не исплати цијену у потпуности. Овом се одредбом уговора суспендује "*causa*" купца, јер се одлаже стицање права својине над предатом ствари, иако је предаја ствари основни модус за стицање права својине над купљеном ствари. Значи да се ради о недостатку битног, општег услова уговора, иако постоји "*titulus*" и "*modus*". Продаја постоји, али није у потпуности подобна да послужи као ваљан "*titulus*", јер јој недостаје

"*causa*" предаје ствари. "*Pactum...*" је вишеструко ограничена клаузула. Њу је могуће уговорати само за куповину покретних ствари. Задржавање права својине нема дејства према трећим лицима. Изузетно, уколико је ово задржавање права утврђено у форми јавно овјерене исправе прије купчевог стечаја или пленидбе ствари у извршном поступку, или уколико је клаузула о задржавању права уписана у посебне јавне књиге, могуће је њено дејство "*erga omnes*". Ризик случајне пропасти или оштећења ствари прелази на купца са предајом ствари.

#### б) Продаја са оброчним отплатама цијене

Продаја са оброчним отплатама цијене садржи одредбу да је продавац дужан први извршити своју обавезу предаје ствари док купац има исплатити цијену у обrocима (ратама) кроз уговорени временски период. За уговор о купопродаји, којим се уговара исплата цијене у ратама, обавезна је писмена форма "*ad solemnitatem*". Пошто се овај облик продаје примјењује у тзв. трговачкој дјелатности "малопродаје", у којој се, као купац, редовно јавља физичко лице, Закон, низом одредаба, штити грађане потрошаче од монополистичког поступања продавца. Закон не само да прописује писмену форму као битни елемент уговора него проширује обавезност форме и на проширене битне елементе вољом Закона. Поред битних елемената које свака купопродаја по Закону мора имати (ствар и цијену) за купопродају на отплату, битни су и ови елементи: укупан износ свих оброчних отплата, рачунајући и ону која је извршена у часу перфекције уговора, појединачни износ отплатне рате, њихов укупан број и рокови доспјелости појединих отплата као и одустаница. По тој одредби купац може писменом изјавом датој продавцу у року од три дана од потписивања уговора одустати од уговора (једнострано раскинути уговор). Ове се одредбе купац не може унапријед одрећи. Закон не спречава купца да исплати купопродајну цијену (или њен остатак) у цијелости, одједанпут. Супротно рестриктивно уговарање је ништаво.

Закон штитећи купца - потрошача прописује да је ништаво стипулисање уговорне казне за случај раскидања уговора или наступања купчеве доцње. Поред тога, Закон прописује ништавост сваке одредбе која је за купца неповољнија од оног обима права које му пружају законске диспозитивне норме. Ништавим се неће сматрати уговарање "*clausule pactum...*" без обзира што је она у интересу продавца.

Продавац на отплату има овлашћење да једнострано раскине уговор ако купац падне у доцњу са оброчним плаћањем. Доцња продавца са отплатом прве рате довољан је разлог за раскидање уговора. Поред тога, падање купца у доцњу са исплатом двије, касније узастопне рате које представљају најмање 1/8 цијене такође је законски услов да продавац једнострано раскине уговор о продаји на рате. И поред ове двије могућности једностраног раскидања уговора, Закон даје продавцу и трећу могућност: да једнострано иступи из уговора уколико купац задоцни са исплатом само једне рате, уколико су за исплату цијене у потпуности довољне само четири рате.

Продавац, у случају задоцњења купца у току започете исплате (исплата је започета када је плаћена права рата), може да не користи законску могућност једностраног раскидања уговора, може захтијевати исплату цјелокупног износа

остатка цијене у року од 15 дана, по постављању рока купцу. Купац има право да судски продужи рокове за исплату задоцњелих рата. С приговором одлагања рокова отплате, купац може успјети ако то околности случаја оправдавају: ако купац да обезбјеђење да ће извршити своје обавезе и ако због тога продавац не трпи штетне посљедице. Раскид уговора повлачи за собом реституцију датог и примљеног, успостављање предуговорног стања. То подразумијева, поред враћања примљених obroка цијене и плаћања законске камате, од стране продавца, и подмирење нужних трошкова које је купац имао за вријеме детенције ствари. Купац је дужан вратити ствар у предатом стању и дати накнаду за њено употребљавање (аналогно "закупнини") до раскида уговора.

### Претплатна купопродаја

Ова врста продаје честа је у издавачко-књижарској дјелатности. Купац претходно (прије испоруке ствари) уплаћује цијену (одједном у цијелости или оброчно) с тим да продавац предаје ствар накнадно. Предаја ствари одлаже се до утврђеног рока или је одложена по природи или околностима посла (нпр. након исплате посљедње рате купац је дужан продавцу уручити претплаћену ствар). Због природе посла код овог модалитета продаје нема мјеста клаузули "*pactum reservati domini*" нити могућности истицања приговора "иои *adimpleti contractus*".

### Продаја ствари које се мјере или броје

Ствари које се мјере или броје продају се на два начина: одсјеком (ћутуре), или по мјери, односно броју (*Ж. Перућ, 59*).

Купопродаја ћутуре (напопријеко, по виђењу, одока) састоји се од куповине ствари без подробнијег утврђивања њених својстава за одређену цијену. Код овог модалитета купопродаје ствар је одређена "одока" и на тај начин су уговарачи супституисали одговорност продавца за материјалне недостатке, јер купац преузима ствар "на виђено". Видјети ствар и оцијенити је "одока" је једино мјерило вриједности куповане ствари. Приликом примопредаје (преузимања) ствари не приступа се контроли квалитета и квантитета; "продаја је свршена и без броја и без мере" (*Живојин Перућ, 59*). Због природе овог модалитета продаје неће се на њега моћи примјенити институт "прекомјерног оштећења" (*Лоза, 54*). Овај модалитет продаје има сличности са "куповином наде" ("*emptio spei*") из параграфа 1276 А.г.з. "Куповина наде", пошто је садржавала елементе алеаторности, због ризика у погледу квалитета и квантитета купљених будућих користи од какве ствари сматрана је алеаторним уговором (*Милошевић, 411*). Елементе алеаторности садржи и "куповање наданих ствари", ("*emptio venditio spei*") које су будуће и неизвјесне, тако да се и овај уговорни облик сматра уговором на срећу (*параграф 795 С.г.з.*). У том смислу важи и пропис члана 458. став 3. ЗОО, по коме је могуће продаја будуће ствари.

Када се ради о купопродаји ствари које се мјере и броје уговор је настао иако ствар није индивидуализована. Значи, обавеза предаје ствари настаје и продавац је дужан одмах предати ствар, тј. извршити премјеравање или пребројавање да би купцу предао одређену (уговорену) количину ствари.

## Продајни налог

Продајни налог је модалитет продаје у којем је поред продаје уговорена клаузула о налогу (мандату). Налогодавац је продавац који обавезује налогопримца (потенцијалног купца) да предату и преузету покретну ствар прода трећем лицу за наложену цијену у уговореном року или да је, у истом року, врати налогодавцу. Уколико налогопримац не поступи по налогу, тј. не прода ствар и не преда налогодавцу наплаћену цијену до утврђеног рока, нити врати ствар, узима се да је ствар купио *"per se"*. Дакле, код овог модалитета продаје типична дејства продаје модификована су налогом. Предаја ствари, у случају продајног налога, не доводи до преласка права својине с продавца на налогопримца, јер, налогодавац, до извршења налога или истека рока за извршење налога, остаје њен власник. Његово право власништва је, исто тако, оптерећено налогом, јер је ограничено због губитка овлашћења на располагање са ствари док се налог не угаси. Налогопримац се не сматра власником ствари све док не исплати куповну цијену налогодавцу (продавцу). Стога Закон забрањује пљенидбу ствари дату у продајни налог који се налази у посједу налогопримца, све док не исплати цијену продавцу. Налогопримац, за вријеме трајања рока налога, не одговара за случајну пропаст или оштећење ствари, али одговара за скривљену пропаст ствари. Према својој правној природи продајни налог је условна продаја и то под одложним, суспензивним условом (*Ж. Перућ, 65*). Ако се налогопримац одлучи да ствар задржи, предвиђени услов је испуњен и продаја је закључена.

## Уговор о купопродаји наде

Уговор о куповини и продаји наде је уговор о купопродаји неизвјесне ствари за опредијељену цијену. Предмет обавезе продавца је неизвјестан у погледу настанка, квалитета, количине (нпр.: овогодишњи род шљиве из једног шљивика или сезонски улов рибе из рибњака).

Овај уговор је алеаторан за продавца, а комутативан за купца. Треба га разликовати од уговора о купопродаји наданих (будућих) ствари који је комутативан, јер постоји извјесност о настанку ствари и количини. Једина неизвјесност постоји у погледу квалитета тако да, у том погледу, овај модалитет има само елементе алеаторности. Због тога га не можемо сматрати одважним, јер ризик код њега није довољан за такву класификацију, те га треба уврстити у модалитет купопродаје и подврћи истим правилима.

## Друга глава

### УГОВОР О РАЗМЈЕНИ

Уговором о размјени (грампи) сваки од уговарача (размјењивача) обавезује се да своме сауговарачу преда ствар, тако да сваки од уговарача, на пренесеној ствари, стекне право својине. За разлику од купопродаје код размјене се не јавља купопродајна цијена, као предмет обавезе једног од уговарача. Оба размјењивача појављују се у улози продавца. Уговор о размјени носи исте карактеристике као и купопродаја, јер је: консензуалан, двострано обавезан, теретан и комутативан. Уговор о размјени има посебан значај за промет некретнина (приликом провођења комасације и арондације) и у спољнотрговинским, компензационим пословима (*Милошевић, 314; "Нови уговори", стр. 271-301*).

Као битни елементи уговора о размјени јављају се ствари које се размјењују и о којима размјењивачи морају постићи сагласност. Ствари треба да су подобне за размјену, јер на њима размјењивачи могу стећи какво преносиво, имовинско право. Уговор о размјени може се јавити и као формалан, ако се ради о промету некретнина у форми размјене. Изузетно, и носиоци непреносивих права могу, нпр. у прилици замјене станова, вршити размјену станова, али је за замјену станова на којима размјењивачи имају станарско право нужна и сагласност даваоца стана на коришћење. Замјена станова, само по својим спољним карактеристикама, личи на размјену, а суштински је то економски промет у режиму тзв. друштвене својине.

Уговором о размјени размјењивачи стичу иста права и обавезе које из уговора о продаји настају за продавца (обавеза предаје ствари и одговорност за недостатке на пренесеној ствари). Редактори Закона могли су да у обавезе размјењивача уврсте и обавезу аналогну обавези купца на преузимање ствари као и обавезу чувања ствари за рачун сауговарача.

## Трећа глава

### УГОВОР О ПОКЛОНУ (ДАРОВАЊУ)

Уговор о поклону или дару има Мо када се уговарачи, у прописаној форми, сагласе да ће један (поклонодавац, дародавац) другоме (поклонопримцу, обдаренику) нешто дати, а други се не обавезује на противчинидбу. Извори права за уговор о поклону су интересантно питање. Уређивање уговора о поклону повјерено је републичко-покрајинској надлежности бивших СР и САП у бившој СФРЈ (*члан 281. став 1. тачка 4. Устава СФРЈ из 1974.*). Пошто бивша СРБиХ није донијела пропис у којем би нормирала уговор о поклону то се у судској пракси на њега примјењивао познати Закон о неважности правних прописа донијетих прије 6. априла 1941. године и за вријеме непријатељске окупације. Међутим, након "распада бивше СФРЈ и бивше СРБиХ, Република Српска донијела је Закон о измјенама и допунама Закона о облигационим односима (*"Службени Гласник" РС, број 17/93.*) према којем у члану 1. "Садржина закона" се наводи: "Овим законом уређују се облигациони односи који настају из уговора, проузроковања штете, стицања без основа, пословодства без налога, једностране изјаве воље и других законом утврђених чињеница".

Према овим измјенама и допунама ЗОО је обухватио све облигационе уговоре, те се на рјешавању спорова и односа из уговора о поклону треба примијенити *члан 25. став 1. ЗОО* по којем: "Одредбе овог закона које се односе на уговоре примјењују се на све врсте уговора, осим ако за уговоре у привреди није изричито друкчије одређено". Ми ћемо се у сврху доктринарног тумачења и даље служити старим правним правилима бивших грађанских закона, јер је то, до сада, уобичајена теоријска подлога за излагање ове врсте.

Предмет поклоне је ствар (*нф. 938 А.Г.З.*) или имовинско право (*Лоза, 660; Милошевић, 314*) које се уступа трајно и бесплатно поклонопримцу. Уговор о поклону неће настати онда када се неко лице одриче неког права које још није конституисано или које је у сумњи (*нф. 939 А.Г.З.*). Поклон треба разликовати од права на обећану награду. Наградна даровања јесу, у принципу, уговор о поклону, уколико обавеза даровања не потиче из утуживог права поклонопримца на награду (*нф. 940 А.Г.З.*). Поред тога, уколико обдареник посједује утуживо право на награду (накнаду), јер је ова уговорена или је законом одређена, такав посао није уговор о поклону већ уговор о раду (уговор о дјелу), (*нф. 641 А.Г.З.*). Уговор о поклону, такође, треба разликовати од даровања за случај смрти ("*donatio mortis causa*") које се третира у старим правним правилима као легат (*нф. 956 А.Г.З.*) или као институт "*sui generis*" са особинама и легата и уговора (*нф. 568 С.Г.З.*). У ОИЗ професор Богишић је заузео становиште, које и данас вриједи, да се "*donatio mortis causa*" сматра насљедно-правним институтом, а не правним послом "*inter vivos*" (*чл. 493. ОИЗ*). Данашња доктрина јасно разликује уговор о поклону од тестаментa (*Лоза, 69, Милошевић, 315*). Поклон не представља различита социјална давања (материјалне помоћи), јер су уређена правилима социјалног права (*Милошевић, 316*). Оппрост дуга се сматра поклоном, јер је потребна сагласност и дужника. Као поклон у Закону о насљеђивању ("*Службени лист*" СРБХ, број 7/80), сматра се и одрицања од права, оппрост дуга, осигурање у корист поклонопримца као и свако друго располагање оставиоца без накнаде (*чл. 32. и 33. ЗН*). Пракса и правна теорија упоредног права су, због ускости законских дефиниција, шаролику казуистику даровања подводили под правни институт уговора о даровању. У том смислу се под даровањем схватају и тзв. "индиректна даровања" у која се убрајају: признање непостојаћег дуга, испуњење туђег дуга, куповина у туђе име, цесија тражбине, осигурање туђег дуга и одрицање од права (*др Весна Радовчић: "Правна проблематика и развишак института даровања", Загреб-Чаковец, 1983. г. стр. 130*).

### Карактеристике уговора о поклону

Уговор о поклону је двострани правни посао (за разлику од тестаментa који је једностранни правни посао "*mortis causa*"), јер је за настанак уговора о поклону потребан пристанак поклонопримца (правни посао "*inter vivos*"). Поклон је једностранно обавезни уговор. Њиме се конституише обавеза само за поклонодавца, док поклонопримац стиче субјективно облигационо право, тражбину, која му даје овлашћење на предмет тражбине и захтјев на предају предмета поклоне. Уговор о поклону је добротини облигациони уговор, јер се за добијени поклон не узвраћа никаква противнакнада. Овај уговор се, по тој карактеристици, разликује од тзв. теретних уговора, у којима се, за оно што се

даје, добија накнада. Чињење добротинства је мотив за закључење уговора на страни поклонодавца. Овај мотив је битан за ваљаност уговора. У случају да је поклонодавац учинио поклон из недозвољеног мотива, уговор је ништав без обзира на савјесност поклонопримца, јер није знао за недопуштеност мотива поклонодавца (*члан 53. став 3. ЗОО*). Ово не значи да уговор о поклону неће имати "*causa*", која се своди на трајно отуђивање ствари и права, тј. стицање права својине или каквог другог имовинског права поклонопримца.

Уговор о поклону је, према бившим, старим правним правилима грађанских законика, формалан уговор. Из уговора о поклону који није закључен у законом прописаној форми, према бившим правним правилима, неће настати утужива облигација (*нф. 943. А.Г.З.; нф. 594 С.з.з.; чл. 484. ОИЗ*). Усмено обећање поклона није утуживо. То ипак не значи да ће се предаја предмета поклона, учињена (проистекла) из усменог обећања, сматрати стицањем без основа. Овакво обдаривање производиће дејство натуралне облигације. Пошто је уговор о поклону неименован од стране ЗОО, сви односи који настану и спорови који произађу из тих односа рјешаваће се усвојеним методама тумачења. За неименоване уговоре посебан значај има одредба члана 25. ЗОО, која је начелног карактера. Према овој одредби, одредбе ЗОО које се односе на уговоре, примјењиваће се на све врсте уговора. Пошто су и неименовани уговори врста уговора то се и на такве односе правила Закона о уговорима. Стога, навођење бивших правних правила не треба више узимати путоказом за судску праксу, већ само за уговорну праксу, јер се односа из уговора о поклону пракса не може одрећи. Отуда, што се тиче форме уговора, треба узети да је уговор неформалан, јер закон није прописао обавезну форму за настанак утуживе облигације из уговора о поклону.

### **Услови за настанак уговора о поклону**

Да би сагласност воља, којом једно лице другом обећава чињење добротинства у виду даривања какве имовинске користи, произвођила правно дејство, општи услови уговарања носе специфичне модификације. То из разлога да би се осујетило лакомислено расподјељивање имовине неког лица, социјално пропадање или лична, односно породична страдања.

### **Способност уговарача**

Поклонодавац који давањем поклона отуђује ("расипа") своју имовину мора да има потпуну пословну способност. Члан 480. ОИЗ сликовито одређује: "Ко се год може законито уговором дужити и својим имањем располагати, тај може и даривати". Значи да лица без потпуне пословне способности ни уз сагласност законског заступника не могу поклоне чинити, осим малољетника са навршених 15 година живота који располаже зарадом из радног односа (*Милошевић, 316*).

Као поклонопримац може се појавити и потпуно и ограничено пословно способно лице као и пословно неспособна лица. У ОИЗ се за малољетнике млађе од 7 година живота способност примања поклона оправдава фикцијом да су примили поклон посредством законског заступника без обзира да ли је то фактички тако било (*члан 480. став 3. ОИЗ*). Уколико је поклон штетан за

малољетника законски заступник може забранити примање поклоне или раскинути уговор и извршити реституцију ако је предмет поклоне већ у имовини заступаног (члан 482. ОИЗ). Професор Милошевић је истицао да друштвена правна лица могу прихватити поклоне без ограничења, јер примљени поклони постају друштвена својина. Изузетно, бившим, посебним савезним Законом о правима и дужностима савезних органа у погледу средстава у друштвеној својини која они користе ("Службени лист" СФРЈ, број 20/87), функционери, руководећи радници и радници савезних органа могли су стећи право својине на пригодном поклону мање вриједности (чија вриједност не прелази износ од 50% просјечног мјесечног личног дохотка радника у СФРЈ из претходне године) који није у новцу (монети) и који се давао за успомену или у знак међународне сарадње или солидарности. Ове одредбе требало би прилагодити новонасталим конституционо-правним условима насталим послје распада бивше СФР Југославије.

### Саглашавање воља уговарача

Постизање сагласности воља је неопходно како би поклон произвео правно дејство. Поклонопримац и поклонодавац саглашавају се о предмету даровања (поклону или дару) и о обавези поклонодавца да преда предмет поклоне. За постизање сагласности воља, историјски и упоредно посматрано, као битни услов настанка сагласности воља појављивао се и облик изјаве воља или форма изјава воља. Историјски је потврђено да усмено обећање поклоне и усмено прихватање поклоне нису рађали утуживу, принудну облигацију. Усмена форма саглашавања воља произвешће облигационо-правно дејство само ако непосредно са усменим усаглашавањем слиједи предаја поклоне (*res*) (нф. 943 А.Г.З., чл. 484 ОИЗ, нф. 564 С.Г.З.). У новијој литератури се, с теоријског аспекта, оправдано критикује реална форма уговора као анахронизам. Теоретичари сматрају да реална форма није дио закључења него акт извршења уговора, и да је консензус довољан за успостављање облигационо-правног дејства уговора (Радишић, стр. 104). Уговор о поклону је специфичан по начину изјављивања воље поклонодавца и саглашавању поклонопримца. Сматрамо да реална форма погодује лакомисленом и афекцијом обавезивању поклонодавца, те да она, и с практичне тачке гледишта, нема опстојности. Она је веома блиска консензуалистичком приступу уговарању, али је с аспекта ЗОО дозвољена и могућа, јер ЗОО дозвољава да се и поклон, као и сваки други уговор, за који није ништа посебно одређено, може закључити у било којој форми. Да ли ће се реална форма посматрати као елемент закључења уговора, или елемент извршења уговорне обавезе не мијења ништа на ствари, у правним односима уговарача. Према бившим правним правилима, само писмено закључен уговор о поклону рађа утуживу облигацију. Писмена форма уговора о поклону сматрана је за форму **"ad probationem"**. Српски грађански законик у пф. 564 такав став јасно изражава: "Само са писменим достоверним доказом може се поклон путем судским тражити." И овакво квалификовање форме уговора по значају је анахронизам за наше право које, у материјално правном смислу, форму уговора, као посебног услова за закључење уговора, прихвата само као форму **"ad solemnitatem"**. Из бивших правних правила старих грађанских закона произилази да је за настанак уговора потребна судска овјера, тј. састављање уговора код

суда. ОИЗ је судску овјеру захтијевао само ако вриједност поклоне премашује утврђени износ (*пет стотина франака, према чл. 485 ОИЗ*).

У посебним прописима форма уговора о поклону захтијева се као битни елеменат уговора, конститутивна форма или форма *ad solemnitatem*. Такав је значај форме у промету некретнина, тј. ако се промет изражава кроз поклањање некретнине. То из разлога настанка пуноважног правног односа. Уколико се жели да уговор доведе до стицања стварног права, тј. да послужи као титулус за стицање права власништва, од стране поклонопримца, нужна је овјера потписа уговарача пред надлежним судом (*Лоза, 71*). Према члану 9. Закона о промету непокретности ("*Службени лист СРБХ*", број 38/78) изузетно бестеретни промет непокретности производиће правно дејство уколико је сачињен у писменој форми, и ако није извршена овјера потписа у надлежном суду; ако су уговарачи извршили уговорне обавезе у цјелини или претежним дијелом или ако је уговор закључен у присуству најмање два свједока који су се потписали на уговору. Видимо да се, у позитивном праву, прихватало реализовање уговора или тзв. теорија реализације, која је, **уствари**, **реалнаформа**.

### **Предмет уговора о поклону**

Предмет уговора о поклону је поклон или дар. Под тим се подразумевају ствари и права чији промет није ограничен. Значи да само имовинска права могу да буду предметом уговора о поклону.

Туђа ствар, као предмет уговора, у начелу, не може се поклањати. То произилази из правила по којем: "нико не може на другог пренијети више права него што их сам има". Према бившим правним правилима постоји одговорност поклонодавца туђе ствари према савјесном поклонопримцу (*нф. 945 А.Г.З*). Бивша правна правила С.Г.З. одређивала су да је такво располагање на туђу штету, и као такво да је ништаво (*нф. 565. став 1. С.Г.З.*). Ништав је и поклон у којем, или којим, се угрожава законско издржавање или осујећују потраживања повјериоца. Поклонопримац је дужан вратити побојни дио (*нф. 565. став 2 С.Г.З.*). Власник ствари, према важећој доктрини, има увијек право устати и према поклонопримцу власничком тужбом (*Милошевић, 317*). Поклонопримац, у чијој се имовини ствар налази, постаће обавезан да је врати власнику - уколико не посједује ствар нити њену вриједност. Одговараће само ако ју је у злој намјери отуђио (*нф. 565 С.Г.З.*).

Поклонодавац, као власник и носилац, титулар имовинских права, може неограничено располагати својом имовином. Што се будуће имовине поклонодавца тиче ("будућа ствар"), могуће је уговор пуноважно засновати уколико вриједност будуће не премашује половину вриједности постојеће имовине (*нф. 944 А.Л.З.*).

Као предмет даровања, према ОИЗ, може се јавити: одрицање од свога права, опрост дуга, вршење посла (рад за другог) као и плаћање не дугованог (*чл. 899. ОИЗ*). У теорији се узима прихваћеним да вршење рада за другог, без накнаде, може бити предмет уговора о поклону, јер се тако другоме поклања мјерљива имовинска корист (*Милошевић, 317*).

И уговор о поклону има **"causu"**. Код поклонодавца је налазимо у

"намјери доброчињења" као познати *animus donandf*. "*Animus donandi*" је разлог обавезивања поклонодавца, а не накнада или противдавање или противуслуга од стране поклонопримца. "*Animus donandi*" није само мотив, већ је код поклона више од мотива. Намјера чињења добротворства може бити створена под утицајем разних мотива који су значајни, тј. одлучни за процјену пуноважности уговора, тј. његове способности да створи утуживу облигацију.

### **Дејство уговора о поклону**

Основно дејство уговора о поклону своди се на заснивање облигације на предају предмета уговора чији је дужник поклонодавац. Утврђена обавеза на предају поклона мора се извршити, јер је утужива. С обзиром на нарочиту природу уговора о поклону бивша правна правила ублажавају одговорност поклонодавца за повреду уговора (повреду облигације). Уколико не изврши своју обавезу поклонодавац неће у сваком случају одговарати, као што је судбина продавца у уговору о продаји. Поклонодавац ће одговарати само ако своју обавезу не изврши намјерно или из крајње непажње. И у случају доцње он неће одговарати због посљедица. Поред обавезе на предају предмета поклона, поклонодавац ће бити дужан чувати поклоњену ствар до рока предаје. Према аргументима из старих правних правила, поклонодавац ослобађа одговорности за накнадну немогућност испуњења; случајна пропаст или оштећење ствари (што је супротно рјешење од онога код купопродаје) као и накнадна немогућност коју "скриви" поклонопримац или треће лице. Треће лице не смије бити ни у каквом односу са поклонодавцем, ради које везе, поклонодавац, за његове радње, одговара. Новија схватања у доктрини истичу да поклонодавац одговара ако поклоњена ствар његовом кривицом пропадне или се оштети. То је она штета коју поклонопримац претрпи поуздавајући се у уредно испуњење уговора (*Предвидљива штета*; *Лоза, 77*).

Уговор о поклону неће се, као продаја, третирати као двострани уговор те, због тога, на односе уговарача неће се примјењивати оне правне установе које се тичу: одговорности за материјалне и правне мане, приговор неиспуњења уговора, раскид уговора због неиспуњења, раскид или измјена уговора због промијењених околности, немогућност испуњења као ни посљедице прекомјерног оштећења.

Поклон је, у начелу, неопозив (*нф. 946 А.Г.З.*). Законом се могу, изузетно, утврдити случајеви опозивања поклона (*узимање поклона натраг*; *нф. 566. С.Г.З.*) ОИЗ предвиђа да се и уговором, од стране уговарача, могу утврдити случајеви и услови опозивања поклона (*чл. 487. став 2 ОИЗ*).

### **Престанак уговора о поклону (опозивање поклона)**

Случајеви и услови опозивања поклона могу се утврдити уговором или законом. У литератури се узима, да су, по својој природи, уобичајени поклони, наградни поклони или поклони учињени с добротворним мотивом (сврхом), као и поклони учињени друштвеним правним лицима, неопозиви (*Милошевић, 319*).

Законско право (овлашћење) опозивања поклона, у одређеним

случајевима и под прописаним условима, може да припада поклонодавцу или трећем лицу.

Разлози опозивања поклона леже у његовој природи бестеретног располагања којим се једнострано умањује имовина само једне уговорне стране и у значају *animus donandf-a* и њеног типичног заснивања под утицајем хуманих, човјекољубивих и племенитих мотива. Пошто бивша правна правила начелно не дозвољавају опозив поклона то произилази да је споразумно раскидање поклона немогуће уговорати (*супротно: Перовић, 618*). Сматрамо да се таква ограничења из бивших правних правила и ослонац на њих не само у рјешавању спорова, већ и код конструисања односа не могу узимати у обзир. У примјени на уговор о поклону су, првенствено (и једино) одредбе Општег дијела ЗОО које се заснивају на принципу слободе уговарања или аутономије странака чији је саставни елемент и слобода споразумног раскидања уговора.

а) Опозивање поклона од стране поклонодавца

а/1 - Опозивање поклона због осиромашења поклонодавца

Уколико поклонодавац, након закључења уговора, "тако осиромаша да ни живјети не може" (*нф. 567. став 1. тачка а) С.Г.З.*) има овлашћење да опозове поклон. Мора да се деси осиромашење дародавца (лично овлашћење) а не и других лица која су у каквој правној или фактичкој вези са њим и везана су за његову могућност издржавања. Постоји и законско рјешење по којем поклонопримац није дужан вратити опозивачу предмет поклона, већ је дужан поклонопримцу који опозива поклон плаћати законске камате на поклоњени предмет у случају ако се и поклонопримац налази у истој оскудици са егзистенцијалним средствима. Овим се жели, у недостатку других рјешења, омогућити уговорно издржавање поклонодавца. Касније поклонопримце ова обавеза веже и обухвата онолико поклонопримаца за колико је довољно да се успостави издржавање поклонодавца (*нф. 947. А..Г.З.*).

Основно је правило да се овлашћење на опозив поклона може користити уз услов осиромашења и доказа да нема никакве друге могућности егзистенцијалног издржавања. Уз ова два услова, потребан је трећи, а то је чињеница да се поклоњена ствар или њена вриједност још налазе у имовини поклонопримца. И, четврти услов за истицање овлашћења на опозив је чињеница да и сам поклонопримац није у већој материјалној, егзистенцијалној оскудици од поклонодавца.

Овај посебан случај законског једностраног раскидања уговора није уређен важећим прописима, али се може стипулисати као уговорна клаузула.

а/2 - Опозив поклона због тешке незахвалности обдареног лица

Крајња, велика или груба неблагодарност поклонопримца услов је за раскидање уговора о поклону и коришћење овлашћења на опозив поклона. Сам акт незахвалности може се освијетлити с два аспекта: према једном рјешењу, неблагодарност се састоји у актима вријећања живота, тијела, части, слободе или

имовине поклонодавца (*нф. 567. став 1. тачка б) С.Г.З. и чл. 488. став 1. ОИЗ*). Према другом рјешењу, груба незахвалност подразумијева такав чин повреде тијела или увреде части, слободе или имовине поклонодавца који даје подлогу да се против поклонопримца може покренути какав службени казнени поступак - прекршајни или кривични (*нф. 948А.Г.З.*).

У члану 488. став 2. ОИЗ налази се правно рјешење по којем се чин неблагодарности, да би био законски разлог раскидања уговора, не мора предузети само према поклонодавцу већ и према његовим блиским сродницима (жени или мужу, родитељима или дјечи поклонодавца).

Уколико је предмет поклона предат поклонопримцу он се, након иријема изјаве о раскидању уговора, због незахвалности, сматра несавјесним држаоцем поклона (*нф. 949 А.з.з.*). По овом основу и наслџедници поклонодавца имају право захтијевати опозив поклона уколико се још налази у натуралној вриједности или у имовинској, новчаној протувриједности, у имовини неблагодарног поклонопримца. Опозив се, формално, реализује тужбом за повраћај предмета поклона.

И овај услов једностраног раскидања више није законска претпоставка, али нема сметњи да се стипулише као уговорна клаузула.

а/3 - Опозив поклона усљед развода брака или поништења брака поклонопримца

У принципу, учињени, предати поклон прије или у току брака не враћа се. То се односи на уобичајене поклоне обичне вриједности и који потичу из заједничке имовине брачних другова.

Уколико су поклони несразмјерне вриједности у односу на цјелокупну имовину поклонодавца и ако потичу из његове посебне имовине, тада се, под законским условима, могу захтијевати натраг. Изузетно, и опозив несразмјерно вриједног поклона неће бити могуће истицати, ако би значио очиту неправду за поклонопримца или би га враћање таквог поклона довело у тешке материјалне прилике (*чл. 276. Породичног закона*).

Умјесто отуђеног поклона трећем лицу враћа се новчани или какав други имовински еквивалент примљен приликом отуђења од стране трећег лица. Вриједност се процјењује како је повољније за поклонодавца: или према мјерилу вриједности (нпр. цијени) за коју је поклоњена ствар отуђена или према њеној реалној (прометној) вриједности у моменту отуђења. У случају да је поклоњена ствар отуђена или уништена у злој намјери вриједност поклона, који треба вратити, утврђује се према тржишној вриједности ствари у вријеме враћања.

Правна могућност враћања поклона, из основа развода или поништења брака, постоји и када је утврђујућом одлуком констатовано да је постојао основ за поништење односно развод брака (*члан 277. ПЗ*). Суд утврђује постојање неких од брачних сметњи ради које се брак санкционише ништавошћу (фиктивни брак, брак закључен пријетњом или заблудом, бигамија, неспособност за расућивање, крвно сродство и тазбинско сродство и малољетство) или којег бракоразводног узрока (тешког и трајног иоремећаја брачних односа усљед којег је заједнички живот постао неподношљив, несталости брачног друга или споразума брачних другова). Пошто кривица брачних другова не улази више у

"биће" бракоразводног узрока то ни њено утврђивање није од практичног значаја као што је било по ранијем брачном законодавству (ОЗБ, "Службени лист ФНРЈ", број 29/46).

#### б) Опозивање поклона од стране трећих лица

Законска могућност опозивања поклона дата је и трећим лицима у циљу заштите њихових угрожених правних интереса. Под законом прописаним условима ово право имају: нужни насљедници, издржавана лица и прикраћени повјериоци.

#### б/1 Опозив поклона од стране нужних насљедника

Бивша правна правила грађанских законика давала су могућност нужним насљедницима да опозивају поклоне који прелазе половину њихове имовине (оставине) - параграф 951.АГЗ. Обдареник је дужан уклонити, односно отклонити захтјев за враћањем поклона ако плати недостајући дио у имовини за колико се вријећа нужни дио (*параграф 951. А.л.з. III новела*). Уколико не посједује поклон нити вриједност поклоњене ствари поклонопримац је одговоран само онда ако ју је непоштеним начином уступио (*параграф 952. А.Г.З.*)

Члан 37. Закона о насљеђивању ("Службени лист СРБиХ", број 7/24 март 1980.) прописује да повреда нужног дијела доводи до враћања иоклона. Услов за враћање поклона је таква повреда нужног дијела због које укупна вриједност располагања тестаментом и поклоном премашује расположиви дио. Само нужни насљедници су "ex lege" овлаштени на захтијевање враћања поклона (*члан 43. ЗН*). Код враћања вриједи правило да се касније учињена располагања прва враћају. То значи да се прво смањују тестаментарна располагања ради намирења нужног насљедног дијела. Уколико би смањењем тестаментарног располагања био намирен нужни дио поклони се неби требали враћати. Међутим, уколико би смањењем тестаментарног располагања остао ненамирен нужни дио, поклони би се враћали обрнутим редом од оног редосљеда како су чињени. Поклони учињени истовремено враћали би се сразмјено (*члан 41. ЗН*).

До сазнања о захтјеву за опозив поклона поклонопримац се сматра савјесним држаоцем поклоњене ствари (*члан 42. ЗН*). Право на тражење враћања поклона застарјева за 3 године од смрти оставиоца, односно од правоснажности рјешења о проглашењу оставиоца за умрлог или од утврђивања његове смрти (*члан 44. ЗН*).

#### б/2 - Опозив поклона због прикраћивања вјеровника

Закон о облигационим односима дозвољава да се, уз испуњење општих услова за побијање, побијају бесплатна располагања немарног дужника. У овом случају побијања повјерилац поклонодавца има улогу побијача, а противник побијања је поклонопримац. Предмет побијања је побојна радња, тј. уговор о даровању неуобичајених или несразмјерних поклона. Неуобичајеност и

несразмјерност поклона констатује се упоређивањем њихових предмета и вриједности са друштвеним статусом и материјалном снагом поклонодавца који је уједно дужник побијача.

Предмет побијања не може бити правна радња која се састоји од поклањања уобичајених, пригодних поклона, наградних дарова или дарова из захвалности који су сразмјерни материјалним могућностима поклонодавца (дужника, тј. противника побијања). Побијање се врши побојном тужбом или приговором. Побојна тужба према поклонопримцу застаријева у року од три године од предаје поклона. У ову категорију улазе и повјериоци захтјева за истраживање када дужник обавезе издржавања ову своју обавезу вријеђа тако што умјесто да даје издржавање повјериоцу, чини поклоне трећим лицима и тако осујећује своју обавезу.

## **ВРСТЕ ПОКЛОНА**

Модалитети поклона с обзиром на потребе праксе и рјешења која се јављају потребно је описати и правно квалификовати. Као модалитети уговора о поклону јављају се: узајамни поклон, мјешовити поклон, поклон с налогом и наградни поклон.

### **Узајамни поклон**

Узајамни поклон ће настати ако уговарачи уговоре узајамно обдаривање. Они формирају такав уговорни однос у којем се обје уговорне странс појављују као поклонодавци и њихов споразум раћа обавезе и на једној и на другој страни. Према правној природи ова уговорна форма је комбинација уговора о размјени и уговора о поклону (*Лоза, 87; Милошевић, 318*). Поклон је само вишак који преостане у вриједности након узајамног размјењивања дарова за једног од уговарача, и утврђује се методом обрачунавања вриједности узајамних дарова (*параграф 942. А.Г.З.*).

### **Поклон с налогом**

Поклон с налогом или теретом ("*donatio sub modo*") настаје тако што се уз обавезу предаје поклона, од стране поклонодавца, поклонопримцу стипулише и обавеза иоклонопримца да преузети поклон употрејеби у наложене сврхе. Према правној природи ради се о уговорном ограничавању права својине, јер је кауза поклона да обдареник стекне право својине, као најпотпуније стварно право које обухвата и слободу власника у погледу употребе ствари. Налог о употреби поклоњене ствари, да би произвео иравно дејство и послужио као модификатор уговора о поклону, треба да одговара правним и моралним схватањима и правилима нашег друпгтва. Неизвршавањс налога или поступања супротно налогу може довести до опозива поклона. На испуњење налога поклонопримац се може присилити тужбом. Ова могућност правнс заштите налога одваја налог од услова, као, једног од уобичајених модификатора правних послова. Испуњење услова не може се присилити тужбом, док се испуњење налога може уживати

(Лоза, 86). Поред тога, постојање жеље или сугестије стипулисане уговором не обавезује поклонопримца за разлику од налога који је правно утужив. Поклон с налогом може се формирати и као уговор у корист трећег лица (Радишић, 124).

### Мјешовити поклон

Мјешовити поклон је такав модалитет уговора о поклону који се појављује у симбиози са теретним уговорима о трајном преносу ствари и права (уговор о продаји и уговор о размјени). Поклоном ће се, у таквом послу продаје или размјене, сматрати она разлика која представља јасно одступање од еквивалентне размјене која је уобичајен принцип код теретних уговора. Поклон ће се појавити као већа имовинска корист за једну уговорну страну. Због тога се овај модалитет и назива "пријатељска купопродаја" (Милошевић, 318). Модалитет се своди на то да један дио предмета уговора продавац или размјењивач, који је уједно и поклонопримац, уступа уз накнаду, а остатак предаје бесплатно, без накнаде (Лоза, 87).

### Наградни поклон

"*Animus donandi*" код наградног поклона заснива се на чињењу, давању награде поклонопримца, која се даје из различитих мотива. Дозвољеност мотива састоји се у давању поклона ради признања неком лицу за његове резултате или достигнућа или заслуге (наредба 940. А.з.з.). Наградни поклон неће постојати уколико поклонопримац, из неког постојећег правног основа, може подићи утужив захтјев за наградом (нпр. из основа јавног обећања награде).

Сродност са наградним поклоном, као једним од модалитета поклона, показују и слиједећи модалитети:

"Поклон заснован на моралној дужности - код које је морална дужност, тј. побуда основни разлог чињења поклона, односно обавезивања поклонодавца на предају иоклона. По овој "*diferentii specifiti*" овај модалитет се и разликује од наградног поклона, јер је наградном поклону разлог обећања и давања одређено понашање или држање поклонопримца које заслужује награду од стране поклонодавца;

"Поклон у општекорисне сврхе" је модалитет који се од наградног поклона разликује управо прецизирањем разлога обдаривања поклонопримца. "*Anintus donandi*" је мотивисан неком општекорисном дјелатношћу (Перовић, 607). У ранијем самоуправном правном систему додјелјивање јубиларних награда, из средстава заједничке потрошње, у бившој СРБиХ, било је уређено Друштвеним договором ("*Службени лист СРБиХ, број 10/87*"). Остаје отворено питање законског уређивања регулативе о поклону што би могла бити новела ЗОО по узору на Скицу професора Константиновића или уврштавање предложених рјешења у Грађански законик чије се доношење заговара.

## Четврта глава УГОВОР О ЗАЈМУ

### Појам, значај и карактеристике

Уговором о зајму зајмодавац се обавезује на предају одређене количине зајмљених ствари у посјед зајмопримца, а зајмопримац се, према њему, обавезује да му врати исту количину ствари исте врсте и квалитета (генеричко враћање зајма) након истека уговореног времена трајања уговора. Пошто је предмет зајма генерички одређен, то зајмопримац прима све својинске атрибуте на позајмљеној ствари.

Значај уговора о зајму, у тржишној економији, је доминантан. Зајам је једна од доминантних форми изражавања приватне својине у функцији капитала, јер се без зајма не може замислити предузетништво и покретање било које привредне активности, нарочито када за предмет зајма узмемо новац. Немјерљив је значај зајма и у међународним привредним односима како на плану аутономних трговачких субјеката тако и на међуржавном нивоу.

На грађанско-правном терену највећи значај има позајмљивање новца грађанима, од стране банке, уз одговарајућу камату. Исто тако, грађани међусобно могу улазити у овај облигациони уговор. Овим путем грађани најчешће задовољавају своје потрошачке потребе веће вриједности. Опасност коју овај уговор уноси у међустранички однос лежи у тзв. "зеленашким каматама" и у опасности да се уговор о зајму појави као зеленашки уговор. Зајам је именовани уговор који ствара генеричку облигацију. Циљ зајма је обезбјеђивање кредита ("*causa credendi*").

Карактеристике зајма су: уговор о зајму је консензуалан, у фази закључивања, јер се закључује "*solo consensu*", тзв. простом сагласношћу воља. У погледу форме изјаве воље пред уговараче ■ се не постављају законски захтјеви, те је, с аспекта Закона, уговор о зајму неформалан. Закон о облигационим односима је потиснуо тзв. реалну форму, иако је то историјски иозната форма уговора о зајму. Изузетак, у погледу форме, који Закон захтијева, је писмена форма која се тражи за настанак облигације из уговора о кредиту (*члан 1066. ЗОО*). Зајам је двострано обавезни уговор, јер обавезе леже распоређене код обје уговорне странке. Зајам као грађанско-правни уговор може бити и добротан, али и теретан, зависно од диспозиције странака у погледу уговарања камате или интереса. Као иривредни уговор зајам је увијек теретан.

### **Перфекције уговора о зајму**

Субјекти уговора о зајму су зајмодавац и зајмопримац. Као и сви уговарачи у двостраним уговорима и субјекти уговора о зајму морају имати потпуну пословну способност. Пошто је, по правилу, неформалан уговор, задужница, коју зајмонримац (дужник обавезе враћања зајма) издаје зајмодавцу (повјериоцу), није дио форма саглашавања воља, већ практично доказно средство којим повјерилац доказује да је извршио своју обавезу предаје зајма и да је дужник преузео обавезу да зајмљено врати, након истека рока позајмљивања.

### **Битни елементи уговора о зајму**

Као битни елементи, по Закону, јављају се: одређена количина зајмљивих ствари, вријеме трајања уговора и евентуално камата или интерес. "*Causa*", као најнепосреднији правни циљ или разлог обавезивања на страни зајмопримца, састоји се у прибављању права својине на предмету зајма за уговорено вријеме.

За уговорено вријеме зајмопримац ће задовољавати неку своју економску потребу или интерес и односиће се према позајмљеној ствари као власник. **"Causa"** зајмодаваца се обично састоји од стицања права својине на уговорене камате или интерес.

## **Дејство уговора о зајму (настанак облигације)**

### **а) Облигација у којој је зајмодавац дужник**

Предаја обећаних ствари је основна обавеза зајмодаваца. Обавеза на иредају зајма досијева у уговореном року. Ако рок странке не уговоре зајмопримац својим захтјевом одређује рок предаје зајма. Обавези зајмодаваца одговара повјерљачко право зајмопримца (тражбина) да тражи предају уговорених ствари. Зајмопримчев захтјев на предају ствари застарјева: било у року од три мјесеца од падања зајмодаваца у доцњу са предајом зајма, или, у року од годину дана од закључења уговора о зајму. Зајмодавац као дужник обавезе на предају зајма, неће одговарати ради неизвршења обавезе на предају предмета зајма уколико су лоше материјалне ириликe зајмопримца узрок неизвјесности његове могућности да изврши своју обавезу на враћање позајмљеног, што је фактичко питање. На извршење обавезе може га принудити повјерилац захтјева на предају зајма (зајмопримац) само ако зајмодавцу он лично, или ко други за њега (нпр. јемац) пружи довољно обезбјеђење, што је, такође, фактичко и питање.

Природни састојак уговора о зајму је и јемство за материјалне недостатке. Основно право зајмопримца, из уговора о зајму, своди се на добијање захтјева на накнаду штете која би му, евентуално, настала због постојања материјалног (физичког) недостатка на позајмљеној ствари. Ако је зајам без накнаде одговорност зајмодаваца на накнаду штете услед материјалних недостатака позајмљене ствари јавиће се само ако је зајмодавац био несавјестан (знао је или је могао знати за недостатке, али није о њима обавијестио зајмопримца).

### **б) Облигација у којој је зајмопримац дужник**

Основна обавеза зајмопримца своди се, како смо већ истакли, у појму уговора, на терминско генеричко враћање позајмљених ствари. Ако рок враћања није уговорен, а не може се процијенити ни из околности носла, зајмопримац враћа зајам након што то повјерилац (зајмодавац) од њега затражи. Примјереност овога рока одређена је Законом на два мјесеца од истицања захтјева (тражења) повјериоца. Закон одређује да, у ситуацији када предмет уговора о зајму није новчани износ, свота новца, а уговори се да се умјесто позајмљене ствари, може вратити њен новчани еквивалент, зајмопримац има факултативно овлашћење да своју обавезу враћања зајма испоштује или враћањем новчаног еквивалента, али и могућношћу враћања позајмљених ствари. Ради се о законском уређењу факултативне облигације и стиулисана **"*facultas alternativa*"**, за сваки уговор о зајму код кога се уговара враћање новчаног еквивалента позајмљене ствари. Можемо рећи да је ова **"*facultas alternativa*"** природни састојак сваког уговора о зајму који садржи клаузулу о могућности враћања новчаног еквивалента умјесто позајмљене ствари.

## **Престанак зајма**

Зајам престаје као и сваки други уговор, првенствено, испуњењем облигација које су, на основу уговора, настале. Могући начини престанка уговора, према општим правилима уговорног права, су поништење или раскидање. Закон предвиђа двије ситуације када зајмопримац стиче онцију да угаси уговор о зајму прије истека уговореног рока. Зајмопримцу закон даје право на одустанак од уговора. Одустати од уговора зајмопримац може прије него што зајмодавац заиочне извршавати своју обавезу на нредају позајмљене ствари. Овдје се види поријекло зајма као реалног уговора, јер прије предаје зајма, настанком саме обавезе на предају зајма, још увијек странке имају слободу једностраног изласка из уговорног односа. Значи да је негирање реалне форме, као концепције законодавца, изузетно, код уговора о зајму, из традиционалних и практичних разлога, како би се избјегло комиликовање дужничко-иовјерилачког односа који зајмопримац, већ на иочетку, није у стању да поштује и чега је свјестан.

Други случај, када Закон даје право зајмопримцу да угаси уговор, супротно уговореном садржају, јесте могућност или овлашћење зајмопримца да врати зајам прије истека уговореног рока враћања зајма. Услов или претпоставка за вршење овог овлашћења зајмопримца, на превремени престанак уговора, је обавјештавање зајмодавца о намјери коришћења овог овлашћења. У оба ова случаја коришћења овлашћења зајмопримца на пријевремено раскидање уговора о зајму (законско једнострано раскидање уговора) зајмопримац остаје у обавези да накнади зајмодавцу евентуално насталу штету.

## **МОДАЛИТЕТИ УГОВОРА О ЗАЈМУ**

### **Намјенски зајам**

Као битан елеменат уговора о зајму, по сагласности воља странака, може се утврдити одређена, посебна намјена или сврха у коју се могу утрошити позајмљене ствари. ЗОО намјенски зајам дефинише као позајмљивање новца, што не значи да се сагласношћу воља уговарача не може формирати обавеза зајмопримца на намјенско коришћење позајмљеног новца. Као честа форма намјенског зајма у пракси се појављује инвестициони зајам. Инвестициони зајам је уговор у којем се зајмопримац обавезује да иредмет зајма употреби за инвестиције, нарочито у иривреди. У овом модалитету уговора као зајмодавци се, најчешће, јављају банке, а зајмопримци су иредузетници. Избор уговарача могуће је извршити тек након расписаног и завршеног конкурса, како би се могао изабрати најсолиднији зајмотражилац с обзиром на могућност реализације инвестиционог пројекта. Када зајмопримац тражи зајам, он се јавља у улози ионудиоца. Ако банка одобри зајам настаће предуговор који обавезује на закључење главног уговора о зајму. Поред уобичајених елемената уговора о зајму, као што су: укупни износ зајма, отплатне рате (висина и доспјелост), рок враћања и намјена; у уговор о намјенском зајму треба унијети још двије клаузуле: право зајмодавца да контролише улагање средстава у инвестицију и казнене санкције због протууговорног ненамјенског употребљавања зајма (уговорна казна, право на раскид уговора и посљедице раскида).

## Уговор о кредиту

Уговор о кредиту ЗОО нормира у оквиру банкарских послова. У односу на основни модел уговора о зајму, код уговора о кредиту зајмодавац је банка; предмет уговора је искључиво сума новца; уговор је увијек наплатан (онерозан) и формалан, јер се мора закључити у писменом облику да би произвео иравно дејство.

### Пета глава

## УГОВОР О ЗАКУПУ

### Појам закупа (значај и карактеристике)

Уговором о закупу обавезује се једна страна (закуподавац) да преда одређену ствар другој уговорној страни (закупцу) на употребу или коришћење, а закупца се обавезује да плаћа закуподавцу закупнину за одређено вријеме трајања закупа.

Закон о облигационим односима подразумева под термином "употреба" како употребу у смислу најма (њем. *"Miete"*) тако и уживање са овлашћењем на прибирање плодова, односно искоришћавање закупљене ствари радом, уз прибирање плодова (њем. *"Pacht"*). Иначе, према њемачкој правној терминологији и систематици, *"Miete"* је уговор о најму док је *"Pacht"* уговор о закупу који подразумева не само употребу већ уживање ствари, коришћење ствари са прибирањем плодова на закупљеној ствари. У смислу обима и квалитета овлашћења *"Pacht"* је шири и свеобухватнији однос него што је то *"Miete"*, јер обухвата преношење више власничких атрибута, изузев права располагања са закупљеном ствари. Отуда се, и даље, разликује правни положај закупца од правног положаја власника (закуподавац). Наше специјално законодавство уређује посебне врсте закупа на које се неће примјењивати одредбе Главе XI ЗОО. То су закупци стана, пословних просторија или пољопривредног земљишта. Општи дио ЗОО примјењиваће се и на ове специјалне форме закупа.

Значај уговора о закупу је велик. Њиме се постиже да се без куповине прибаве неопходне економске функције закупљених добара. Субјекти, лица у праву, који нису у стању, због своје економске немоћи, прибавити за себе ствари и добра веће вриједности, нужно ће се користити овом економском и правном формом. Поред тога, овом уговорном формом ће се користити и лица довољне економске снаге када им потребна добра нису неопходна у трајном притежању које се постиже куповном каузом. Најраширенији правно-економски облик закупа је закуп некретнина, које су, иначе, по својој природи, традиционално али и савремено, ствари веће вриједности чије искоришћавање представља повремен и привремен интерес закупца. Њихова прометна вриједност је велика, али прибављање њихове употребне вриједности, на одређено вријеме за приступачну цијену (закупнину), закупном уговорном формом, омогућено је широком кругу грађана.

Закуп је однос сличан зајму због уступања ствари на одређено вријеме, с том разликом што се код зајма на позајмљеним стварима стиче јаче право (право

својине), а закупац стиче само право употребе или (и) право коришћења. То не значи да је правни положај закупца слаб, јер закупац ужива и стварно-правну, државинску заштиту. Отуда и колебање у правној теорији, да ли је закупчево право, односно збир овлашћења која стиче уговором о закупу, само облигационо-правног карактера или је и стварно- правне природе.

Закуп је консензуалан и неформалан уговор. Изузетак су закупни уређени специјалним прописима. Закуп је двостран и теретан уговор. Сагласност о битним елементима, тј. перфекција закупног уговора наступа када се субјекти сагласе о ствари која се издаје у закуп и закупници. Као битни елемент, по вољи странака, најчешће се тражи постизање сагласности о времену трајања закупног односа.

### **Дејство закупа**

Основно дејство закљученог уговора о закупу своди се на стварање облигација и то двострано обавезних (синалагматичних). Под дејством ћемо изложити садржај ових облигација с аспекта обавеза које из тих облигација произилазе, како за закуподавца тако и за закупца.

### **Дужничке обавезе закуподавца**

Предаја ствари, одржавање ствари и одговорност за материјалне и правне недостатке основне су обавезе закуподавца којима одговарају корелативна права, односно овлашћења закупца, захтијевање извршавања ових обавеза, јер је у односу на обавезе закуподавца, закупац повјерилац.

а) Закуподавац дугује закупцу, након перфекције уговора, предају ствари у исправном стању. Исправно стање ствари постоји ако је она у стању које је уговорено, а ако се странке, по том питању, нису споразумјеле, исправно стање индицирано је сврхом (циљем) у коју ће се закупљена ствар употребљавати (користити).

б) Закуподавац је обавезан, за вријеме трајања закупног односа, закупни објект одржавати у исправном стању. Одржавање ствари у исправном стању подразумијева предузимање потребних радњи, како би се закупљена ствар одржала, за читаво вријеме трајања закупног односа, у исправном стању. Ради се о тзв. инвестиционом одржавању које обухвата крупније оправке, јер оне ситније падају на терет закупца. Закуподавац неће моћи од перфекције уговора, без пристанка закупца, вршити измјене на закупљеној ствари уколико то омета употребу ствари.

в) Закуподавац, пошто на закупца преноси употребу и коришћење, одговара за недостатке који ометају фактичко, економско искоришћавање или употребу закупљене ствари. Одговорност за материјалне недостатке обухвата оне недостатке који сметају уговорену или редовну употребу ствари као и за недостатке својстава или одлика ствари које су изричито или прећутно уговорене. Закуподавац одговара за све недостатке, ако је изреком тврдио да ствар нема недостатака. Недостатак на закупљеној ствари треба да је знатан, јер се недостаци мањег значаја не узимају у обзир у остваривању права. Недостатак

мора да је и скривен. Закуподавац не одговара за видљиве недостатке, који су му били познати или му нису могли остати непознати. Закуподавац одговара ако је услед његове кривице (крајње непажње) недостатак остао непознат закупу. Природни састојак уговора, о одговорности закупца за материјалне недостатке, може се уговором искључити или ограничити.

Закуподавац одговара закупу тако што овај има право да захтијева раскидање уговора или снижавање закупнине. Поред тога, ако предаја о року није битни састојак уговора, а недостатак на ствари се не може отклонити, купац може захтијевати или отклањање недостатка, у примјереном року, или снижавање закупнине. У сваком случају купац има право и на накнаду штете према општим правилима за накнаду проузроковане штете. Реализација ових права закупца зависи од благовременог обавјештења закуподавца по уоченом недостатку. Посљедица неблагоприятног обавјештавања резултира губитком права на накнаду штете.

Правни недостатак постоји ако треће лице (ван уговорног односа) истиче своје право и постави захтјев закупу да на закупљеној ствари или неком њеном дијелу врши неко овлашћење, или ако у том циљу, самовласно, одузме ствар од закупца. Купац је, о томе, дужан обавијестити закуподавца, да не би одговарао за евентуално проузроковану штету. Уколико евинцент (треће лице) евинцира (одузме) ствар и на тај начин успије да оствари потпуну евикцију, уговор о закупу се раскида, **"ipso iure"**, те остаје међу њима само обавеза закуподавца да надокнади насталу штету. Ако је евикција само дјелимична, купац има право избора: или да раскине уговор или да захтијева нивелацију, снижење закупнине. У свакој од ових алтернатива остаје му право на накнаду штете, ради повреде облигације.

### **Дужничке обавезе закупца**

Обавезе закупца свODE се на обавезу да ствар употребљава онако како је уговором одређено и да плаћа закупнину у одређеним оброцима и временским одсјецима и да, након истека уговореног времена трајања закупа, врати закуподавцу, његову ствар. Корелативно овим обавезама закупца су овлашћења закуподавца која се могу претворити у захтјев да купац ствар употребљава саобразно уговору, да наплаћује закупнину и да преузме ствар од закупца по престанку уговора.

а) Употреба закупљене ствари саобразно закупном уговору Законом је уређена као употреба ствари у складу са стандардом доброг домаћина. Супсидијарни диспозитивни критеријум, када у уговору није ништа прецизније одређено, јесте употреба ствари примјерена њеној намјени. Употребљавање ствари од стране закупца несаобразно уговору или ненамјенски може довести до штете и одговорности закуица за проузроковану штету. Отказ уговора о закупу је најјача цивилно-правна санкција према закупу када и он, и поред опомене, несаобразно уговору или ненамјенски, употребљава ствар или пропушта своју обавезу одржавања ствари. Купац, у правилу, сноси ситне оправке које су изазване редовном употребом и коришћењем ствари. Ако било коју од ових обавеза купац не испуњава, закуподавац има овлашћење да му откаже закупни

однос и без остављања отказног рока.

б) Плаћање закупнине купац врши у уговореним или законским роковима или према обичајима мјеста у којем је ствар предата закупцу. Ако не постоје наведени критеријуми за одређивање времене плаћања, закупнина се плаћа полугодишње, ако је у питању једногодишњи или вишегодишњи закупни однос, а ако је вријеме трајања односа краће од годину дана, закупнина се плаћа по истеку уговореног времена. Неплаћање закупнине санкционисано је отказом (једностраним раскидањем уговора). Отказ наступа ако купац не исплати неплаћену закупнину 15 дана по опоми датој од закуподавца. Ради се о наступању раскида уговора према правилу које важи код уговора са фиксним роком (*члан 126. став 3. у вези са чланом 125. ЗОО*).

в) Обавеза враћања ствари, узете под закуп, обухвата обавезу чувања закупљене ствари, до враћања, и њено враћање у неоштећеном стању. Ствар ће се сматрати неоштећеном уколико је само истрошена њеном редовном употребом као и ако је изгубила на вриједности усљед дотрајалости. Купац је дужан да закупљеној ствари врати првобитни изглед и својства. Другим ријечима, мора је вратити у стање у којем је била кад му је предата на коришћење. Купац има право одвајања додатака који се могу одвојити без њеног оштећивања (*"ius tollendi"*). Уговарачи се могу споразумјети да закуподавац задржи додатке на ствари, ако надокнади њихову тржишну вриједност. Диспозитивно је правило да се ствар враћа у истом мјесту у коме је и предата. То правило омогућује да се другачије, па и потпуно супротно правило може уговорити (примјер: враћање возила у уговору о *"rent-a-car"* закупу).

### **Дејство уговора о закупу према купцу (новом власнику) предмета закупа**

Закуп објашњен као "продаја употребе ствари", подразумијева да је закуподавац у доминирајућој правној позицији у односу на закупца. Наиме, он је власник ствари и остаје власник и за вријеме трајања закупа и као власник задржава најјачи својинско-правни атрибут, а то је овлашћење да располаже са својом ствари. Предајом ствари у посјед закупцу он губи важне својинско-правне атрибуте, обухваћене овлашћењем на употребу, односно коришћење ствари, али овлашћење да располаже својом ствари не губи. Оно му остаје. Пошто му то овлашћење остаје он може закупљену ствар правним пословима отуђивати трећим лицима. Поставља се проблем шта такво отуђивање значи у односу на постојећи, успостављени облигационо-правни, закупни однос? Закупни однос је успостављен између закуподавца и закупца. Какав је утицај новог власника закупљене ствари на успостављени облигациони однос и да ли он преузима сва својинско-правна овлашћења од ранијег власника (закуподавца)? Проблем се своди на то да ли продаја "руши" закуп (њем.: *"kauf bricht Miete"*). Ово је значајно правно питање, јер нови власник, као носилац права својине, има јаче право од закупчевог права коришћења и сигурно је да му купац онемогућује сва својинска овлашћења која је он, уговором о купопродаји, стекао. Ово правно питање се не може ријешити примјеном искључиво строге правне логике по којој би, власник, као носилац апсолутног и најјачег права, могао "рушити" закупни

однос и стицањем права својине отказати даље коришћење закупљене ствари. Пошто је закуп, у социолошком смислу, правна установа са значајним социјалним конотацијама, а закупци су, обично и често, у тежем социјалном положају, то законодавац када рјешава њихов правни статус, у овој ситуацији, мора бити обазрив, а никако искључив. Закон о облигационим односима је дао двојачко рјешење овог проблема, у зависности од чињенице да ли је ствар отуђена новом власнику, од стране закуподавца, послије предаје у државину закупца или је отуђена трећем, прије предаје закупцу. Ако је ствар отуђена новом власнику прије него што је предата у државину закупцу, тј. предата је прибавиоцу, новом власнику, а не закупцу, прибавилац ступа на уговорну позицију закуподавца и преузима његова права и обавезе према закупцу (законски случај уступања уговора), само ако је у часу закључења уговора о отуђењу ствари знао за постојање перфектуираниг закупног односа. Уколико то није знао, те је постао савјесни прибавилац, није дужан ступити у закупни однос и предати ствар закупцу. Закупац, због тога, може само тражити накнаду штете од закуподавца ради изневјеравања уговорних очекивања из уговора који се изјаловио.

Закупац стиче јачу правну позицију уколико је отуђена ствар, прије отуђења, њему предата у државину. У таквој правној и фактичкој ситуацији прибавилац (нови власник) ступа у правну позицију закуподавца. Прибавилац закупљене ствари тада нема овлашћење отказивања закупног односа до истека уговореног времена, а ако вријеме није уговорено не може захтијевати своју ствар прије него што истекне примјерен отказни рок. Прибавилац има сва права и обавезе закуподавца с тим да му извршавање обавеза закупца јамчи преносилац (ранији закуподавац) као солидарни јемац. Прибавилац ствари предате у закуп има право на закупнину од првог наредног дана. Значи да је законодавац ЗОО питање отуђења закупљене ствари уредио аналогно старом правилу *"prior tempore potior iure"*.

## **Престанак закупа**

а) Уговор о закупу, са одређеним временом трајања (било по вољи странака или по вољи закона), престаје протеклом времена на који је закључен или протеклом законом одређеног времена трајања односа. Прећутно обнављање закупа јавља се у ситуацији када, по протеклу одређеног времена трајања закупног односа, закупца продужи да употребљава ствар, а закуподавац се том искориштавању ствари, од стране закупца, не противи. Законска је фикција да је тада закључен НОЈВ уговор о закупу, али сада са неодређеним временом трајања, под истим условима као и претходни.

б) Уговор о закупу, закључен на неодређено вријеме, престаје отказом. Отказно право има свака страна уз поштовање отказног рока. Отказни рок се уређује уговором или законом или мјесним обичајима. Ако се по предњим критеријумима не може одредити отказни рок, диспозитивно је правило да отказни рок износи осам дана и да се отказ не смије дати у невријеме.

в) Поједини случајеви отказа, уз испуњење законом утврђених услова (законско једнострано раскидање уговора), су:

- закупца има право отказати закупни однос ако је употреба ствари

опасна по здравље. Тада закупац није обавезан чекати истек отказног рока, што је, само по себи, разумљиво;

- закупац има право отказати уговор, уз поштовање законског отказног рока, ако усљед отуђења закупљене ствари права и обавезе пређу са закуподавца на прибавиоца;

- закуподавац може отказати закуп ради неплаћања закупнине када ову закупац не исплати ни у року од 15 дана по опомени;

- закуподавац може отказати уговор, без давања отказног рока, ако закупац, и послије опомене, употребљава ствар противно уговору или противно намјени ствари или запушта одржавање ствари, те предстоји опасност од наступања знатније штете;

- закупац може једнострано раскинути уговор, према законским правилима, када ствар има материјални или правни недостатак;

- закупац може раскинути уговор, због оправки које предузима закуподавац, којима га омета, у знатној мјери и у дужем временском трајању, да употребљава или користи ствар;

- закуподавац може отказати уговор ако је закупац дао ствар у подзакуп, без дозволе закуподавца;

- закуп престаје и ако закупљена ствар потпуно пропадне усљед више силе. Уколико је ствар дјелимично уништена или само оштећена закупац може, алтернативно: да раскине уговор или остане у закупном односу, уз бонификацију закупнине.

## **МОДАЛИТЕТИ УГОВОРА О ЗАКУПУ**

### **Уговор о подзакупу**

Закон о облигационим односима је увео слободу подзакупа. То значи да закупац има законско овлашћење да закупљену ствар да трећем лицу у закуп или му је по ком другом правном основу (нпр.: послуга) да на употребу. Једини предуслов, за ову слободу располагања закупљеном ствари, од стране закупца, је да се тим издавањем не наноси штета закуподавцу. Ово је веома широка формулација тако да закуподавац може оспоравати или тражити накнаду штете од закупца у сваком случају када закупац закупљену ствар да у подзакуп, под повољнијим условима (већа закупнина и др.). Закупац је законски јемац закуподавцу, којем јемчи да ће подзакупац употребљавати ствар саобразно основном уговору о закупу. Уколико је, уговором о закупу или законом, утврђено да закупац мора тражити дозволу од закуподавца за издавање ствари у подзакуп, закуподавац може одбити дати дозволу само из оправданих разлога. Закуподавац може отказати уговор о закупу ако је закупац дао ствар у подзакуп без претходно добијене сагласности (дозволе) закуподавца.

Закупац и подзакупац су, у односу према закуподавцу, за наплату његових потраживања из основног уговора о закупу, солидарни дужници. Пошто подзакуп дијели судбину главног, закупног односа то подзакуп престаје, но самом закону, када престане и закуп.

## Закуп уређен посебним прописима

Као посебни прописи, који су уређивали, специфичне, закупне односе, у бившем законодавству федералних јединица, у бившој СФРЈ (а са продуженом важношћу у Републици Српској према члану 12. Уставног закона...) сматрани су: Закон о стамбеним односима, Закон о пословним зградама и просторијама, и Закон о искоришћавању пољопривредног земљишта.

Према законодавству о стамбеним односима, на становима у друштвеној својини, под условима и на начин предвиђен законом, било је могуће, на основу акта (рјешења) даваоца стана на коришћење, уговора о коришћењу стана и усељења овлашћеног лица, у законском року, стећи "станарско право". Станарско право је омогућавало (и још увијек омогућује, ако није извршен откуп друштвеног стана од стране носиоца станарског права) трајно и несметано коришћење стана тзв. носиоцу станарског права и члановима његовог породичног домаћинства чији је круг одређен истим законом. Без обзира што се ово, јако, право, у ранијем периоду, уставом гарантовано, стиче и посредовањем уговора о коришћењу стана, уговор о коришћењу стана нема онакво дејство какав је случај код уговора о закупу и уопште како дејствују уговори облигационог права. То значи да уговор о коришћењу стана нема облигационо-правно дејство, не ствара облигациони однос (иако се у њему препознају неки елементи слични елементима облигационог односа); није подвргнут општим, а ни посебним правилима облигационог права садржаним у Закону о облигационим односима, већ је регулисан посебним правилима стамбеног законодавства која су императивно-правне природе (императивне норме *"ius coe gens"*). Уговор о коришћењу стана је нужан елемент чињеничног склопа везан за законито стицање станарског права. Уговор о коришћењу стана је формално-правни акт легитимисања носиоца станарског права ради примопредаје стана и омогућавања да, након закључења уговора, усели у додијељени стан. Уговором о коришћењу стана успоставља се читав низ права и обавеза носиоца станарског права у односу према организацији за газдовање стамбеним зградама у друштвеној својини. У обавезе носиоца станарског права нарочито спада: уредно плаћање станарине и текуће одржавање стана, заједничких просторија и уређаја у стану и згради, док се организација за газдовање обавезује на инвестиционо одржавање стана. Однос између носиоца станарског права и организације за газдовање стамбеним зградама је, претежно, "техничке" природе. Станарско право је посебно субјективно право (*sui generis*) које је непреносиво и неотуђиво, везано је за радни однос у погледу стицања и трајања. Међутим, оно што је карактеристично јесте да оно не дјелује у потпуности *"erga omnes"*, као стварно право, већ је са дејством *"inter partes"*, као закупчево право коришћења и престаје отказом, што није типично за стварна права. За разлику од отказа закупног односа као и раскидања двостраних облигационих односа, отказ уговора о коришћењу стана даје давалац стана или организација (заједница становања) носиоцу станарског права тужбом надлежном суду. Претпоставке које суд мора да цијени, да би пресудио гашење станарског права, утврђене су законом. Давање отказа је факултативно и зависи од воље овлашћених лица. Давалац или заједница становања "могу" дати отказ ако се испуни која од законских претпоставки, као што су:

- ако носилац станарског права и остали корисници наносе штету стану или заједничким просторијама скривљеним противправним понашањем;
- ако не плаћа станарину и друге трошкове из неоправданих разлога дуже од три мјесеца;
- ако користи стан безобзирно и омета друге странаре у мирном коришћењу;
- ако, супротно општинском пропису, издаје или користи стан у пословне сврхе;
- ако стан, противно општинском пропису, претвара у пословни простор;
- ако противзаконито издаје стамбени простор (цијели стан) подстанарима, и
- ако врши фиктивну замјену станова.

Да би из ове групе отказних разлога суд поступао, тужитељ мора, у прва три набројана узрока, претходно опоменути носиоца станарског права и дати му рок да усклади своје понашање и почне извршавати своје обавезе. Поред овога, у свим набројаним отказним разлозима или узроцима, осим у последњем, тужитељ је дужан обезбиједити туженом "нужни смјештај", а у случају, по реду набрајања, петом, "одговарајући стан". Ако се, као отказни разлог, појављује неплаћање станарине, отказ се не може утужити, ако је носилац станарског права привремено незапослен и за то вријеме прима социјалну помоћ. Посебни отказни разлог је некориштење стана дуже од шест мјесеци. Овај отказни разлог суспендује оправдавајуће околности као што су: ако се носилац станарског права налази на одслужењу војног рока, старачком или пензионерском дому, на издржавању казне или мјере безбједности или је од стране овлаштене организације послат на рад у друго мјесто, у земљи или иностранству. Отказ се може утуживати и у случају престанка радног односа, изузев када носилац станарског права десет година користи исти стан или ради исто вријеме у колективу даваоца или има укупно двадесет и пет година радног стажа, а од тога пет година у колективу организације даваоца или му је брачни друг испунио ове услове. Осим тога, отказати стан ради некоришћења не може се утужити ако је носилац изабран на неку јавну или друштвену функцију ради чега му радни однос у организацији даваоца мирује.

Из овог излагања можемо лако уочити да постоји велика разлика између раскидања облигационог уговора вансудским изјављивањем воље, у поређењу са вишеструко условљеним отказивањем стамбеног односа. Ово из разлога што је филозофија задовољавања стамбене потребе радника и радних људи схваћена као основно социјално-класно питање социјалне државе.

С друге стране, власници станова на којима није стечено станарско право могли су слободно издавати своје станове у закуп грађанима. Уговор о закупу се могао закључити на одређено вријеме, најкраће на годину дана, са лимитираном закупнином и отказним роком од најмање три мјесеца и са ограниченом слободом отказивања закупног односа, под оним законским разлозима или узроцима, које смо већ навели, код излагања о отказивању уговора о коришћењу стана, у прве четири тачке. Ради се о "посебном закупу" који садржи тзв. "социјалне клаузуле" ради тога што је становање социјално-економска категорија а не искључиво економска која би се могла регулисати као имовинско-правни

однос. Овакав приступ становању и најму, односно закупу станова је присутан и у најразвијенијим капиталистичким земљама те је и њихово стамбено законодавство, из истих разлога, "*lex specialis*", подвргнут императивним нормама у далеко већој мјери него што је то случај са уговорима облигационог права.

Уговор о закупу пословних просторија је уговор којим се закуподавац, у писменој форми и законом прописаним садржајем, обавезује да уступи закупцу одређену пословну просторију; да му овај за уступљену просторију плати закупнину и да се уговорни однос оконча протеком уговореног рока, или, ако рок није утврђен, на основу судског отказа од стране закуподавца или одустанком закупца. И ова тужба, за отказ, је условљена законским отказним разлозима (узроцима), који су садржани у сљедећим чињеницама:

- ако купац поступа супротно уговору или скривљено наноси знатнију штету закупљеним просторијама;

- ако не плати доспјелу закупнину ни у року од два мјесеца након опомене, и

- ако су, закуподавцу, из оправданих разлога, постале неопходне закупљене просторије.

Ако суд утврди, из навода тужбе и приложеног уговора, да закуподавац има услова да му се усвоји тужбени захтјев и да је одржан уговорени или законски отказни рок издаће "налог" закупцу да, до истека отказног рока, пословну просторију преда закуподавцу или да у року од осам дана од достављања налога поднесе истом суду "приговор" против налога. Овим приговором отказни судски поступак претвара се у редовни парнични поступак, у којем купац заузима положај туженог, а закуподавац положај тужиоца. Ако се ради о одустанку закупца од уговора о закупу пословних просторија, суд неће издати налог него ће закуичев одустанак доставити, прослиједити, закуподавцу. Грађани су, као власници пословних просторија, имали право, према раније важећим прописима, издавати у закуп пословне просторије чија површина није прелазила 70 м<sup>2</sup>, и то, док су спријечени да самостално обављају дјелатност у тим просторијама. Послије смрти власника пословне просторије право на издавање у закуп прелази на његовог брачног друга ако је исти незапослен; његову малолетну дјецу на редовном школовању или дјецу неспособну за рад. Очито је овакво нормирање идеолошки мотивисано ради ограничавања функције својине као капитала и онемогућавања грађана да се евентуалним рентирањем капиталског добра не обогате и тако угрозе социјалну слику егалитарног друштва. То, са имовинско-правним облигационим односима, нема органске везе и појављује се само као јавно-правно ограничавање слободе уговарања.

Сличном, идеолошком, мотивацијом ограничавано је давање у закуп пољопривредног земљишта. У закуп се могло издавати само пољопривредно земљиште на којем је конституисано право својине, док давање у закуп пољопривредног земљишта у друштвеној својини није предвиђено Законом о заштити и искоришћавању пољопривредног земљишта. О давању у закуп пољопривредног земљишта аутономно одлучује сопственик земљишта. Међутим, ако га сам не обрађује, због иривредног и друштвеног значаја, земљиште му се може ставити под принудну управу (секвестар). Пољопривредне организације, које су биле титулари друштвене својине или тзв. друштвена правна лица, имају

право пречег закупа на којем постоји право својине. Власник пољопривредног земљишта може га дати у закуп физичком лицу тек ако га не узме иољопривредна организација у року утврђеном општинским прописом. Уговор о закупу иољопривредне површине, закључен са физичким лицем, биће ништав ако понуда о давању у закуп није била истакнута на општинској (мјесној) огласној табли или ако је земљиште дато у закуп физичком лицу под повољнијим условима него што је то било оглашено у јавној понуди. Пољопривредна организација неће имати "право пречег закупа", нити ће закуподавац моћи слободно понудити закључење уговора било ком лицу (слобода избора лица) без истицања јавне понуде, ако је:

- позван на одслужење војног рока, или

- усљед болести, изнемоглости и неспособности није у могућности да сам земљиште обрађује.

Земљиште дато у закуп може се само намјенски користити за пољопривредну производњу. Ако се све ове законске претпоставке испуне може се приступити перфектуирању уговора о закупу пољопривредног земљишта на којем постоји право својине грађана. Уговор о закупу пољопривредног земљишта закључује се у писменој форми или усменом сагласношћу, изјавама уговарача датим на записник пред надлежним органом. Уговором се ствара дејство по којем се носилац права својине, на пољопривредном земљишту (закуподавац), обавезује да уступи пољопривредној организацији или физичком лицу (тзв. индивидуалном пољопривредном произвођачу) само до законског максимума пољопривредног земљишта, колико се могло имати у својини, јер ако би се прешао законски максимум уговор би био без правног дејства) ради пољопривредне производње.

Закупац дугује закупнину и враћање посједа земљишта након протеча уговореног рока. Као битни дијелови уговора који, морају бити унесени у уговорно писмено, наводе се: катастарске ознаке земљишта, висина, врста и начин плаћања закупнине и вријеме трајања закупа. Као елемент уговорне форме предвиђено је и подношење једног примјерка уговорног писмена, у року од петнаест дана, након перфекције уговора, надлежном општинском органу управе.

## Шеста глава

### УГОВОР О ПОСЛУЗИ

#### Појам, значај и карактеристике

Уговором о послузи (посудби, "*comodatum*") послугодавац уступа на бесплатну употребу (или коришћење) одређену ствар послугопримцу, а послугопримац се обавезује да му исту ствар врати по истеку одређеног времена (*члан 265. ОИЗ*). Према старим правним правилима у дефиницију послуге улазило је само посуђивање непотрошене ствари (*параграф 971. А.Г.З.; параграф 582. С.Г.З.*)

Према старим правним правилима (*параграф 971. А.Г.З.; параграф 582. С.Г.З.; чл.265. ОИЗ*) послуга је реалан уговор и једнострано обавезан. Акт предаје

ствари (*res*), код овог уговора, пада у вријеме закључења (перфекције) уговора, а не у фази извршења уговора како то модерна консензуалистичка доктрина захтијева. Уколико би се послуга, у позитивном праву и савременом законодавству, *de lege ferenda*, конципирала као консензуални уговор (што је савремена догма модерног законодавца) тада би и послуга била двостран уговор (иако не и теретан), јер би обавеза послоодавца, на предају ствари, и остала његова дужничка обавеза из уговором створене облигације. Иако параграф 971. А.г.з. не дозвољава да простом сагласношћу, без предаје ствари, настане послуга, обећање послуге и по том правном режиму, обавезује обећаваоца. У литератури се узима да и реални уговор о послуги може створити обавезе на страни послоодавца и да се тада послуга иретвара у "*contractus bilaterales inaequales*" (Ђуровић-Драгашевић, стр. 255 и тамо наведена литература). Послуга је увијек добротин уговор и послоодавац неће гарантовати послоопримцу за правна и физичка својства ствари. Послуга је трајан уговор и вријеме трајања послуге је битан елемент уговора, од правног интереса за послоопримца. Послуга је и уговор "*intuitu personae*", јер послоодавац повјева своју ствар бесплатно, на употребу и уживање, а послоопримац не може исту ствар дати даље у (под)послугу - по аналогији са подзакупом.

Послуга има перманентан значај у свакодневним односима између грађана. То је један вид пријатељских правних односа. Због концепције, коју је имао законодавац, у вријеме доношења ЗОО, послуга је испуштена из систематике Закона.

Због таквог савременог стања законске регулативе, и упркос традиционалном третирању послуге као именованог уговора, послугу морамо сматрати неименованим уговором и сагласно својим карактеристикама вршиће се тумачење правних односа које давање ствари или уговарање давања ствари у сврху послуге ствара, сагласно начелима и правилима општег дијела Закона о облигационим односима.

### **Закључење (перфекција) уговора о послуги**

Субјекти уговора о послуги се називају: послоодавац (посуђивач, комодант) и послоопримац (посудитељ, комодатар). Међусобни односи субјеката означавају се као "*intuitu personae*", јер се ради о пријатељској, бесплатној услузи.

Битни елементи послуге су: предмет употребе и вријеме трајања употребе.

Предмет употребе (предмет послуге) може бити свака индивидуално одређена ствар. То могу бити покретне и непокретне ствари, у правилу непотрошне (параграф 971. А.г.з.; параграф 582. С.г.з.), али и потрошне ствари ако се уговори њихово индивидуално враћање. Туђа ствар, такође, може бити предметом послуге, јер се уговором не преноси право својине. Предмет послуге могу бити и одређена лично-имовинска права као што је нпр. ауторско право (Ђуровић-Драгашевић, 255. и тамо наведена литература).

Вријеме трајања послуге одређује се уговором или околностима (сврхом) послуге. Правно дејство послуге даје послоопримцу овлашћење бесплатне употребе (параграф 976. А.г.з.; параграф 587. С.г.з.). Послуга се не може

једнострано опозивати, раскидати од стране послугодавца. Уколико вријеме трајања уговора о послузи није одређено, и није одредиво (не може се одредити из природе посла, циља или околности) тада недостаје један битни елемент уговора и тако настали однос није послуга. Тада ће се радити о тзв. "измољеној послузи" или "прекаријуму". Према параграфу 974. А.Г.З. прекариј престаје по захтјеву прекарите. Овакав подтип уговора о послузи дио је свакодневног живота, премда поједини правни ауторитети сматрају да се прекариј мора изричито уговорити, те да послуга, с пуним правним дејством, може настати и без сагласности уговарача о времену трајања односа. И тада би се радило, по њима, о послузи, а не о каквом прекаријуму, само што би то тада била послуга са ограниченим трајањем, примјереним уговореној или сврсисходној употреби посућене ствари (*Ђуровић-Драгашевић, стр. 256. и тамо наведена литература*). Послугоиримцу се, у уговору о послузи, увијек признаје право, да у свако доба, врати ствар послугодавцу и тако једнострано раскине уговор, с тим да таквим иступањем из уговора не нанесе штету послугодавцу (*параграф 977. А.Г.З.; параграф 588. С.Г.З.; чл. 267. ОИЗ*).

За разлику од прекарите, комодант може ствар дати у послугу тражити натраг само након извршене, обављене употребе, тј. истеком уговореног времена трајања употребе.

### **Дејство послуге Обавезе послугопримца**

Послугоиримац није обавезан ствар употребљавати, али ако је, и када је, употребљава обавезан је употребу ствари саобразити уговору или уговореној сврси и обичајима (*параграф 972. А.Г.З.; параграф 583. С.Г.З.*). Уговорена сврха може се одредити према природи и намјени ствари. Послугопримац је дужан ствар лично употребљавати и без дозволе послугодавца не може је даље уступити другоме. Употреба подразумијева и чување ствари с пажњом брижљивог и уредног човјека. Ствар се употребљава како би се очувала квалитативно али и квантитативно. Послугопримац сноси редовне трошкове настале употребом и чувањем ствари. Уколико учини ванредне трошкове послугодавац ће му их постати дужан накнадити (*параграф 981. А.Г.З.; параграф 592. С.Г.З.; чл. 270. ОИЗ*).

За свако намјерно или нехатно оштећење предмета послуге сносиће одговорност послугопримац. Послугопримац, као невласник, не сноси ризик због случајне пропасти или оштећења ствари. Ризик ће прећи на њега тек ако ствар употреби противно уговору или је да трећем лицу у послугу, без одобрења послугодавца, или ако западне у доцњу с враћањем ствари (*чл. 269. ОИЗ*).

Обавеза враћања ствари подразумијева да се ствар врати у стању у којем се налазила када је дата у послугу уз уважавање промјена које се могу окарактерисати као погоршања својстава ствари настала редовном, уговореном употребом (*чл. 270. ОИЗ*).

### **Евентуалне обавезе послугодавца**

Послуга, као реалан уговор, може да створи, евентуално, и обавезе

послугодавцу. Послугодавац може да сноси ванредне трошкове, како би се ствар, која је предмет послуге, одржала у стању подобном за уговорену употребу, у ком циљу је ствар и дата на послугу, у току уговореног времена. То је обавеза послугодавца као власника ствари. Поред тога, настаће за њега и акцсорна обавеза на накнаду штете, која би евентуално настала послугопримцу због скривених мана ствари, ако је за њих, (скривене мане) послугодавац знао или могао знати, а није о том проблему обавијестио послугопримца, што је био дужан да учини, у складу са начелом савјесности и поштења.

Уколико би послугопримац учинио ванредне трошкове (који у правилу падају на терет послугодавца), који су били нужни за очување ствари, ове издатке му је дужан накнадити послугодавац (*параграф 981. А.Г.З.; параграф 592. С.Г.З.*). Послугодавчево право захтијевати накнаду због оштећења ствари, усљед злоупотребе или претјераног хабања, као и послугопримчево право поврата учињених ванредних трошкова, губи се у року од тридесет дана од поврата ствари, или од учињених трошкова (*параграф 982. А.Г.З.*).

### **Престанак облигационог односа из уговора о послузи**

Послуга је трајан уговор и престаје истеком уговореног времена трајања облигационих односа који извиру из правног основа - уговора о послузи. Ако вријеме трајања није изреком уговарача утврђено тада уговор престаје истеком иотребног времена за употребу ствари, према околностима или природи посла или циљу уговора (*параграф 973. А.Г.З.; параграф 584. С.Г.З.*).

Уколико рок трајања није одређен нити је одредив (према околностима, природи или циљу односа) прекариј се, сходно старим правним правилима, гаси једностраним раскидањем (опозивом) од стране прекарите. Како смо већ навели, с друге стране, послугопримац (а не послугодавац) има право да једнострано угаси уговор, с тим да то не чини у невријеме или на штету послугодавца (шिकанозно поступање).

Послугодавац може раскинути уговор ако се појави раскидни услов који се може оквалификовати као:

- употребљавање ствари несаобразно уговору или природи посла, или
- ако ствар преда трећем лицу на послугу без пристанка послугодавца (*параграф 978. А.Г.З.; параграф 589. С.Г.З.*).

### **Глава седма УГОВОР О ДЈЕЛУ**

#### **Дефинисање уговора (појам, значај и карактеристике)**

Уговором о дјелу посленик се обавезује да обави одређени фактички посао (фактичку радњу, физички или интелектуални рад), а наручилац се обавезује да му за извршени посао плати накнаду.

Законско одређивање појма уговора о дјелу у теорији се сматра недовољним. Закон о облигационим односима под уговором о дјелу подразумејева и уговор о постизању резултата посла (уговор о дјелу у ужем

смислу) и уговор о раду код којег је битан уложени рад, посленикова радна активност. У југославенској правној теорији се истицало да извршење рада посленика подразумејева постизање дјела, тј. резултата рада или посла. ЗОО уговор о дјелу разликује од уговора о продаји уколико је битан, преовлађујући елемент посла, послеников рад, његова креативност која резултира постизањем резултата - дјела. Уговор о дјелу биће и онда када наручилац даје битан дио материјала за израду дјела. Али, уговор којим се иосленик обавезује да изради одређену покретну ствар, од свог материјала, у сумњи се квалификује као уговор о продаји. То значи да се у случају спора, на такав уговор, примјењују законске одредбе које уређују односе из уговора о продаји. И у римском праву нужна претпоставка настанка уговора о дјелу (*Locatio conductio operarum*) била је обавеза наручиоца да нреда посленику одређену ствар ради прераде.

Значај уговора о дјелу у свакодневним односима, између грађана, у циљу задовољавања разноврсних потреба је у релативном опадању. То због чињенице да је модерна индустријска производња потиснула многе занате који су, у ранијем периоду, били незамјењиви (рад кројача и шивање одијела "по мјери" потиснула је текстилна конфекција, и сл.). Послеников посао најчешће се састоји у изради или оправци какве ствари, што је друштвена и привредна функција занатства, односно тзв. "мале привреде". Уговор о дјелу може се састојати од обављања физичког или интелектуалног рада мањег обима и краћег времена трајања. По овим особинама дјело се разликује од уговора о раду чији је смисао у трајности односа и рутинским радним операцијама, без уношења креативности и индивидуалности радника. Према својим карактеристикама, уговор о дјелу је: консензуалан и неформалан, двострано обавезан и теретан. Поред тога, има елемент уговора *'intuitu personae'*, јер се уговор закључује с обзиром на способности посленика, а посленик одговара за рад сарадника.

### **Перфекција уговора о дјелу**

Субјекти уговора о дјелу су: посленик или извођач радова и наручилац или предузимач радова. Закључивање уговора се најчешће обавља усмено. Уговарачи се налазе у непосредном контакту и једноставним изјављивањем воља заснивају овај правни однос. Уговор о дјелу је, консензуалан, а не реалан, иако се често, у пракси, моменат закључења уговора поклапа са предајом материјала за прераду, од стране посленика - наручиоца. Као могући начин закључења уговора јавља се и јавно надметање или прикупљање понуда. Закључење уговора јавним надметањем подразумејева обавезу наручиоца да закључи уговор са оним лицем које понуди најнижу цијену или најповољније остале услове за обављање понуђених радова. Поред тога, закључивање уговора о дјелу јавним надметањем може се организовати тако да садржи и елементе конкурса (надметања). У тој ситуацији организатор конкурса, који је уједно и понудилац, ствара за себе обавезу да закључи уговор са оним учесником конкурса чије рјешење, као најпримјереније, одабере конкурсна комисија на основу пропозиција. Конкурсна комисија или жири ради у саставу који мора бити учесницима конкурса унапријед познат. Уколико је обавеза закључења уговора искључена у позиву за надметање, тада се позив за надметање не квалификује као понуда већ као позив заинтересованим учесницима да они стављају понуде,

иод објелодањеним условима. У овом случају наручилац има положај прихватиоца понуде.

Битни елементи уговора о дјелу су: одређени, уговорени посао (дјело) и накнада за иостизање дјела. Осим ових елемената, који су битни по Закону, као битни елемент ио вољи странака јавља се рок завршетка дјела. Предмет уговора о дјелу можемо означити као материјални резултат рада - дјело. Полазећи од предмета уговора, уговор о дјелу се најјасније разликује од уговора о раду којем је предмет сама функција рада, вршење или обављање посла (нпр. брање воћа). Поред ове дефиниције уговора о дјелу можемо исту, на основу различитости предмета, извршити и према уговору о иуномоћству, односно налогу. Ови уговори, најчешће, за предмет имају обављање какве правне радње, односно посла, док је предмет уговора о дјелу увијек фактичка, материјална радња, односно дјело.

### **Дејство уговора о дјелу - настанак облигација Облигације у којима је посленик дужник**

Обавеза посленика се састоји у дужности завршавања дјела и предају створеног дјела (нпр. сашивеног одијела) наручиоцу. Посленик ће бити дужан обавити уговорено дјело саобразно уговору, тј. формираном облигационом односу, и водећи рачуна о правилима и обичајима струке. Пошто је нредаја материјала, од стране наручиоца, тинична обавеза наручиоца, из уговора о дјелу, то ће посленик бити дужан, о свим недостацима примљеног материјала, упознати и упозорити наручиоца, како не би био одговоран за штету коју дјело трпи усљед мана материјала. Уколико посленик предаје материјал, а ништа прецизније није уговорено, дужан ће бити прсдати материјал средњег квалитета.

Вријеме завршавања дјела може бити одређено уговором или природом, сврхом посла. У недостатку ових стандарда посленик ће бити дужан завршити дјело у разумном року за такве или сличне послове. Уколико наручилац, својим радњама одгоди завршетак дјела (не преда материјал на вријеме, затражи накнадно измјене уговорених услова израде, не исплати предујам на вријеме и сл.) посленик неће усљед тога пасти у доцњу и сносити посљедице доцње. Пошто уговор о дјелу, по Закону, није уговор "*intuitu personae*" то посленик, ако није другачије уговорено, или не произилази из природе посла, може трећим лицима (сарадницима или кооперантима) повјерити извршење посла (у цјелини или поједине дијелове). За рад трећих лица, које посленик ангажује, он одговара, ако га не обаве како је уговором уговорено између њега и наручиоца. Новчана потраживања сарадника или коопераната могу се реализовати непосредно од наручиоца, ако су њихова потраживања призната. Њихов међусобни однос се разрјешава према правилима активне солидарне облигације.

Предаја израђене или оправљене ствари или дјела друге врсте је завршна обавеза посленика. Случајна пропаст ствари ослобађа посленика ове обавезе.

### **Одговорност за недостатке дјела**

Посленик одговара за скривене недостатке дјела. За видљиве недостатке

дјела одговара само ако је био несавјестан (прикрио их је од наручиоца). О скривеном недостатку наручилац мора обавијестити посленика чим такав недостатак открије прегледом. Најдужи рок за откривање недостатка је мјесец дана. Недостатак који открије након двије године од предаје дјела није правно релевантан и наручилац се на њега више не може позивати. Наручилац, који уредно обавијести посленика о уоченом недостатку, ужива право на судску заштиту. Он има право, тужбом надлежном суду, позвати посленика на одговорност у року од годину дана од учињеног обавјештавања. По истеку тог рока наручилац своје право позивања посленика на одговорност, због недостатка, може истаћи само кроз приговор поравнања.

Наручилац, који уредно обавијести посленика, стиче овлашћење да, првенствено, добије отклањање недостатка и накнаду штете коју због тога трпи. Наручилац има право отклањања и небитних недостатака, тј. оних које само дјело не чине неупотребљивим. Уколико посленик не отклони недостатак чије отклањање захтијева енормне трошкове наручилац има право избора између два алтернативна овлашћења: 1) да захтијева снижење накнаде, или 2) да раскине уговор. У оба случаја има право на накнаду претрпљене штете.

Уколико се догоди ситуација да посленик не отклони "небитни" недостатак у примјереном року (члан 620. ЗОО) наручилац стиче право избора између три алтернативна овлашћења: 1) да отклони недостатак на трошак посленика, или 2) да снизи накнаду, или 3) да раскине уговор. Уколико је недостатак "незнатан" наручилац једино губи овлашћење на раскидање уговора. Право на накнаду претрпљене штете задржава у сваком случају. Уколико је недостатак "знатан", тј. такав да дјело чини неупотребљивим, или је дјело завршено суиротно изричитим условима уговора, наручилац је овлашћен да раскине уговор и тражи накнаду штете без претходног отклањања недостатка. Сукцесивно коришћење ових овлашћења наручиоца (аналогно овлашћењима купца) је уобичајено у правном уређивању одговорности због мана ствари. Бонификација (снижење накнаде) врши се упоређивањем вриједности извршеног рада, завршеног дјела без недостатака у вријеме закључења уговора и вриједности коју би имао рад, којим је створено дјело, с недостатком, у исто вријеме.

### **Кад посленик сноси ризик**

Сношење ризика за случајну пропаст или оштећење дјела зависи од тога ко је дао материјал на прераду посленику. Ако је посленик дао материјал, тј. да израђује ствар од свог материјала, те ствар пропадне прије предаје наручиоцу, ризик сноси посленик. То значи да нема право захтијевати накнаду ни за материјал, ни за труд.

У случају да је наручилац прегледао и одобрио извршени рад, ризик прелази на њега због законске фикције, по којој, као да му је ствар предата, али је остала код посленика на чувању. Ако наручилац падне у повјерљачку доцњу ризик случајне пропасти или оштећења ствари прелази на њега.

Ако је наручилац дао материјал ризик сноси наручилац, као власник. Посленик ће, у том случају, очувати своје право на накнаду, ако је ризико случај наступио послје падања наручиоца у повјерљачку доцњу. У случају предаје ио

дијеловима ризик прелази на наручиоца када изврши преглед и пријем појединог дијела испоруке дјела.

### **Престанак уговора о дјелу**

Уговор о дјелу престаје гашењем облигација које из њега произилазе. Када посленик заврши дјело или оконча погођени посао он треба да преда дјело наручиоцу, а наручилац је дужан да му исплати накнаду. Ове чинидбе се, најчешће, извршавају једновремено (истовременост испуњења престација). Закон признаје посленику заложно право на стварима које је оправрио или направио као и осталим стварима наручиоца (нпр. на вишку материјала за израду, оруђима рада и сл.). Заложене ствари неће бити дужан вратити наручиоцу, све док се не изврши ликвидација његовог потраживања.

Раскидање уговора о дјелу је дозвољено као начин престанка уговора. Раскинути уговор се може једнострано ако се испуни законски раскидни разлог. Раскидни разлог најчешће се односи на неуредност или немогућност уредног извршења преузетог дјела.

Законски разлози, за раскидање уговора, од стране посленика, прије завршетка дјела су:

- ако наручилац посленику неће да преда материјал погодан за прераду, или
- ако би израда дјела, од повјереног материјала, могла да нанесе штету угледу посленика.

Законски разлози за раскидање уговора од стране наручиоца, прије пријема завршеног дјела, су:

- ако посленик одступа од уговорених упутстава (јер не ради како треба) и иоред упозорења наручиоца и упркос давања њему примјереног рока да рад, на изради дјела, саобрази условима и упутствима;
- уколико је рок битан састојак уговора;
- уколико рок није битан састојак уговора, ако би због послениковог падања у доцњу наручилац изгубио интерес за испуњење уговора;
- ако се недостаци (мане) дјела не могу отклонити ни на који начин;
- плаћање одустанице, јер је Закон утврдио одустаницу и тиме омогућио наручиоцу да у свако доба може одустати од уговора уколико исплати посленику уговорену накнаду - одустаницу. Одустаница је износ уговорене накнаде умањен за износ трошкова које посленик није нредузео и износ зараде коју је остварио на другој страни или је намјерно, ради извршења дјела, пропустио да оствари, иако је могао да није био везан уговором.

### **Глава осма**

### **УГОВОР О НАЛОГУ (ПУНОМОЋСТВУ)**

#### **Дефинисање - појам**

Уговором о налогу налогодавац обавезује и истовремено овлашћује

налогопримца да за његов рачун предузме одређене послове уз накнаду или без накнаде. Законска дефиниција подразумијева обављање како правних тако и обављање фактичких послова. Уговором ће се засновати обавезе и он ће произвести своје облигационо-правно дејство, ако налогопримац прихвати налог. Истовремено ће се засновати и овлашћење (изјава воље, хтијење властодавца) да налогопримац, за рачун властодавца, обави наложене послове и то, у два основна вида: у своје име а за рачун властодавца (што је по правној природи посредно заступање) или, у име и за рачун властодавца (што се правно квалификује као непосредно заступање).

Према југославенској, старијој, доктрини, уговор о налогу није посебно издвајан, већ је, у теорији, доминирао као уговор ове врсте, уговор о пуномоћству. И у узору, ио којем је стваран ЗОО, Швајцарском Закону о облигацијама, уговор о пуномоћству има значај именованог уговора. Управо из одредаба ШЗО можемо јасније сагледати значај и природу уговора о налогу, какав је уређен у ЗОО. Уговор о налогу је, према ЗОО, подлога уговорног заступања, али је и правни основ обављања послова за другог, без пуномоћја. Код нас се пуномоћје, изразито, везује за обављање правних нослова. Међутим, "пословодство са налогом" је уговор који се у глави четрнаестој ШЗО назива "деловодство" (*према преводу ШЗО у издању Института за упоредно право из 1976. Године, на стр. 144*). Према томе, уговор о налогу, према нашем ЗОО, је уговорна форма којом налогопримац преузима обављање послова за другога било са пуномоћјем или без њега. Према томе, можемо закључити да су, оваквом законском редакцијом, обухваћена два посла: "уговор о пословодству" и, "уговор о пуномоћству". Практично ће се оба посла, најчешће, појављивати као јединствена цјелина.

Уговор о налогу се може закључити и као наплатни, тј. теретни, када се за обављање посла дугује накнада налогопримцу, или као бесплатни, добротини, лукративни, када налогопримац преузима обавезу на извршење налога са анимусом добротине, пријатељске услуге. Мандат је однос који још из римског права иочива на пријатељству и повјерењу, а за лица која уживају нечије пријатељство и повјерење је, по схватању римских иравника, недостојно да наплаћују такве своје услуге. Отуда је награда мандатару обавеза захвалности, без обзира што није уговорена и што се њено уговарање избјегава. Ради се о једној ванправној, моралној и обичајној обавези. Ову идеју редактори ЗОО нису досљедно прихватили, јер као природни састојак уговора о налогу утврдили право налогопримца да захтијева накнаду за свој труд уложен у извршење налога. Бесплатност налога се не претпоставља, него се мора изричито уговорити или искључити законска клаузула о наплатности налога околностима које произилазе из природе међусобног односа уговарача.

Закон у појму уговора говори о "овлашћењу". Међутим, у контексту уговора о налогу овај термин има шире значење него што га има када га употребљавамо у значењу елемента субјективног грађанског (облигационог) права. Овдје се не ради о таквом значењу овлашћења, већ о значењу овлашћења као "иуновлашћа" (њем. *Vollmacht*), тј. о преносу нравне креативности (воље) властодавца на опуномоћенога. Као правно-техничко средство регистрације и легитимације овог преноса правно-пословне воље властодавца јавља се ПУНОМОЋ. Пуномоћ је писмена исправа у којој је констатован овај трансфер пуне правне моћи коју је властодавац са себе иренио на повјерљиво лице. Овај

трансфер своје правне власти на друго лице код нас се назива установом заступништва или заступништвом.

Тако можемо да пратимо три елемента садржана у појму мандатног односа: 1) налог (мандат); 2) заступање (пуновлашће), и 3) пуномоћ (исправа о заступању). О овом питању се грађанско-правна теорија изјашњава овако: "Док за заснивање грађанско-правног уговорног односа између странака и пуномоћника није прописана никаква посебна форма, пуномоћ, као манифестација једностране изванпроцесне воље властодавца, мора бити састављена у писменој форми или дата усмено на записник код суда (Трива, 259).

### **Значај и примјена уговора о налогу**

Уговор о налогу је најчешћа подлога уговорног заступања. Налог је најчешће подлога тзв. неосредног заступања код којег заступник (пуномоћник) склапа правни посао својом вољом, у име и за рачун заступаног (властодавца). Посредно заступништво постојаће када заступник склапа правни посао у своје име, а за рачун заступаног. Посредни заступник је, нпр. комисионар, и за овај облик посредног уговорног заступања развијена су у законодавству посебна правила именованог уговора о комисиону. Уговор о налогу је именовани уговор који садржи и налог и овлашћење (пуномоћ). Због тога се више не може говорити о именованом уговору о пуномоћству, јер га ЗОО није уврстио у своју систематику. Уговор о налогу има само облигационо-правно дејство и ствара обавезу налогопримцу да буде пуномоћник (добровољни заступник) налогодавца. Јер, иначе у правној пракси, заступништво не настаје само на основу уговора, већ, може и непосредно, из закона. Заступништво одређује правно дејство правних радњи заступника у имовини заступаног. Старија правна литература, под утицајем тзв. старих правних правила бивших грађанских законика заступништво и уговор о пуномоћству спајали су се у јединствен институт те се тако и удомаћио назив - "уговор о пуномоћству". Закон о облигационим односима посебно говори о заступништву у општем дијелу закона а посебно излаже уговор о налогу у посебном дијелу закона.

### **Карактеристике уговора о налогу**

Уговор о налогу је консензуалан и неформалан. Може бити бесплатан али и наплатан (онерозан). Уколико је теретан он је двострано обавезан, а уколико је бесплатан он је једностран. Најчешће се јавља као однос **"intuitu personae"**. Уговор о налогу садржи два елемента: налог и овлашћење. Налог је подлога или интерни правни посао између налогодавца и налогопримца којим се налогопримац обавезује да изврши налог, када прихвати налог. Међутим, правним односима према трећим лицима налогопримац се мора легитимисати као пуномоћник. Треће лица се не тиче подлога пуномоћи и треће лице не мора знати да ли је то уговор о налогу или какав други правни посао.

Уговор о налогу се разликује од уговора о дјелу, јер уговор о дјелу не садржи пуномоћство (овлашћење). Осим тога, уговор о дјелу је правна форма којом се правно уређује обављање фактичких послова, физичког или интелектуалног посла који има за уговорени циљ постизање одређеног резултата,

а не само обављање посла, вршење радне функције. Међутим, налог је могућ и као фактички посао: било у смислу постизања неког резултата, било у циљу постизања резултата, или само у смислу вршења посла у циљу извршења налога (поправци неке ствари, лијечењу болесника, давању инструкција ученицима и сл.), ако се ови послови обављају бесплатно. Дакле, у сумњи, да ли се у конкретном односу ради о налогу или дјелу, нека послужи критериј наплатности (онерозности) или бесплатности (лукративности).

Налог не мора бити смо у интересу манданта већ може бити у интересу трећег лица или, чак, и самог мандатара. Мандат ће постојати и ако од њега нема користи мандант, али неће постојати ако од извршења посла једину корист има мандатар. Ако мандант наложи мандатару да нешто куии или ангажује неког адвоката или уложи (инвестира) новац у неки профитабилан носео, такав налог ће се правно квалификовати као "обични савјет". Одговорност за дати савјет или мишљење даје право на тужбу за накнаду проузроковане штете, ако се докаже штета и узрочна веза између датог савјета и настале штете, те ако се утврди да је штета настала намјерно или из непажње ("*culpa spetialis*").

У аустријској нравној литератури прави се јасна разлика између налога, овлашћења и пуномоћи. Налог служи за унутрашње односе и не може се једностраном изјавом воље засновати, већ само сагласношћу воља (налог је уговор). Овлашћење је "правно хтијење" које има значаја у вањским односима, да би заступнички акти били законити. Пуномоћ је "правна моћ" дата у унутрашњем односу. Пуномоћје може бити повезано са овлашћењем. Али, оно може бити издато по основу једностране изјаве воље. Овлашћење не мора бити само са налогом или пуномоћјем повезано, већ може бити и на другачијим правним односима засновано, као што је, нпр. уговор о служби (*Koziol-Welser, стр. 152-153*).

### **Закључивање уговора о налогу**

Субјекти уговора о пуномоћству се називају: властодавац (који овлашћује), налогодавац или, по римској правној терминологији - мандант и пуномоћник (налогопримац или мандатар) који је овлашћен на предузимање послова у име и за рачун властодавца. Другим ријечима, према уговору о налогу, основни субјекти су: налогодавац (мандант) и налогопримац (извршилац налога-мандатар). Налогом се уређује унутрашњи, интерни однос између уговарача. Уколико је нужно да извршилац налога, за обављање наложеног посла, односно за постигнуће циљева из наложеног посла, ступа у правне односе са трећим лицима, тада се налогодавац јавља и у улози властодавца који на налогопримца преноси овлашћење за правно-иословно дјеловање. Преношење правно-пословне моћи, односно овлашћења врши се помоћу пуномоћи. Пуномоћ, издата на основу уговора о налогу, са овлашћењем на непосредно заступање, је легитимација, исправа, доказ, да је пуномоћник уједно налогопримац, овлашћен да предузима послове у име и за рачун властодавца, у границама овлашћења, што је регистровано на или у пуномоћи. Пошто је подлога овлашћења на заступање уговор, а пуномоћ је, у том случају, само доказна исправа, то овдје имамо ситуацију или однос уговорног заступања. Иначе, термин "пуномоћник" не поклапа се у потпуности са значењем термина "налогопримац", јер ће

пуномоћник бити само онај мандатар коме је мандант, тј. властодавац издао пуномоћ. Пуномоћ је посљедица закљученог уговора о налогу и издата је ради омогућавања његовог извршавања, ако се, у оквиру мандата треба закључивати какав правни посао. Међутим, како су редактори ЗОО употребили термин "посао", а нису употребили израз "правни посао", што би прецизније одредило уговор о налогу као уговор о пуновлашћу или пуномоћству, ипак су у појмовно дефинисање уговора уградили и изреку да се налогодавац, истовремено, "овлашћује" на обављање наложених послова. Тиме су налогодавца снабдјели овлашћењем пуномоћника, тј. уговорног заступника. Поред тога, можемо истаћи да су редактори ЗОО, систематизујући именоване уговоре у Закону, одредили за фактичке, материјалне послове, друге облигационо-правне, уговорне форме. Ипак, у принципу, стоји резерва да је пуномоћ, као посљедица закљученог уговора о мандату, необавезујући састојак. Њу није обавезно за извршење налога издати од налогодавца нити ју је налогопримац дужан посједовати, када извршава искључиво фактичке, материјалне послове и радње. То је, у правно организованом друштву, готово и немогуће. Обављање материјалних радњи и нослова без закључивања правних послова и предузимања ма каквих правних радњи, са грађанско-правним дејством, готово да је и немогуће. Стога ми можемо констатовати да је пуномоћ неопходна само када се мандат састоји и од обављања неког правног посла или предузимања неке правне радње, у име и за рачун налогодавца (властодавца). Како смо већ истакли то је практично увијек неопходно, јер је савремени, цивилизовани живот људи и њихово међусобно комуницирање правно организовано и формирано као правни саобраћај. Отуда, изрећи да су уговор о налогу, како га именује Закон о облигационим односима, и уговор о пуномоћству, који познаје старија и правна литература, прије доношења ЗОО, заправо, два имена за исту уговорну форму, неби било, принципијелно, погрешно. Било какво издвајање уговора о налогу и уговора о пуномоћству неби имало практичног значаја.

Битни елементи уговора о налогу, по Закону, су: посао, односно пословодство које треба иредузети налогопримац (пословоћа), овлашћење (пуномоћ) и евентуална накнада за уложени труд у извршењу налога, односно вођењу посла. Ако је уговорена бесплатна, пријатељска услуга од стране пуномоћника или бестеретност, односно бесплатност произилази из природе њихових међусобних односа, сагласност воља уговарача концентрише се само на један битни елемент, тј. на посао пуномоћника. Посао пуномоћника, ако се ради о иправном послу, подразумева заступање властодавца у његово име и за његов рачун. Практично, то се своди на закључивање уговора или других правних радњи материјално-правне природе или на предузимање процесних радњи, код надлежних органа (најзначајнијих - судова) и других државних органа. Најчешћи, битни елемент уговора о налогу, по вољи странака, јесте вријеме извршења посла. Фактор вријеме битан је за обављање повјереног посла, јер се пуновлашће никада неће дати у неограниченом трајању, пошто нема никаквог смисла да једно пословно способно лице уговором препусти вођење својих послова другом лицу, ма какво повјерење према њему имао.

Форма саглашавања воља није Законом о облигационим односима, тј. посебним дијелом Закона, који уређује поједине именоване уговоре, одређена. Уговор о налогу (пуномоћству) је, начелно, неформалан. Али, практично,

пуномоћник неће моћи започети обављање повјерних послова ако нема иисмено овлашћење (пуномоћ). Закон је изричит у иогледу обавезе да се форма пуномоћја одређује зависно од форме коју закон тражи за конкретни уговор или други правни посао на чије се закључење овлашћује налогопримац. Због тога је, у пракси, одомаћено и уобичајено да се пуномоћ издаје у писменој форми, у циљу легитимисања пуномоћника и доказивања закљученог уговора о налогу.

## **ДЕЈСТВО УГОВОРА О НАЛОГУ (ПУНОМОЋСТВУ) ИЗМЕЂУ ВЛАСТОДАВЦА И ПУНОМОЋНИКА**

### **Обавезе пуномоћника (налогопримца) Извршење налога**

Уговор о налогу је правни основ за поступање пуномоћника. На основу уговора, властодавац издаје пуномоћнику пуномоћ. Све док се не изда пуномоћ, извршилац налога је налогопримац. Тек након издавања пуномоћи налогопримац је и пуномоћник и тек од тада се може легитимисати и стећи могућност коришћења властодавчевих овлашћења на склапање иослова, у циљу извршења налога. У пуномоћи је ограничено овлашћење (право) пуномоћника на предузимање наложеног посла. Пуномоћник је дужан да се креће у границама пуномоћи, тј. да изврши налог, како је уговорено и како је назначено у пуномоћи. То значи да је налогопримац, пословоћа, пуномоћник, дужан да се држи граница пуномоћи и да иоступа према примљеним упутствима с пажњом која се од њега у промету захтијева, тј. пажњом доброг домаћина или пажњом доброг привредника, односно, стручњачком пажњом (пажњом доброг стручњака). Уколико су упутства штетна по властодавца, а по процјени пуномоћника, који би требао редовно бити стручнији и квалификованији за пословоћење од властодавца, пуномоћник је дужан упозорити властодавца и тражити нова, новелирана, упутства. Ако упутства нису дата у самој пуномоћи, пуномоћник је, у свом пословоћењу и предузимању правних послова, дужан да се руководи, да се управља према њему познатим интересима властодавца и поступа с примјереном пажњом. Пажња пуномоћника, када се ради о бесплатном обављању посла за властодавца, спушта се до оне границе која је примјерена конкретном пуномоћнику, тј. поступаће, у придржавању пуномоћи, онако како би поступао да предузима властити, а не туђи, посао.

Пуномоћје дато нравним послом има и своју независну, самосталну правну организацију и физиономију. Постојање и обим пуномоћја постају независни од правног односа на чијој подлози је издато или поводом којег је издато. Постојање и обим пуномоћја постају независни и Закон о облигационим односима низом законских одредаба, садржаних у општем дијелу Закона, уређује пуномоћ и овлашћења пуномоћника, као засебне правне установе. Према врсти овлашћења (овлашћење - "правно хтјети") пуномоћје (иуномоћје - "правно моћи") може бити опште (генерално) и посебно (специјално). Опште пуномоћје омогућује пуномоћнику (јер је то тако хтио - овлашћеник-властодавац) да предузима све правне послове који улазе у његово редовно пословање (за који предмет пословања је, нпр. регистрован). За послове који не улазе у обим редовног иословања пуномоћника, без обзира на генералну пуномоћ, и генерални пуномоћник је дужан захтијевати, и добити, од властодавца, специјалну

пуномоћ. Специјална пуномоћ тражи се и по Закону. Законска обавеза посједовања специјалне пуномоћи намеће се пуномоћнику за преузимање: мјеничне обавезе, закључивање уговора о јемству, уговора о поравнању, уговора о изабраном суду и бестеретном располагању с неким правом властодавца. Специјална пуномоћ тражи се и за друге материјално правне послове или процесно-иравне радње, у свим оним случајевима, када је тако предвиђено посебним законима.

Према обиму овлашћења, пуномоћје може бити: ограничено и неограничено. Неограничено је ако нема упутстава према којима је пуномоћник дужан поступати или ако му је дата сагласност властодавца да може одступати од добијеног налога и упутстава. Упутства, која дају најмање слободе у поступању пуномоћнику, зову се императивна и значе да их се он дужан, без изузетка и одступања, стриктно, држати.

Факултативна упутства дају пуномоћнику извјесне, веће, слободе у поступању, јер од њих може направити одступање и поступити "по своме знању и умењу", ако то околности намећу и дозвољавају. Околности које налажу одступања од факултативних упутстава, када је то дозвољено пуномоћнику, можемо свести на краткоју времена за обавјештавање властодавца и добијање новелираног упутства и сличним узроцима и ситуацијама када пуномоћник није у стању обавијестити властодавца и тражити сагласност за одступање или измјену упутстава. Факултативна упутства су природни састојак пуномоћи, јер се подразумејева, и Закон то налаже, да је и оваква пуномоћ, која не садржи императивна, стриктна, упутства, довољан основ за поступање пуномоћника, сагласно интересима властодавца.

Индикациона упутства остављају највећу слободу и независност пуномоћнику, јер су дата у форми упозорења пуномоћнику о разним околностима која му се, у извршењу повјереног посла или предузимању правних послова и радњи, могу појавити - "искрснути".

Одступање од налога и упутстава доводи да се пуномоћник, у том дијелу пословодства, сматра пословоћом без налога. Одступање од упутстава властодавац може накнадно и одобрити. Могуће је да, изузетно, својим одступањем од упутстава пуномоћник одговори оправданим интересима властодавца. У току трајања односа, пуномоћје се може мијењати и опозивати. Властодавац може сужавати или проширивати пуномоћје како по обиму тако и по садржају и значају. Опозивање и мијењање пуномоћја може се вршити неформалним изјавама властодавца. Према трећим савјесним лицима опозивање или мијењање пуномоћја нема правно дејство.

Према броју пуномоћника пуномоћје може бити лично, колективно и пословно. Колективно пасивно пуномоћје имамо када правни посао обављају два или више (неколицина) пуномоћника, било алтернативно или кумулативно. Колективни пуномоћник (пуномоћници) солидарно одговара (одговарају) за своје обавезе. Колективно активно пуномоћје имамо када више властодавца ангажује једног пуномоћника за обављање послова (пословоћење, односно застуиање). Пословно пуномоћје везано је за вршење регистрованих послова пуномоћника који су уобичајени за одрећену дјелатност. Тако су трговачки помоћници, угоститељски радници и шалтерски службеници овлашћени, самим својим положајем у дјелатности, односно институцији која обавља одрећену дјелатност а која је свим трећим лицима, читавој јавности,

опште позната, да закључују правне послове који су везани за обим послова њиховог радног мјеста или професије. У том смислу, али са Законом предвиђеним условима и ограничењима, треба посматрати и овлашћења трговачког путника у правно-пословним односима.

Лично пуномоћје је правило и оно се, у сумњи, претпоставља да је издато. Пуномоћник је, у правилу, овлашћен и дужан извршити налог лично. Дужан је, по основу дејства уговора о налогу, а овлашћен је, по основу издатог пуномоћја. Лично обављање посла подразумијева да га ни једно треће лице не може мијењати у извршењу налога и заступању властодавца, те можемо говорити о чисто личној облигацији. Субјекти уговора о налогу се могу унапријед, изричито, споразумјети, углавити, тј. властодавац може дозволити да пуномоћник повјери трећем лицу извршење налога. Замјена пуномоћника је могућа и када га на повјеравање извршења наложеног посла другоме тјера слијед околности. У оваквој ситуацији, када је замјена одобрена (уговорена) или се по природи посла или по закону дозвољава, пуномоћник за радње замјеника, одговара по систему кривице (*culpa in eligendo* или *culpa in instruendo*).

### **Полагање рачуна**

Пуномоћник је дужан да подноси извјештај о стању послова које обавља, по основу уговора и пуномоћи, и да положи рачун властодавцу, односно налогодавцу. То значи да је дужан, без одлагања (одмах), предати властодавцу све што је узмогао примити за његов рачун у извршењу налога. Властодавац, као господар посла, може захтијевати рачун и прије истека трајања уговореног времена односа. За новац који задржи за себе, јер га није предао на вријеме, пуномоћник - властодавцу дугује затезну камату од часа када је новац преузео од исплатиоца, за рачун властодавца. Ако је новац користио за своје потребе постаће дужником највише уговорене камате од дана користољубивог држања и трошења (кориштења) властодавчевих новчаних средстава.

### **Обавезе властодавца (налогодавца)**

Властодавац, код онеозног уговора о налогу, има обавезе: накнаде трошкова, исплате награде и преузимање посла, за себе. Поред овога, властодавац је обавезан предати пуномоћнику предујам за предвидљиве издатке које ће имати преузимањем појединих послова и радњи везаних за налог. Накнада трошкова обухвата све потребне трошкове који су се појавили као неопходни издаци налогопримца, у току вршења посла. Накнада трошкова доспије с даном када су и учињени и од тог дана пуномоћнику припада одговарајућа камата, уколико се учињени трошкови не могу пребити са датим предујмом. У трошкове улази и накнада штете настале (евентуално) пуномоћнику у току трајања налога.

Висина награде се утврђује сагласно обичајима или критеријуму правичности. По критеријуму правичности налогодавац дугује налогопримцу (пуномоћнику) уобичајену или правичну накнаду. С друге стране, висина награде, обично, зависи од успјеха пуномоћника, у обављању новјерених послова, и одређује се, не према критеријуму правичности, већ према

критеријуму успјешности. Награда се, уобичајено, исплаћује након обављеног, завршеног посла. За дјелимично обављени посао награда се, сразмјерно, умањује као и уколико је унапријед уговорена награда очигледно несразмјерна вриједности учињених услуга. Пуномоћник има право залог на покретним стварима властодавца које држи, по основу налога, ради обезбјеђења накнаде трошкова и награде.

Између неколицине властодаваца и пуномоћника ствара се законска активна солидарна облигација за потраживања пуномоћника која су доспјела према властодавцу.

### **Дејство уговора о налогу према трећим лицима**

Пошто се уговором о налогу, са овлашћењем и издатим пуномоћјем, конституише заступање, то се успоставља непосредни однос властодавца (налогодавца) и трећег лица. Пуномоћник је уговорни заступник властодавца и то је, по правној природи, непосредно заступање. Да би се развило непосредно заступништво пуномоћник је дужан наступати у име властодавца и у границама овлашћења (пуномоћи).

Прекорачење овлашћења, уписаног у пуномоћи, и на основу тако прекораченог овлашћења засновани правни посао, производше непосредно дејство. Он ће повезати властодавца и треће лице, само ако се властодавац с тим накнадно сагласни (одобри прекорачење овлашћења). Ако властодавац не да овлашћење, тј. одобрење у иримјереном року, законска је претпоставка да је одбио дати одобрење.

Властодавац и пуномоћник солидарно одговарају за штету која буде проузрокована савјесном трећем лицу, коју та лица претрпе поуздавајући се, у доброј вјери, у пуномоћника.

Уговор, који неовлашћено лице ("quasi" пуномоћник) закључи са трећим лицем, не производи дејство непосредног заступништва. Савјесно треће лице, тј. оно које није знало нити је, према околностима, морало знати да лице с којим закључује посао није овлашћено, улази само у директни однос с "quasi" пуномоћником, и то за накнаду штете коју претрпи од такве везе. Треће лице, у тој ситуацији, може захтијевати да "quasi" властодавац такав посао призна - одобри. Властодавац, који није знао да је заступан од пуномоћника и да је неко за њега предузео послове без налога, може, накнадно, одобрити послове и анулирати негативне посљедице које неовлашћено заступање има у односу њега и трећег лица и обезбиједити правну сигурност свих лица у таквој ситуацији.

### **ПРЕСТАНАК УГОВОРА О НАЛОГУ**

Уговор о налогу престаје вољом властодавца (налогодавца) или овлашћеника (пуномоћника) налогодавца, као и наступањем правно-релевантних догађаја који могу изазвати такву посљедицу. Ваља одмах разликовати престанак уговора о налогу од престанка важења пуномоћја (чл. 765-770. у вези са чл.92-94. ЗОО). У пракси се, најчешће, ове двије правне чињенице поклапају. Пошто је мандат, по свом карактеру, однос међустраничног повјерења, он се гаси када било која страна овог односа повјерења, из личних

разлога, то зажели, то јест, изрази своје хтијење у том правцу. Према томе, једнострано раскидање стоји на располагању уговарачима из уговора о налогу.

Вољом властодавца уговор престаје одустанком. Уколико за одустанак постоје основни разлози, који падају на терет пуномоћника, властодавац неће бити дужан, уз изјаву о одустанку, предујмити дио награде и евентуалне накнаде штете. У противном, одустанак од уговора подразумева исплату ових трошкова пуномоћнику.

Властодавац може пуномоћ, у сваком тренутку, опозвати неформалном изјавом. Уколико је, опозивањем пуномоћја, повријеђен уговор о налогу (или неки други уговор на основу којег је пуномоћ изјављена) пуномоћник има право да захтијева накнаду штете. Према савјесном трећем лицу, опозвано пуномоћје не губи правно дејство. Сматраће се да до опозива није ни дошло и да је правни посао, склопљен по пуномоћју, за чији опозив савјесно треће лице није знало нити је могло знати, произвео непосредно дејство између заступаног (властодавца) и трећег лица.

Вољом пуномоћника уговор престаје отказом. Отказ се може дати из било којег разлога и без навођења разлога, али не смије бити дат у невријеме. Након датог отказа пуномоћник је дужан продужити обављање послова који не трепа напуштање све док властодавац сам не преузме отказне послове или вођење отказних послова препусти новом пуномоћнику.

### **Престанак уговора о налогу усљед догађаја**

И правни догађаји, који су релевантни за мандатни однос повјерења, могу довести до престанка уговора о налогу.

Смрт пуномоћника доводи до престанка уговора с тим што старање о интересима властодавца прелази на пуномоћникове насљеднике све до момента од када се о њима они сами не могу више старати.

Смрћу властодавца уговор о налогу неће престати. Уговор о пуномоћству престаје усљед догађаја, смрти властодавца, само изузетно, тј. ако је тако уговорено или је пуномоћник ушао у уговорни однос с обзиром на своје личне односе с властодавцем. И у овим ситуацијама пуномоћник је дужан наставити старање о преузетим пословима док их насљедници властодавца не преузму на себе.

Престанак, гашење правног лица, било да се оно јавља као пуномоћник или властодавац, доводи до престанка уговора о налогу.

Стечај правног лица доводи до гашења уговора о налогу без обзира да ли је у стечају пуномоћник или властодавац.

Лишење пословне способности, макар дјелимично (а без сумње и потпуно) било властодавца или пуномоћника, доводи до гашења налога, тј. пуномоћства.

### **Вријеме престанка уговора о налогу (моменат гашења односа)**

Према пуномоћнику властодавчев одустанак од уговора, његова смрт, стечај или лишење пословне способности, као чињенице које доводе до гашења уговорног односа, производе правно дејство од часа када пуномоћник за њих

сазна.

Писмено пуномоћје се враћа властодавцу по престанку уговора.

Изузетно, ако је дата пуномоћ ради реализације потраживања пуномоћника ирема властодавцу, пуномоћје се не гаси ни једном вољном или објективном правном чињеницом тииичном за гашење уговорног односа.

## **Глава девета УГОВОР О ОСТАВИ**

### **Дефинисање појма**

Уговором о остави оставопримац се обавезује да прими покретну ствар од оставодавца; да покретну ствар чува и врати је на захтјев оставодавца. Саглашавањем воља, дакле, настаје уговорни однос из којег се раћају обавезе, на страни оставопримца: да прими ствар на чување од оставодавца, да је чува одређено вријеме и да је врати оставодавцу, у свако доба, када он то од њега затражи.

Остава има за циљ повјеравање другоме своје ствари на чување. Остава има велики практични значај како у односима између грађана (остављање ствари у гардеробе, паркирање и гаражирање моторних возила, итд.) тако и у односима између привредних субјеката код којих се, као посебан именовани уговор привредног, трговачког права, издвојио уговор о ускладиштењу. Складишта су посебни привредни субјекти које воде складиштари као привредници, професионалци, техничко-технолошки стручњаци за складиштење, тј. чување разних врста робе. Чување, као техничко-технолошка активност, подразумијева очување идентитета ствари дате у оставу, што значи свих њених квантитативно-квалитативних димензија, вредносне димензије, као и физичко-хемијских својстава. Због тога, остава, у правном смислу, нема значење и садржај, као ни функцију преношења права својине на оставопримца, нити има функцију преношења права коришћења, односно права употребе (коришћења или употребе као својинско-правних атрибута). Остава, својим облигационо-правним дејством, омогућује трансфер детенције на ствари. Детентор има обавезу на очување ствари за власника, односно депонента.

У начелу, остава је бесплатан (онерозан), и тако, једнострано обавезан уговор. Оставопримац, у правилу, није повјерилац накнаде за чување, јер он своју услугу чувања ствари чини из пријатељских и друштвено оправданих мотива (нпр. остава у нужди и сл.). Уколико уговарачи изричито уговоре (накнаду) или она ироизилази из околности (оставопримац се у виду заната или занимања бави чувањем туђих ствари) уговарачи могу свој однос формирати као двостран и теретан уговор. Пошто од перфекције уговора, предаје ствари до враћања ствари, протекне период чувања, остава је трајан уговор.

Уговор о остави постиже своје облигационо-правно дејство неформалним саглашавањем воља уговарача. Предаја ствари у депозит не сматра се формом неопходном за настанак облигације. Предаја ствари је извршавање депонентове обавезе након закључења уговора. Субјект уговора о остави може бити сопственик, али то није пресудно за перфекцију уговора. Субјект депозитног уговора може бити и ималац (држалац) ствари, пошто се давањем ствари у оставу преноси само државина ствари. Пошто уговор о остави има само облигационо-

правно дејство то закључењем уговора оставопримац заснива обавезу на враћање ствари лицу с којим је закључило уговор, а не и власнику, ако се власник и депонент не "поклапају" у личности, јер је са депонентом у релативном (релационом) правном положају. Тек уколико би сазнао или могао сазнати да је ствар украдена депозитар ју не би био обавезан враћати депоненту, већ, на документован захтјев, сопственику ствари.

Циљ оставе је чување покретне ствари. И тућа покретна ствар може бити иредмет обавезе чувања. Уколико је остава теретан уговор тада је и сагласност уговарача о накнади нужно битан елемент. Битни елементи уговора, по вољи странака, често су мјесто и начин чувања; обавеза оставопримца да ствар лично чува и утврђивање рока враћања ствари.

### **Дејство оставе Обавезе оставопримца**

Хронолошки гледано прва обавеза оставопримца, након перфекције уговора је пријем, примопредаја ствари. Примљену ствар, у депозит, депозитар је дужан чувати са пажњом КОЈУ показује у СВОЛИМ сопственим стварима, тј. пословима. Уколико је остава наплатна, тада ју је депозитар дужан чувати с пажњом доброг домаћина или доброг привредника. Обавеза чувања подразумијева да се ствар мора чувати саобразно уговору. То значи да оставопримац нема овлашћење да самовољно, једнострано, мијења мјесто, начин или личност чувара ствари. Уколико депозитар поступи несаобразно уговору без сагласности депонента или без наступања околности које изнуђавају поступање несаобразно уговору одговараће и за случајну пропаст или оштећење ствари.

Иначе, оставопримац не сноси ризик за случајну пропаст или оштећење ствари која се догоди иако је он поступао саобразно уговору. Чување обухвата и дужност обавјештавања депонента од стране депозитара о свим промјенама на ствари. Чување, како смо већ истакли, искључује могућност употребе ствари и депозитару је забрањено да употребљава депоновану ствар.

Оставопримац враћа ствар по захтјеву оставодавца са свим плодовима и користима. Захтјев за враћање оставодавац може истаћи и у ситуацији када је рок чувања ствари уговорен. Значи да је овлашћен да затражи враћање и прије истека рока чувања ствари.

Диспозитивно правило, из Закона, одређује мјесто предаје ствари као мјесто враћања ствари.

Оставопримац, који чува ствар без накнаде, може, у свако доба, одустати од уговора и вратити ствар депоненту, уколико ствари пријети опасност пропасти или оштећења или ако самом оставопримцу, услед чувања депоноване ствари или од самог депозита, пријети опасност наступања штете. Ииак, оставопримац не може, ни у том случају, напустити ствар, већ је дужан одредити оставодавцу примјерен рок за преузимање ствари.

### **Права оставопримца**

Оставопримац има право да захтијева накнаду оправданих трошкова који су изазвани чувањем ствари као и право да захтијева накнаду цјелокупне штете која му је проузрокована од чуване ствари или поводом чувања ствари.

Право на накнаду оправданих трошкова се не претпоставља, као природни састојак уговора, већ мора бити изричито уговорено или може да се подразумејева, с обзиром на околности и од којима се остава обавља (нпр. оставу врши оставопримац који се из заната бави чувањем ствари).

### **Модалитети оставе**

#### **Неправилна остава ("*depositum irregulare*")**

У односу на основни уговор неправилну оставу карактерише овлашћење оставопримца да може употребити остављену ствар. Уколико су ствари потрошене и замјениве оставопримац ће бити задужен обавезом на генеричко враћање ствари (исте врсте и количине ствари). На односе из неправилне оставе примјењују се правила уговора о зајму, ако ништа другачије није уговорено.

Као уговорни модалитет, или "подмодалитет" неправилне оставе, јавља се формирање односа чувања замјенивих ствари, али које оставопримац не троши и које није дужан издвојено чувати већ заједно са својим истоврсним стварима, ако су истог рода и истог квалитета. И овдје се врши генерично враћање депонованих ствари.

Други уговорени модалитет неправилне оставе је тзв. квантитативна остава, код које је оставопримац у обавези да одвојено чува депоноване замјениве ствари, одвојено од својих истоврсних ствари, али их не мора вратити *in specie*, већ генетички.

#### **Нужна остава ("*depositum miserabile*")**

Свако лице коме друго лице преда неку ствар, у случају велике невоље (нпр.: пожар, поплава, потрес, рат и сл), дужан ју је примити и чувати с повећаном пажњом. И овај модалитет се издваја, по неким својим карактеристикама, од општих карактеристика уговора о остави које се налазе у његовом основном типу. Добар број правних писаца сматра да се обавезе оставопримца увећавају управо с обавезом пријема ствари. Овај уговор се ирактично реализује у реалној форми. Шта то значи да је оставопримац, ствар коју је морао узети на чување, дужан чувати с повећаном пажњом? Сматрамо да се не би требало упуштати у изналажења неког међустандарда пажње (нпр. између пажње коју посвећује чувању сопствених ствари и пажње доброг домаћина или привредника). Сматрамо да је повећана пажња заправо пажња доброг домаћина.

#### **Угоститељска остава**

Угоститељска остава је модалитет који се јавља у односу између угоститеља и госта. Закон проширује појам оставопримца, тако што поред угоститеља е.ц. наводи и болнице, гараже, кола за спавање, организаторе кампа и сл. Угоститељ је ограничен у погледу основне опције слободе уговарања, у погледу слободе одлуке: да закључи или не закључи уговор. Закон угоститељу намеће ограничења слободе уговарања, у том дијелу, прописујући обавезно

закључивање уговора о угоститељској остави са гостом. Према овим својим особинама можемо угоститељску оставу посматрати као једну подврсту нужне оставе. Предмет угоститељске оставе су ствари госта које су унесене у угоститељски објекат. Подразумијева се да угоститељ, збор природе дјелатности, обезбјеђује гостима и њиховим стварима сигурност за сво вријеме боравка госта у угоститељском објекту. У правилу, за унесене ствари госта, угоститељ одговара за штету. То је тзв. апстрактно обрачуната штета, која се утврђује у паушалном износу и чији износ се утврђује посебним прописом. Угоститељ, за штету, одговара по принципу "објективне одговорности", јер се не може екскулпирати нити има право доказивати да до њега нема кривице за проузроковану штету. То је претпостављена кривица ("*praesumptio iuris et de iure*"). Међутим, претпоставку одговорности може оборити ("*praesumptio iuris tantum*") ако угоститељ успије да докаже постојање неког од Законом предвиђених случаја искључења одговорности. То су ослобађајуће, а не екскулпирајуће околности, и то: - ако су ствари унесене од стране госта (пртљаг) пропале (уништене) или оштећене (дјелимично уништене) усљед околности које угоститељ није могао спријечити, избјећи или отклонити. Ради се о примјени генералне клаузуле за ослобађање дужника од тзв. уговорне одговорности или одговорности због повреде облигације. Код уређивања угоститељске оставе, у Закону, редактори су извршили сужавање опште формулације објективних околности ради чијег наступања и постојања се дужник ослобађа одговорности макар настане штета. Општа формулација објективних ослобађајућих околности у ове обухвата оне околности које су настале након закључења уговора и које дужник није могао спријечити, отклонити или избјећи. А посебна формулација објективних околности, код уговора о угоститељској остави, обухвата оне околности које угоститељ није могао избјећи или отклонити. Ово, редакцијско, сужавање објективних ослобађајућих околности, по нашем мишљењу, нема значаја, јер се и овако формулисана ослобађајуће околности могу схватити као неотклоњиве околности, па због тога објективне и ослобађајуће. Одговорност угоститеља за штету условљена је обавезом госта да одмах, по сазнању за нестанак, уништење или оштећење својих ствари, обавијести угоститеља (дужност обавјештавања). Поред позивања угоститеља на грађанско-правну одговорност ио објективном основу, угоститељ ће моћи одговарати по принципу "*culpe*". По принципу "*culpe*" и по основу доказане кривице (што је изузетак од општеусвојеног принципа претпостављене кулпозне одговорности) угоститељ ће одговарати ако гост одмах, по сазнању за нестанак или оштећење пртљага, није обавијестио угоститеља и занемарио је своју дужност обавјештавања. Ипак, госту се не може, због повреде дужности обавјештавања, наметнути принцип пребијања кривице. Немарност госта према дужности обавјештавања не може анулирати евентуално скривљено понашање угоститеља у извршавању својих обавеза на чување ствари. Гост се не може препустити толикој самовољи несавјесног угоститеља који може сам да украде или оштети пртљаг госта својим кулпозним поступцима. Дакле, гост ће тада, када пропусти обавијестити угоститеља, морати да докаже (на њега Закон, нетипично, поставља терет доказивања) да је штету угоститељ проузроковао својим скривљеним понашањем или су штету скривила лица за која угоститељ одговара (замјеници или помоћници, тј. лица у радном односу код угоститеља). Пошто се одговорност угоститеља оснива на Закону, а не на уговору, то је угоститељу забрањено

коришћење с тзв. клаузулама егзонерације. То не значи да у пракси сви угоститељи познају право или поштују правне прописе. Тако је могуће видјети у угоститељским објектима јавне огласе који садрже егзонерационе одредбе и којим се угоститељ једнострано ослобађа своје одговорности потпуно или дјелимично. Међутим, такве објаве, ако су учињене у правцу избјегавања одговорности за пропусте угоститеља око чувања унесених ствари госта, неће имати никакво правно дејство. Што се тиче обима одговорности, тј. висине накнаде штете, угоститељ ће одговарати неограничено, тј. до висине стварне, доказане вриједности уништених или оштећених ствари госта, ако му је гост предао ствар на чување "у руке" или ако је ствар госта нестала, уништена или оштећена његовим пропустом, који је скривљен. Угоститељ одговара ако одбије примити ствар "у руке" (на примјер драгоцјености да чува у сефу, и сл.), ако је гост одлучио да му их преда и ако је он неоправдано одбио да их посебно чува. Неоправданост одбијања посебног чувања ствари, за рачун госта, постојаће на страни угоститеља ако му је посебно чување ствари госта било могуће учинити с обзиром на све околности и нарочито просторне могућности. Угоститељ, који неоправдано одбије да посебно чува ствари госта, вријећа законску обавезу пријема ствари на чување и одговараће за штету која, по обиму, обухвата "потпуну" накнаду штете.

### **Затворена остава**

Затворена остава је такав модалитет оставе када оставопримац прими на чување ствари које су затворене (закључане или запечаћене или стављене у засебан омот), под условом да је упознат са садржајем омота. За садржај омота оставопримац не одговара ако је брава или печат остао неоштећен и поред уништења или оштећења садржаја омота. Као примјер може нам послужити остава пртљага у путничке (станичне) гардеробе.

Као законом именовани модалитет затворене оставе истиче се тзв. "трезорни депозит", односно "уговор о сефу" (чл.1061-1064. ЗОО). У практичној је примјени у ситуацији када банка изнајмљује сеф грађанима или правним лицима за чување драгоцјености, злата, накита, папира од вриједности или афекција својих клијената. Овај модалитет, по својој је правној природи, мјешовити уговор, јер садржи елементе и закупа и оставе. У сумњи би се требао оквалификовати као теретна остава. Банка, и поред тога што је сеф њено власништво, предаје оставодавцу кључ од сефа чиме га чини законитим посједником сефа или фактичким власником док траје уговор о сефу. Банка мора осигурати добро стање сефа и надзор над њим, а приступ, тј. долажење у додир са сефом ради његовог отварања, може омогућити само кориснику сефа (депоненту) или депонентовом пуномоћнику, а не и трећим лицима под којима се обухватају и службеници банке. Да се о трезорној остави ради о мјешовитом уговору види се и из Законских одредаба које дозвољавају једнострано раскидање овог уговора ако корисник (депонент) задоцни са плаћањем накнаде само једног obroка накнаде власнику трезора (банци). Тиме се ова теретна остава приближава закупном односу, тј. продаји кориштења, употребљавања сефа, што је у интересу друге уговорне стране, тј. банке. Отказни рок завршава истеком посљедњег дана у мјесецу (од опомене извршене кориснику препорученим

писмом). Истеком тридесетог дана, од пријема опомене, уговор ће се, по Закону, сматрати раскинутим. Ако до истека отказног рока корисник измири своје дуговање везано за плаћање накнаде за кориштење сефа, уговор неће престати по истеку последњег дана отказног рока. Након раскида уговора бивши корисник је дужан испразнити сеф и вратити кључ банци. Уколико се не изврши реституција, банка може захтијевати судску интервенцију. Та интервенција је једна од мјера у извршном поступку. Банка захтијева да се сеф отвори путем суда, да се записнички констатује нађени садржај сефа и да се нађене депоноване ствари премјесте у судски депозит. Нађене ствари се могу повјерити и истој банци, ако ју је суд одредио за судског депозитара, али сада их чува по правилима која важе за судски депозит а не према правилима која вриједје за трезорски депозит. Банка има право првенствене наплате својих доспјелих а неизмирених трошкова из уговора о сефу првенствено из новчаног износа који је пронађен у сефу или из цијене добијене уновчењем вриједности нађених у сефу, а сходно правилима судског извршног поступка, односно намирења у судском извршном поступку.

### **Судска остава (секвестар)**

Судска остава (судски депозит или секвестар) има функцију полагања дуговане ствари код суда. У секвестар се предају ствари из законом утврђених разлога, док ти законски разлози трају, а секвестар их је дужан чувати и само под законом одређеним условима или у законом одређену сврху предати одређеном лицу. У нашем правном систему је Закон одредио да је суд секвестар за ствари које се могу чувати у судском депозиту. Секвестар може бити и лице које суд одреди ако се нека ствар не може чувати у судском депозиту. По значају са судским депозитом је изједначена предаја ствари на чување неком јавном складишту ако се предаја чини у циљу испуњења обавезе дужника за рачун повјериоца, која, обавеза дужника, потиче из уговора у привреди (трговачког посла). Судском депозиту је сврха испуњење обавезе дужника на предају ствари када је повјерилац у доцњи, или је непознат, или је неидентификован, или је непознатог боравишта, или је неспособан да прими испуњење дуга, а нема законског заступника.

У правилу, секвестар није обичан депозитар који мора на сваковремени депонентов захтјев вратити му ствар. Положај секвестра, у судској остави, уређен је законом. Дужник који је депонент судске оставе може, у правилу, узети ствар натраг ако о тој својој радњи обавијести повјериоца. Међутим, дужник, као депонент, нема право истаћи захтјев на враћање ствари према секвестру, ако се, изјавом, датом суду, одрекао тог депонентског права; затим, када је повјерилац изјавио секвестру да ће преузети положену ствар као и када правоснажном одлуком буде констатовано да полагање ствари у секвестар има значење, да се може правно квалификовати као радња уредног испуњења дужникове обавезе. Уредним испуњењем, облигација се гаси, а тиме и престаје обавеза секвестра, тј. бесмислено и неосновано је даље постојање судске оставе. Трошкове секвестра сноси повјерилац ако прелазе трошкове испуњења. Ако трошкови чувања не ирелазе трошкове испуњења, које сноси дужник у сваком случају и што је општа обавеза дужника, трошкове правоснажног и неозованог полагања ствари у секвестар сноси депонент, тј. дужник. О правилима полагања и продаје дуговане

ствари за повјериоца, као посебном начину испуњења обавеза, излагали смо у општем дијелу у одјелку који говори о испуњењу облигације уопште.

## Глава десета

### УГОВОР О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ

#### Појам

Уговор о доживотном издржавању је облигационо-правни уговор којим се давалац издржавања обавезује да доживотно издржава примаоца издржавања (сауговорача или неко треће лице), а прималац издржавања се обавезује да остави сву своју имовину или дио своје имовине даваоцу издржавања у наслеђе (*члан 120. став 1. Закона о наслеђивању, "Службени лист СРБиХ", бр.7/80 и 15/80 - у даљем тексту ЗН*).

Уговор о доживотном издржавању није уговор о наслеђивању, јер уговор о наслеђивању има за предмет нечију заоставштину, будуће наследство или легат, а који је, иначе, по Закону о наслеђивању, ништав (*чл.106 и 107. ЗН*), тј. по законској терминологији, "зобрањен".

Уговор о доживотном издржавању је уговор о отуђивању имовине уз накнаду, која припада примаоцу издржавања у вријеме закључења уговора, а не у вријеме смрти примаоца издржавања. То је правни посао *inter vivos*, што је карактеристично за облигационо-правне уговоре. Уговор о доживотном издржавању није правна форма расподјеле имовине која се код примаоца издржавања нађе у часу смрти, већ се ради о добровољном правно-пословном уступању имовине којом слободно располаже неко лице за вријеме свога живота. Овим уговором се, уз накнаду, отуђује цијела имовина или њен дио која примаоцу издржавања припада у вријеме закључења уговора, али чија је предаја у државину даваоца издржавања одложена до тренутка смрти примаоца издржавања.

Уговор о доживотном издржавању може се закључити и тако што се формира заједница живота или заједница имања (или и једно и друго заједно) уз обећање наследства послје смрти. Уговор о доживотном издржавању може се закључити и тако да се уговорач, давалац издржавања, обавезе да ће свог сауговорача, примаоца издржавања, пазити, обрађивати му имање и послје смрти га сахранити или учинити каква друга чињења и давања у истом циљу (циљ издржавања), уз обећање наследства послје смрти примаоца издржавања. Овај уговор могу закључити и лица која су по закону обавезна на међусобно издржавање. Споразум о уступању и расподјели имовине за живота, закључен између предака и потомака који нису потенцијални законски наследници као дозвољени наследно-правни (а не облигационо-правни) уговор *inter vivos* може садржавати и клаузулу којом уступилац за себе, свог брачног друга или које треће лице уговара доживотно издржавање или доживотну ренту у натури или новцу или какву другу накнаду, као облигационо-правна потраживања (*члан 109. ЗН*).

#### Значај

Мада уговор о доживотном издржавању нема насљедно-правни карактер, његово пуноважно закључивање доводи до редукције оставинске масе. Уговором о доживотном издржавању издвојена имовина неће спадати у заоставштину нити ће се узимати у обзир приликом израчунавање нужног дијела, а неће се урачунавати ни насљеднику у његов насљедни дио (*аналозија са чланом 35. став 2. ЗН*). По своме историјском значају ради се о једном старом правном послу који је, поријеклом, као и други грађанско- правни послови, и о којем постоји богата судска пракса која разоткрива његову сложену, вишеслојну и противрјечну природу. У пракси су могуће и честе његове злоупотребе. Тако, нпр., ако прималац издржавања има дјецу или друге блиске сроднике са којима тренутно "не говори" или је, што народ каже, "у сваћи", може га мотивисати да са било којим трећим лицем закључи један овакав уговор, а његова одлука може бити посљедица афективног мотива. Из праксе се уочава да је најчешћи појавни облик уговора о доживотном издржавању онај поводом којег давалац издржавања ступа у заједницу живота и имања са примаоцем издржавања (у кући или стану примаоца издржавања, која су добра даваоцу издржавања насушно потребна) ствара међуљудске проблеме, јер је то, под истим кровом, на ограниченом простору, једна интересна, а не афективна заједница као што је породична или брачна заједница. Осим тога, чињеница да давалац издржавања стиче својинска овлашћења тек након смрти примаоца издржавања наводи на претпоставку да је он мотивисан да његове уговорене обавезе трају што краће и да се за што краће вријеме усели у његов стан или кућу или неко имање.

Моменат смрти примаоца, као час преласка имовине са примаоца издржавања на даваоца, је даваочев интересни циљ и наводи на претпоставку да он жели да прималац издржавања што прије премине, што изазива подозрење лица која имају правни интерес и лица која су заштитници јавних интереса, према њиховим међусобним односима, уредности у испуњавању тих односа и мотивисаности за заснивање таквих односа, што је предмет честих спорења. Наравно да наше излагање има демонстрациони карактер, али утврђивање ових околности и мотива спада у ред фактичких питања. Формирањем заједнице живота давалац издржавања се налази у ситуацији да му као стална опасност "над главом виси" овлашћење примаоца издржавања да раскине уговор ако уговарачи живе заједно па се њихови међусобни односи толико поремете, да њихов даљи заједнички живот постане неподношљив. Преведено на практични, искуствени језик, то значи да давалац издржавања треба да фактички испуњава сваку жељу или "каприц" примаоца издржавања, да му "угаћа" да би односи међу њима остали "хармонични", како се не би дао повод примаоцу да тужбом захтијева раскидање уговора. Овакве ситуације каприциозног и шиканозног понашања па чак и елемената зеленаштва срећемо и код уговора о изнајмљивању стана. Наравно да такве ситуације за собом носе неугодне ситуације и понашања, као на примјер: да се примаоцу издржавања склоном злоупотреби алкохола даје алкохол у неограниченим количинама или да се лицу које болује од тзв. шећерне болести даје храна засићена шећером. Све ове радње су мач са двије оштрице: ако би давалац ускратио захтјеве примаоца, овај би му могао раскинути уговор, а ако би удовољавао његовим захтјевима он би му наносио штету и оштећивао здравље чиме би се вријеђао циљ уговора и стекли услови за његово поништавање.

Право даваоца издржавања на сву имовину примаоца или један њен дио, које се рађа од часа перфекције уговора о доживотном издржавању, може бити осигурано "*erga omnes*" и дато му апсолутно дејство уписом у јавну књигу. Ово поготову зато што ће предмет овога уговора и стеченог права бити некретнине примаоца издржавања (*члан 121. ЗН*).

### **Карактеристике**

Уговор о доживотном издржавању је двостран (двострано обавезан) и теретан (са накнадом). Уговор је с трајним престацијама, али, с обзиром на дужину трајања односа има елемената алеаторности на страни даваоца и примаоца издржавања, јер се не зна, са извјесношћу, колико дуго ће трајати престације које је давалац дужан извршавати из уговора. Поред тога што производи релативно (релационо) дејство, може се стипулисати са дејством у корист трећег лица. За разлику од уговора о уступању и расподјели имовине за живота, који је дозвољени наслједно-правни уговор и који закључује предак са будућим законским наслједницима, уговор о доживотном издржавању је облигационо-правни уговор који закључују двије уговорне стране, без обзира на своје сродничке и наслједно-правне позиције "*profuturo*".

### **Закључивање уговора о доживотном издржавању**

Субјекти уговора о доживотном издржавању су прималац и давалац издржавања. Као прималац издржавања, у уговору, може да се појави само физичко лице, јер се уговор и закључује у циљу задовољавања његових потреба. Пошто је уговор о доживотном издржавању двостран и теретан физичко лице мора да има пуну пословну способност. Давалац издржавања може бити пословно способно физичко лице, али и правно лице које се у оквиру своје дјелатности бави давањем услуга идентичних оном уговорном садржају који испуњава давалац издржавања (нпр. геријатријски центар и сл.). Закон о наслјеђивању је отклонио дилему око питања да ли се уговор о доживотном издржавању може закључити између сродника и брачних другова између којих постоји законска обавеза издржавања, дозволивши да "овај уговор могу међусобно закључити и лица која су по закону обавезна да се међусобно издржавају" (*члан 120. став 5. ЗН*). У стручној, правничкој литератури се сматра да малољетник не може да се појави као прималац издржавања због многострукости друштвене заштите малољетника (законска обавеза родитеља и друштвене заједнице). Уколико би малољетник, без родитеља, посједовао имовину за своје издржавање, закључивао би се уговор о хранјеништву (*Милошевић, 402*).

Као ништав сматраће се уговор о доживотном издржавању који један брачни друг закључује са даваоцем издржавања, али тако да обавезом издржавања није обухваћен и други брачни друг (*Милошевић, оп. цит.*)

### **Техника закључивања и форма**

Уговор о доживотном издржавању закључује се тако што странке, након

преговора, састављају текст уговора. Састављени текст уговора мора се овјерити код судије, тј. нема правно дејство уговор као приватна исправа без обзира што је и приватна исправа у писменој форми. Овјеру уговора може извршити само судија тако што ће приликом овјере прочитати уговор и упозорити уговараче на све правне последице које повлачи за собом закључивање овог уговора (*члан 120. став 3. ЗН*).

Битни елементи уговора о доживотном издржавању су: ствар или право којим се, уговором, обавезује прималац издржавања уступити даваоцу и чињења или давања која треба примаоцу да пружа давалац издржавања. Да би уговор настао битно је да се уговорне стране споразумију о имовини коју уступа прималац, а чија ће предаја, односно преузимање услиједити "*mortis causae*", и о обиму, природи и начину вршења престације доживотног издржавања.

Предмет уговора је двострук, јер га обједињују предмети облигација обје двострано-обавезне уговорне стране. Давалац издржавања пружа услуге чији је циљ задовољавање примаочевих животних потреба: набављање намирница и њихово припремање за исхрану примаоца, обезбјеђивање и одржавање стамбеног простора, набавка обуће, одјеће, средстава за хигијену, као и задовољавање спортско-рекреативних и културних потреба, здравственог збрињавања и његе као и адекватног сахрањивања, укопа преминулог примаоца издржавања. Прималац за узврат даваоцу оставља сву своју имовину или један њен дио. У часу склапања уговора судија ће морати водити рачуна да ли из околности односа у настајању постоје услови за одржавање еквивалентности ирестација, еквивалентне размјене и сразмјерности међусобних давања и примања, тј. да ли се може основано судити да постоји правичан однос узајамних давања.

Стан у друштвеној својини, иако није дио имовинске масе нити предмет имовинског права, јављао се као предмет уговора о доживотном издржавању у бившем републичком стамбеном законодавству, када је то било предвиђено законодавством о стамбеним односима. То је онај облик уговора о доживотном издржавању који има за дејство формирање заједнице живота између примаоца издржавања (тзв. носиоца станарског права на стану у друштвеној својини) и даваоца издржавања. Уговор о доживотном издржавању, у таквој правној и фактичкој ситуацији, служио је као основ стицања статуса члана породичног домаћинства. Такав статус, тј. изједначавање статуса даваоца издржавања, који са примаоцем живи у економској заједници, у друштвеном стану на којем прималац има овлашћење носиоца станарског права, са чланог породичног домаћинства носиоца станарског права постигао се закључењем уговора о доживотном издржавању и заснованој економској заједници која би требала да траје до закључења уговора више од пет година (*члан 6. став 2. Закона о стамбеним односима, "Службени лист СРБиХ", број 14/84*). Чињеница заснивања заједнице живота са примаоцем, носиоцем станарског права у друштвеном стану, по правилу се поклапа са закључењем уговора о доживотном издржавању. Међутим, у судској пракси то питање се јавља као фактичко питање и предмет је доказивања, како би се избјегле злоупотребе и ликвидирали као правни односи заправо фиктивни односи.

## Дејство уговора

### Облигације у којима је давалац издржавања дужник

Давалац издржавања, у правилу, уговором преузима сљедеће обавезе:

- обезбјеђење стамбеног простора примаоцу издржавања;
- обезбјеђење исхране у домаћинству или на другом уговореном мјесту;
- задовољавање хигијенских и здравствених потреба примаоца;
- задовољавање личних и културних потреба примаоца издржавања. Све

ове обавезе давалац испуњава сукцесивно, према потребама примаоца, у природи (у већини случајева ако је формирана заједница живота или имања) или претежно у новцу уколико није формирана заједница живота или имања.

Према новчаном оброчном извршавању обавезе издржавања, уговору о доживотном издржавању сродан је УГОВОР О ДОЖИВОТНОЈ РЕНТИ.

Из уговора о доживотној ренти произилази обавеза даваоца ренте да исплаћује сукцесивно одређене износе новца или других замјенљивих ствари примаоцу ренте (или неком трећем лицу) до краја живота примаоца ренте а прималац ренте се обавезује да на даваоца пренесе неку своју ствар или имовинско право. Према старим правним правилима грађанских законика уговор о доживотној ренти је неформалан (*параграф 1284. А.Г.З., параграф 796. С.Г.З.; о овом више код Милошевић, 405*). За уговор о доживотној ренти није одлучна сврха ренте која се може користити не само намјенски, као код уговора о доживотном издржавању, већ и за друге намјене примаоца ренте. Уколико последице закључења уговора о доживотном издржавању дође до промјене околности, тако да испуњење уговора постане знатно отежано, суд ће, на захтјев сваке уговорне стране, извршити ревизију уговора или досудити раскид уговора. Један од законом предвиђених услова (претпоставки) могућности ревизије уговора о доживотном издржавању којег, релевантно, погађају промијењене околности јесте преиначење (новација) права примаоца издржавања, тако да умјесто доживотног издржавања прими доживотну ренту, ако то одговара оправданим интересима уговорних страна.

### **Облигације у којима је прималац издржавања дужник**

Прималац издржавања дужан је уредно уступити ствар или право даваоца издржавања. Давалац издржавања може своје право из уговора уписати у јавној књизи (*члан 121. ЗН*), јер се најчешће ради о некретнинама примаоца издржавања. Пренос предмета обавезе примаоца издржавања може се уговорити одмах по закључењу уговора. Тада се право примаоца издржавања, из уговора, може обезбиједити уписом у земљишне књиге (*Милошевић, 403*).

### **Престанак уговора о доживотном издржавању**

Смрт примаоца издржавања је основни начин престанка уговора. Смрт једног брачног друга (супружника) не доводи до престанка уговора, јер се његово правно дејство протеже на другог брачног друга.

Смрт даваоца издржавања не доводи до престанка уговора, већ уговорне обавезе даваоца прелазе на насљеднике ако они пристану. Уколико не пристану на продужење уговора, уговор се раскида.

## Раскид уговора

Уговарачи могу споразумно раскинути уговор и када је започето његово извршење. Једнострано раскинути уговор може свака страна уколико његов сауговарач не извршава уговорене обавезе. Уколико су се околности промијениле тако да је испуњење обавезе постало отежано за једну или другу страну суд може раскинути уговор или извршити ревизију обавеза водећи рачуна о свим околностима. Суд може раскинути уговор ако један од уговарача (ако оба живе заједно) или оба изјаве и утврди се да су се њихови односи толико пореметили да је заједнички живот постао неподношљив.

Поништење уговора о доживотном издржавању може да услиједи због битне повреде, тј. заблуде о личности, јер се уговор закључује с обзиром на квалитете личности (*intuitu personae*). Осим тога, уговор се може поништити и уколико је, с обзиром на околности односа, давалац издржавања ушао у уговор у циљу постизања нееквивалентне размјене. Ова околност постоји, односно можемо претпоставити да постоји, уколико је приликом заснивања уговорног односа стање здравља или старосно доба примаоца упућивало на фиктивност односа који се успоставља (преварно поступање даваоца издржавања).

## Глава једанаеста УГОВОР О ОРТАКЛУКУ

### Појам, значај и карактеристике

Уговор о ортаклуку је сагласност изјава воља двају или више лица о томе да удруже (уједине) рад или (и) своју имовину у циљу постизања заједничке користи (*параграф 1175. А.Г.З.*) коју ће споразумно, међу собом или између себе, дијелити (*параграф 723. С.Г.З.*).

Након удруживања ортачких удјела настаје главница ортаклука. Главница или фонд је заједничка имовина ортака. Имовина ортаклука која не уђе споразумно у имовину ортаклука, тј. у главницу ортаклука сматра се и даље посебном имовином ортака (*параграф 1182. А.Г.З.; параграф 727. С.Г.З.*). Уговор о ортаклуку је само правни основ за формирање заједничке имовине ортака (главнице ортаклука - *параграф 1181. А.Г.З.*). Ортак чији се ортачки удио састоји само од уложеног рада у ортаклук има право на добитак, односно дио добити, али нема право на главницу (*параграф 1183. А.Г.З.*). ОИЗ у наслову раздиоба XIV ортаклук назива "проста удруга". Грађанско законодавство, у свој нормативни систем, није уврстило грађански ортаклук. Сматра се да уговор о ортаклуку није био забрањен у самоуправном социјалистичком праву, али да се, у много случајева, сударао са тада важећим императивним нормама па чак и са моралом социјалистичког самоуправног друштва (*Др Илија Бабић: "Грађански ортаклук - нека питања разграничења од трговачког ортаклука", стр. 227*). Међутим, значај грађанског ортаклука потакнуо је проф. др Михаила Константиновића да у Скици за законик о облигацијама и уговорима, која је послужила као преднацрт Закона о облигационим односима, визионарски, детаљно регулише овај уговор поводећи се за модерним европским кодификацијама грађанског права (*И. Бабић, 228*).

И у раније важећем позитивном праву уговор о ортаклуку је имао практичног значаја. Тако су у позитивно-правном законодавству бившег тзв. "самоуправног-социјалистичког права" дата посебна правила за уговор о ортачкој изградњи стамбене зграде. Овај уговор, према посебном законодавству, морао се закључити у писменој форми и потписи уговарача морали су се овјерити у суду.

Уговором о грађанском ортаклуку није се стварало правно лице. То је био владајући став правне теорије на основу законодавства бивших правила грађанских законика, иако је, према правној теорији о правним лицима, ортаклук посједовао све елементе правног лица: субјекте, имовину и циљ. Грађански ортаклук је тек својом примјеном у трговачком, привредном праву служио као основ за уређење трговачких друштава која су, према посебним правним прописима, основни субјекти трговачког (привредног) права. Према томе трговачки ортаклук је материја трговачког (привредног) права, док је грађански ортаклук уговор облигационог права. У законодавству о трговачком ортаклуку (ортачком друштву) предвиђа се супсидијарна примјена правила грађанског ортаклука на ортачка друштва. То ће се десити када уговором о оснивању друштва, ни законом, којим се уређује трговачки ортаклук, нису ријешени сви односи који настају из трговачког ортаклука, а примјена општих правила о грађанском ортаклуку тим актима није искључена (*И.Бабић, 244*). Захтјеви времена ће условити да се приликом новелирања ЗОО, односно општег грађанског законодавства рсафирмишу рјешења уговора о грађанском ортаклуку како их је поставио професор Константиновић, како би могла послужити као супсидијарни извор правила за трговачки ортаклук (ортачка друштва).

Према садашњем стању у законодавству, уговор о ортаклуку је консензуалан уговор, јер важећим прописима није другачије уређено. Практични разлози налажу да се постојећа или будућа имовина ортака, која улази у главницу ортаклука, мора пописати. Овако сачињен попис имовине не захтијева да усмено саглашавање ортака о битним елементима уговора о ортаклуку мора бити сачињено у писменој форми (*И.Бабић, 240*).

Уговор о ортаклуку је двострано обавезни уговор. Међутим, оваква његова карактеристика постоји када се у ортаклуку јављају само двије стране. Уговор о ортаклуку се често јавља као вишестран, јер се као ортаци иојављују не само двије већ и више страна (*И.Бабић, 230*).

Уговор о ортаклуку има и елемената алеаторности, јер добит зависи од многих неизвјесних околности те је неизвјесно каква ће и колика бити права и обавезе ортака након завршетка посла, постизања циља или истека времена на које је ортаклук закључен.

Уговор о ортаклуку често има елементе пуномоћства, јер, из практичних разлога, ортаци једног међу собом овлашћују и дају му улогу пуномоћника ортаклука.

Уговор о ортаклуку је трајан уговорни однос, јер, за постизање циља, који су ортаци уговорили, потребно је подузети акције и радње ортаклука које захтијевају одређено временско трајање.

Уговор о ортаклуку је узајаман уговор. Након што је уговор закључен не може се постати чланом ортаклука без сагласности свих ортака (*члан 420. ОИЗ*). Узајамне обавезе ортака обично се састоје од:

- обавезе уношења у ортаклук ортачких удјела;
- обавезују се да ће учествовати у управљању ортаклуком;
- обавезују се поднијети рачун за преузете радње или послове за рачун ортаклука осталим ортацима;
- обавезују се да ће надокнадити штету коју ортаклуку нанесу својом кривицом;
- обавезни су сносити све губитке које произведе пословање ортаклука;
- одговорни су солидарно за дугове ортаклука према трећима лицима;
- дијелиће добит сразмјерно удјелу у главници ортаклука, односно сразмјерно уложеном раду.

Субјекти ортаклука називају се ортаци (удруженици или другови према терминологији ОИЗ). "Ортак" је турска ријеч која означава заједничара, друга у неком послу, али и сувласника, док у народном говору значи везу два или више лица успостављену ради вођења неког предузећа (*И. Бабић, 229*).

Ортаци, да би настао уговор о ортаклуку, морају се сагласити о слиједећим битним елементима: ортачким удјелима, циљу ортаклука и времену трајања ортаклука. Тако, нпр. уговор о ортаклуку, који се закључује поводом изградње стамбене зграде, према Закону о стамбеним задругама, мора да садржи сагласност ортака о слиједећим елементима:

- колики дио имовине или новчани износ удружује сваки од ортака;
- која су права и обавезе ортака;
- ко и како води послове ортаклука;
- ко је овлашћен да закључује послове са трећим лицима;
- који ће станови или пословне просторије, након изградње, постати својина којег ортака;
- одредбе о престанку ортаклука и ликвидацији односа међу ортацима. Ортачки удјели могу обухватити сву постојећу имовину ортака или само одређени дио имовине ортака. Рад, исто тако, мора бити одређен као ортачки удио. Значи, улог ортаклука може се састојати од потрошних и непотрошних ствари (просторија, земљишта, новца, канцеларијског инвентара, машина, алата) и других права (ауторских права и права индустријске својине) као и рада (*И. Бабић, 232*). Ортачки удјели, ни по вриједности, а ни по природи не морају бити исти. Ако ништа није уговорено сваки ортак је дужан унијети у ортаклук једнак дио (*параграфи 729. С.г.з. и 1184. А.г.з.*) а члан 419. ОИЗ уноси законску претпоставку да је ортачки удио једнак, ако уговор или обичај или циљ удруге не указује на другачије рјешење. Одредба уговора о ортаклуку, по којој један или више ортака нису дужни унијети никакав удио у ортаклук, је неважећа (*И. Бабић, 232*). Да би уговор о ортаклуку настао мора бити одређена вриједност ортачких удјела, јер се ради о имовинској цјелини. Оно што је унесено у ортаклук у облику ортачких удјела чини главницу (или капитал) ортаклука и припада свима заједнички (*параграф 727. С.г.з. и параграф 1182. А.г.з.*).

Циљ ортаклука мора бити јасно дефинисано постизање имовинске користи (добити). То мора бити дозвољени посао (нпр. удруживање рада и средстава ради извођења какве дозвољене привредне трансакције, набавке или израде какве ствари или инвестиционе изградње каквог привредног или

Циљ ортаклука мора бити јасно дефинисано постизање имовинске користи (добити). То мора бити дозвољени посао (нпр. удруживање рада и средстава ради извођења какве дозвољене привредне трансакције, набавке или израде какве ствари или инвестиционе изградње каквог привредног или

стамбеног објекта).

Трајање уговора је изричито ограничено или условљено настанком релевантних правних чињеница. Трајање ортаклука може бити након истека уговореног времена изричито или прећутно продужено. Остваривање циља је правна чињеница која доводи до престанка ортаклука, по природи ствари. Када је остварен циљ његовог постојања, нема сврхе да однос и даље траје.

Сваки ортак може користити своје право да иступи из ортаклука.

Иступање из ортаклука се врши слободном изјавом, ако није у невријеме и ако се тим не наноси штета осталим ортацима.

Ортаклук престаје и када ортачка главница пропадне ("истопи се") или је циљ ортаклука постао немогућ или законом забрањен (*параграф 751. С.Г.З. и параграф 1205. А.Г.З.*).

Ортаклук са два ортака престаје смрћу или губитком пословне способности једног од њих, његовим падањем под стечај, као и оглашавањем за расипника (стављањем под старатељство) или губитком повјерења у њега, јер је починио кривично дјело (*члан 441. ОИЗ; параграфи 753, 755 и 756. С.Г.З. и параграфи 1210 и 1211. А.Г.З.*).

Мултилатерални ортаклук, који чини више ортака, не престаје престанком чланства једног од ортака у ортаклуку (*параграфи 753. С.Г.З. и 1207. А.Г.З.*).

### **Дејство ортаклука Удруживање ортачких удјела**

Сваки ортак удружује у ортаклук, по правилу, једнак дио, ако се другачије не уговори (*параграфи 1184. А.Г.З. и 722. С.Г.З. и члан 419. ОИЗ*). Једино измјена околности које су таквог значаја да се циљ ортаклука не би могао никако постићи може условити повећање ортачких удјела (*параграфи 1189. А.Г.З. и 739. С.Г.З.*).

Мада грађански законици, чија су се правила могла примјењивати према раније важећем Закону о неважности..., нису изричито прописивали да ортаци одговарају за правне и материјалне недостатке, правни писци, с правом, сматрају да, у случају уношења ствари као ортачког удјела, ортаци одговарају, за унесене ствари, према аналогним правилима која важе или за продавца или за закуподавца. По правилима која важе за продавца ортак ће одговарати ако унесе својину на ствари у ортаклук, а као закуподавац ће одговарати ако преда ствар ортаклуку на употребу и уживање задржавајући на њој право својине (*И. Бабић, стр. 233*). Сношење ризика случајне пропасти или оштећења ствари зависи од тога да ли је ствар прешла у имовину ортаклука, тј. у својину или на употребу и уживање.

Према нашој правној теорији ортаклук није правно лице. Због тога се тешко може прихватити да се право својине на ствари преноси на ортаклук (*И. Бабић, 234*). Како се у литератури истиче, унесена имовина у ортаклук (па тако и ствари које сачињавају или чине ту имовину) и даље остају власништво тога ортака, јер ортаклук нема сопствене имовине, није правно лице (*Лоза, 197*). У прилог томе се истиче да: ако се ортачки удио састоји од ствари, он се предаје у сусвојину или само на употребу, односно уживање (*М. Мијачић, 154*). Због тога се

може прихватити само становиште да ортак сноси ризик случајне пропасти или оштећења ствари дате у ортаклук сходно класичном правилу *"res perit domino"* (ствар припада власнику.)

### Управљање ортаклуком

Ортаци су дужни придоносити ортаклуку сагласно својим могућностима и потребама ортаклука неvezано за величину удјела (*параграф 1185. А.Г.З.*), односно сразмјерно висини удјела (*параграф 730. С.Г.З.*). Ова опречна правила, када би се примјењивала од случаја до случаја, унијела би правну неједнакост лица у праву. Стога је ово питање најбоље уредити уговором о ортаклуку, све до доношења једног модерног прописа. Ортаци су обавезни лично учествовати у управљању ортаклука. И ово правило има правни резон, јер је ортаклук потекао из римске установе *"societas"*. *"Societas"* се заснивао на великом пријатељству и повјерењу, а ортачки однос се поистовјећивао са братским односом (*М. Мијачић, 153*). Перфекцијом уговора затвара се круг чланова ортаклука (*члан 420. ОИЗ*). Ортаци не смију на штету ортаклука било какве послове предузимати (*нф. 1186. А.Г.З. и параграф 731. С.Г.З.*). Ово правило има утицаја на тзв. "клаузуле лојалности" у модерном трговачком праву које се постављају било законом или уговором (нарочито уговором о менаџменту). О управљању ортаклуком ортаци одлучују заједнички, већином гласова, с тим да се допушта и другачије (слободно) уговарање (*параграфи 732. С.Г.З.; 1188. А.Г.З.*). За одлучивање о предузимању хитних управљачких акција потребна је проста већина гласова, а у правилу се одлуке доносе двотрећинском већином гласова (*члан 422. ОИЗ*). Уобичајено је да се пословођење ортаклука повјерава једном (пословођи) или неколицини ортака (пословодству). Тако изабрани инокосни или колегијални пословодни орган сматра се као пуномоћник ортаклука (*параграф 1190. А.Г.З.*). Иначе, ако оваквог пуномоћја нема на обавезивање према трећем морају пристати сви ортаци (*параграфи 1201. А.Г.З. и 748. С.Г.З.*). Пословођа или дјеловођа ортаклука мора водити рачуна о главници, приходима и расходима и у утврђено вријеме поднијети извјештај осталим ортацима (*параграфи 743. С.Г.З. и 1198. А.Г.З.*). Ако ортаклук траје више година пословође су дужне да једном годишње положе рачун и изврше (предложе) подјелу добитка (*параграфи 745. С.Г.З. и 1199. А.Г.З. и члан 429. ОИЗ*). Сваки ортак има право о свом трошку прегледати рачуноводство ортаклука (*члан 428. ОИЗ и параграф 1199. А.Г.З.*). Ортаци морају пословати за ортаклук пажњом која се тражи у властитим пословима (*члан 426. ОИЗ*). И ово правило носи печат поријекла ортаклука из римског братског социјетаса. Сваки ортак одговара за штету причињену ортаклуку сразмјерно својој кривици. Уколико је штетном радњом ортак поред проузроковања штете допринио и некој користи за рачун ортаклука могуће је да надокнади штету пребијањем користи са штетом (*параграфи 738. С.Г.З. и 1191. А.Г.З.*).

### Подјела добити и сношење губитка

Добитак је имовинска вриједност која преостане након обрачунавања које се врши одбијањем свих трошкова и претрпљене штете од главнице. Добит

постоји ако се након напријед описаног обрачунавања исказе да прелази вриједност главнице (*параграф 1192. А.Г.З.*).

Добитак се дијели сразмјерно улозима (ортачким удјелима) и то је диспозитивно правило (*параграф 739. С.Г.З. и члан 430. ОИЗ*).

Уколико поједини ортак у ортаклук уноси само свој рад, ако није ништа другачије уговорено или се ортаци о вриједности рада ортака не могу споразумјети, одлучује суд водећи рачуна о релевантним околностима посла (вриједности посла - главнице, уложеног рада и прибављене добити - *параграфи 740. С.Г.З. и 1193. А.Г.З.*). Уколико неки од ортака има нарочите, истакнуте заслуге у пословању ортаклука, ортаци му могу одредити већи дио добитка него што му према удјелу припада, уколико се то не би косило са императивном законском нормом.

Губитак ортаклука се састоји од потпуног ишчезнућа или умањења главнице у односу на њену иницијалну вриједност која је постојала приликом уношења у ортаклук. Губитак се, у правилу, тј. према диспозитивном правилу, дијели сразмјерно удјелима, а уколико се удио састоји само од рада ортака тада унесени рад пропада, као да није ни обављен, јер неће донијети никакву добит (*параграфи 742. С.Г.З. и 1197. А.Г.З. и члан 431. ОИЗ*). Према члану 434. ОИЗ за дугове ортаклука јемче ортаци и својом властитом (посебном) имовином. Сматрамо ово законско рјешење исправним и са теоријског становишта које образлаже професор Лоза овако: "Не дијелимо мишљење да ортаци према трећима примарно одговарају имовином стављеном на располагање ортаклуку, тј. ортачким удјелом, а супсидијарно својом осталом имовином. Ово из разлога што ортаклук није правно лице ни нека самостална организација, те што се ортачки удјели не могу сматрати неком посебном имовинском масом која припада, као таква, ортаклуку" (*Лоза, 204*). Према томе, у односу према трећим лицима, ортаци одговарају за дугове ортаклука својим удјелима, а ако је то недовољно и својом властитом, посебном имовином. Наравно да уговором може ово диспозитивно правило бити искључено и замијењено неким другим рјешењем одговорности ортака за дугове ортаклука. Скица професора Константиновића предлаже у члану 608. да ортаци за дугове ортаклука трећим лицима одговарају солидарно.

## **Престанак ортаклука**

Ортаклук редовно престаје завршетком посла или немогућношћу вођења посла. Ортаклук ирестаје и ако је исцрпљена главница или ако је истекло уговорено време трајања ортаклука (*параграфи 757. С.Г.З.; и 1205. А.Г.З. и члан 436. ОИЗ*). Уколико се протеклом времена не угаси ортаклук, он наставља трајати по ранијем уговору ("*relocatio tacita*") (*члан 437. ОИЗ*). "Вјечни ортаклук" се не може пуноважно уговорити, јер га закон подводи под категорију ортаклука закљученог на неодређено вријеме (*члан 440. ОИЗ*).

Смрт ортака доводи до ирестанка ортаклука ако су у ортаклук удружена само два ортака. У правилу ортачка права и обавезе не прелазе на наследице.

Ако је ортаклук уговорен између више лица смрт једног ортака не утиче на трајање ортаклука, тј. ортаклук се не гаси услед ове правне чињенице (*параграфи 752. и 753. С.Г.З. и 1207. А.Г.З.*). Аутоматског настављања ортаклука

не налазимо у члану 439. ОИЗ, јер овај предвиђа иотребу постизања нове сагласности преосталих ортака по питању настављања ортаклука, Ако се ослонимо на поријекло ортаклука, као братског удружења, чини се да је ово рјешење из ОИЗ најприхватљивије за оншту норму. Исте последице, на трајање ортаклука, има санкција искључења ортака из ортаклука, која може да наступи због: неиспуњавања уговорених обавеза ортака који је искључен, или, његовог стављања иод старатељство, или усљед незаконитих радњи ортака (*параграфи 755. С.г.з. и 1210. А.г.з. и члан 441. ОИЗ*).

Отказ може дати сваки ортак слободно (када год хоће да изјави), само не у невријеме, ако вријеме давања отказа, у уговору, није одређено (*параграфи 757. С.г.з. и 1212. А.г.з. и члан 438. ОИЗ*).

Отказати уговор о ортаклуку може ортак и прије уговореног отказног рока ако је иословођа ортаклука преминуо или је иступио из ортаклука (*параграфи 756. С.г.з. и 1211. А.г.з.*).

### **Врсте ортаклука**

Разврставање ортаклука врши се према критеријуму унесене имовине. Тако ће се разликовати ортаклук код којег се ортачки удјели састоје од појединих ствари или новца (партикуларни); или се у ортаклук уносс поједине врсте ствари (генерални, диони уговор), и ако се у ортаклук уноси:

- а) само садашња имовина ортака, постојећа у вријеме перфекције;
- б) ако се уговори, поред уношења садашње имовине, и уношење имовине, без обзира на начин стицања, изузев наслеђивања (*параграфи 724. и 725. С.г.з. и 1176. и 1177. А.г.з.*) или се ортаци обавезују да у ортаклук унесу цјелокупну будућу стечену имовину (нпр. будућа зарада више ортака, када буде исплаћена сваком од њих, чиниће главницу ортаклука - универзални ортаклук) (*Живојин М. Перић: "Специјални део облигационог тражбеног права", стр. 214*).

# ZBIRKA ZADATAKA

## (IZBOR IZ SUDSKE PRAKSE)

### PRVA GRUPA ZADATAKA

#### Zadatak broj 1.

U konkretnom slu~aju jedno od osnovnih na~ela obligacionog prava obavezivalo je tu`ioca da tu`enog potpuno i ta~no obavijesti o svojstvima predmeta ugovora o kojima je ovaj, o~igledno, samo povr{no znao. Tu`ilac to nije u~inio. Tu`eni je tokom postupka isticao da je on pristao na ugovorenu cijenu od 650 dinara, vjeruju}i da kupuje fudbalske lopte namijewene za igru profesionalnog fudbala, a tu`ilac mu je po istoj cijeni prodao lopte koje nisu upotrebqive za tu svrhu i stoga su znatno jeftinije. To upu}uje na zakqu~ak da tu`ilac nije bri`qivo postupao prema interesima svog saugovara~a. Kako je odre|eno odredbom Zakona o obligacionim odnosima obaveza je subjekta obligacije da pru`i potrebna obavje{tewa svome partneru o sadr`ini i ekonomskoj svrsi wihovog (budu}eg) pravnog odnosa. U protivnom ~ini povredu odredbe o osnovnim na~elima.

Odgovorite:

Koje osnovno na~elo je u ovom slu~aju naro~ito povrije|eno?

Pitawa:

Kakva je pravna priroda odredbi o osnovnim na~elima: imperativna ili dispozitivna norma?

Kakve su pravne posqedice povrede osnovnih na~ela od strane subjekta obligacionog odnosa?

#### Zadatak broj 2.

Tu`eni je prisvojio tu`iocu na protupravan na~in, tj. silom, iznos od 330.000 dinara, s tim {to je u tom iznosu bio ukqu~en i iznos od 30.000 dinara, koji je tu`ilac "osvojio" od tu`enog hazardnom igrom pod nazivom "munta". Prema izlo`enom ~iweni~nom stawu tu`eni je u svakom slu~aju obavezan da tu`iocu vrati iznos od 300.000 dinara a da ostatak od 30.000 zadr`i, jer je nastala naturalna obligacija iz igre ili opklade. Prema drugom shvatawu ostatak od 30.000 dinara tu`eni je u smislu ~lana 104. stav 2. ZOO du`an da preda op{tini.

Odgovorite:

Da li je u ovom slu~aju nastala obligacija ili se radi o protivpravnom (ni{tavom) odnosu koji ne mo`e da se smatra pravnim osnovom prisvajawa?

Pitawa:

Kako sud mo`e do}i do odluke kada Zakon o obligacionim odnosima ne reguli{e, u cijelosti, pravne odnose koji nastaju povodom igre ili opklade. Postoji samo jedna

odredba člana 297. stav 2. ZOO. Da li se ona može ovdje primjeniti?

Prema OGZ-u (u smislu Zakona o nevažnosti...) svaka igra jeste vrsta opklade, a prava ustanovljena za opklade vaqaju i za igre (paragraf 1272 OGZ). OGZ propisuje: "Zakoni politički odrejuju, kakve su igre zabrawene uopšte, ili nekoj klasi osoba, ili kako se imaju kazniti osobe koje igraju zabrawene igre, i njihovi zaklawani".

Da li je pomenuto pravno pravilo u koliziji sa pravnim poretkom i da li se može primjeniti na osnovu člana 4. Zakona o nevažnosti pravnih propisa donijetih prije 6. aprila 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije ("Službeni list FNRJ", broj 84/46)?

Kakav značaj za odluku u ovom primjeru ima član 2. stav 1. tačka 18. Zakona o javnom redu i miru ("Službeni list SRBiH", broj 31/80) kojim je propisano da je prekršaj javnog reda i mira kada neko: "igra hazardnu ili drugu sličnu igru tako da igra gubi društveno - zabavni karakter ili ko za to iznajmi odnosno ustupi prostorije". Odredbom člana 11. istog zakona propisano je da se za pomenuti prekršaj može izreći i zaštitna mjera "oduzimawa predmeta koji su upotrebjeni ili su bili namijeweni za izvršewe prekršaja ili koji su nastali izvršewem prekršaja".

### **Zadatak broj 3.**

Niši sudovi su pravilno zaključili da je dužnik obavezan izvršiti preostali dio svoje obaveze iz ugovora o razmjeni, odnosno predati povjeriocu određenu količinu stvari generički ugovorenog kvaliteta (100 m<sup>2</sup> jelove građe), jer je utvrjeno da je povjerilac svoje obaveze iz zaključenog ugovora već izvršio. Kako iz utvrđewa niših sudova nesumnjivo proizilazi da predmet obaveze dužnika predstavqa davawe stvari određenih po rodu, a nije ugovoren drugi predmet obaveze niti isplata novčane protivvrijednosti stvari, to slijedi da ne postoji alternativna obligacija na strani dužnika u smislu odredbe člana 403. ZOO. Povjeriocu bi doduše u takvom slučaju pripadalo pravo zahtijewati umjesto dugovanih stvari njihovu novčanu protivvrijednost, ali u skladu sa odredbom člana 411. stav 1. ZOO kao fakultativno potraživawe, jer je tom odredbom propisano, da kad je ugovorom ili zakonom određeno povjerilac može umjesto dugovnog predmeta zahtijewati od dužnika drugi određeni predmet, a dužnik je dužan predati mu taj predmet, ako povjerilac to zahtjeva.

Odredbom člana 290. ZOO (dakle zakonom) je predviđeno da kad je dužnik generičke obaveze pao u docwu, povjerilac može, pošto je prethodno obavijestio dužnika, po svom izboru nabaviti stvar istog roda i zahtijewati od dužnika naknadu cijene i naknadu štete ili zahtijewati vrijednost dugovanih stvari i naknadu štete. Po mišljenju suda član 411. stav 1. ZOO treba tumačiti u pravcu da kad se obaveza sastoji u korištenju ovlaštenja zahtijewati zamjenu predmeta obaveze. Povjerilac koji zahtjeva ispuwewe obaveze iz zaključenog ugovora koji ima samo jedan predmet obaveze (kao u ovom slučaju) po mišljenju suda nije ovlašten istovremeno zahtijewati i zamjenu ispuwewa odnosno tražiti ispuwewe fakultativnog potraživawa koje mu pripada na osnovu zakona a koje bi mogao ostvarivati pod pretpostavkom da je jasno izrazio svoju voqu u pravcu da ne zahtjeva ispuwewe prvobitno ugovorene obaveze.

Pitawe:

Da li je sud pravilno postupio utvrdivši da zahtjev tužioca ne predstavqa novčani zahtjev na naknadu štete, već je to zahtjev za isplatu protivvrijednosti dugovane stvari, a takav zahtjev u konkretnom slučaju povjerilac nije ovlašten isticati istovremeno sa zahtjevom za ispuwewe dugovanog predmeta obaveze?

#### **Zadatak broj 4.**

Iz sporazuma zaključenog 29. septembra 1969. godine proizilazi da su ga zaključili tužilac, tuženi i preduzeće. Tim sporazumom utvrđeno je da preduzeće potražuje od tuženog 500.000 dinara, a da preduzeće duguje tužiocu 500.000 dinara. Radi likvidacije trostrukog dugovinskog odnosa učesnici su se saglasili, a tuženi se obavezao, da tužiocu plati iznos od 500.000 dinara i tako ugasi svoju obavezu. Sporazum je zaključen u pismenoj formi. Sud je našao da je na osnovu ovog sporazuma, tj. izjave o pristanku datoj od strane tuženog, tužilac stekao neposredno pravo da od tuženog potražuje spomenuti iznos.

Tuženi je u toku sudskog postupka i u žalbi isticao da nije dužan da plati tužiocu sporni iznos zato što preduzeće ne duguje iznos od 500.000 dinara, jer njegova obaveza da preduzeće plati označeni iznos proizilazi iz fiktivnog pravnog posla zaključenog između tuženog i preduzeća.

Vrhovni privredni sud je našao da je sporazum između ove tri stranke perfektan, da je prigovor tuženog neosnovan zato što je tuženi pristao na ovu transakciju, kao dužnik, i da prema pravnim pravilima obligacionog prava može isticati samo one prigovore koji se odnose na punovažnost o prihvatavu. Osim toga relevantan bi mogao biti samo njegov prigovor iz ličnog odnosa između tuženog i tužioca, a ne može isticati prigovore koji proističu iz ličnog odnosa između tuženog i preduzeća.

**Odgovorite:**

Kakav je pravni odnos uspostavljen između ova tri lica u slučaju gaženja međusobnih obaveza i koji su mu subjekti, te koja se pravila obligacionog prava odnosno određaba ZOO na ovaj odnos primjenjuju.

#### **Zadatak broj 5.**

Tužilac je tražio poništenje sudskog poravnava, jer je ono zaključeno pod prijetnjom (tužilac ga naziva "prinudom"). U reviziji ponavljano isticanu u toku postupka koji su vodili nižeinstepeni sudovi, da je pri zaključenju poravnava postojala prijetnja, jer je ono zaključeno nakon što su doneli sudski izvršni organi da izvrše raniju pravosnažnu sudsku odluku (rukovodim zida), donesenu u predmetu istih parničnih stranaka.

Sudskim poravnanjem na koje se primjenjuju odredbe članova 1089. do 1098. Zakona o obligacionim odnosima parnične stranke su prekinule spor i odredile svoja uzajamna prava i obaveze. One su, prema utvrđenju nižestepenih sudova, svojom slobodnom voljom (nije bilo mana volje na koje tužilac ukazuje) zaključile poravnave a to poravnave nije protivno ustavom utvrđenim načelima društvenog uređenja, prinudnim propisima ili moralu socijalističkog samoupravnog društva (član 103. stav 1. Zakona o obligacionim odnosima), niti se radi o ništavnom pravnom poslu kod koga su ugovarači znali za ništavost i htjeli poravnanjem da je odstrane (član 1096. stav 2. ZOO).

Pod prijetnjom se, u smislu odredbe stava 1. člana 60. ZOO podrazumjeva takvo ponašanje ugovorne strane ili nekog trećeg koje je nedopustivom prijetnjom izazvalo opravdan strah kod druge strane, tako da je ova zbog toga zaključila ugovor.

**Odgovorite:**

Da li se postupak prinudnog izvršenja sudske odluke može smatrati ponašanjem na koje se odnosi navedena sudska odredba?

## Zadatak broj 6.

Iz ~iweni~nih navoda sadr`anih u razlozima presude ni`estepenih sudova proizilazi da je tu`ilac zadobio povrede u saobra}anoj nezgodi koja se dogodila 26. 9. 1967 godine. Pravosna`nom presudom donesenom 1972. godine tu`eni je obavezan da tu`iocu za du{evne bolove zbog umawewa `ivotne aktivnosti ispla}uje nov~anu rentu u iznosu od 200 dinara mjese~no po~ev od 27. 3. 1968. godine. Sudskim poravnanem sklopqenim u 1973. godini tu`eni se obavezao da tu`iocu naknadi i materijalnu {tetu koju je tu`ilac trpio za vrijeme privremene sprije~enosti za rad.

Prema odredbama ~lana 376. stav 2. ZOO ni objektivni rok zastarjelosti potra`ivawa materijalne {tete ne mo`e po~eti te}i dok {teta nije nastala. Kako se nastanak {tete ne mora poklapati sa {tetnim doga|ajem, to je radi pravilne primjene navedenog zakonskog propisa neophodno utvrditi u kom momentu su se manifestovale {tetne posqedice, odnosno od kada tu`ilac gubi zaradu zbog posqedica {tetnog doga|aja. Od toga momenta bi tekao rok zastarjelosti potra`ivawa. Ako se radi o {teti koja kontinuirano traje, a sukcesivno nastaje, rok zastarjelosti bi po~eo te}i od kada je {teta nastala odnosno subjektivni rok od kada je tu`ilac za wu saznao, pa bi nakon wihovog proteka zastarjevalo potra`ivawe i za {tetu koja }e se manifestovati u budu}nosti.

Ni`estepeni sudovi su ocijenili da je neosnovan zahtjev tu`ioca za naknadu materijalne {tete zbog gubitka zarade u obliku nov~ane rente po~ev od 1.3.1984. godine, jer su usvojili prigovor zastarjelosti potra`ivawa. Ovakav pravni stav ni`estepeni sudovi su izrazili, jer tu`ilac nije od pretrpqene povrede putem suda tra`io naknadu materijalne {tete zbog izgubqene zarade (izuzev za vrijeme privremene sprije~enosti za rad).

Odgovorite:

Zbog ~ega je Vrhovni sud utvrdio da je izra`eni pravni stav ni`estepenih sudova zasnovan na pogre{noj primjeni materijalnog prava, zbog ~ega je ~iweni~no stawe nepotpuno utvr}eno?

## Zadatak broj 7.

I

Uvidom u kwigovodstvenu evidenciju utvrdili smo da na{a obaveza za isporu~enu robu iznosi 65.100,00 dinara po otpremnicama broj 10.16 i 22 od 17.12.1986. godine.

II

Na osnovu vjerodostojne dokumentacije utvrdili smo da na{e potra`ivawe prema va{em preduze}u iznosi 60.000,00 dinara po fakturi broj 123. od 1.12.1990. godine.

III

Na osnovu podataka navedenih u ta~kama I i II ove izjave obavje{tavamo vas da je iznos od 60.000,00 dinara me|usobno obra~unat. Razliku od 5.100,00 dinara namiri}emo u zakonskom

roku.

#### IV

Ova izjava o međusobnom obračunavanju uzajamnih obligacija sastavljena je u tri istovjetna primjerka, od kojih svakoj strani pripada po jedan a jedan nadležnoj jedinici Službe društvenog krigovodstva.

Bawa Luka, 5.10.1991. godine  
Finansijski direktor

Odgovorite:

O kakvoj se izjavi ovdje radi i da li je ona perfektna?

#### **Zadatak broj 8.**

Prema izjavi u utvrđenim sadržajima u navedenim presudama proizilazi da je dana 15. maja 1980. godine između tužila i tuženog zaključen ugovor o kupoprodaji vozila marke "Zastava 101 mediteran", a prema članu 4. pomenutog ugovora, prodavac se obavezao da isporuku vozila izvršiti po osnovu redosleda uplate, a najkasnije u roku od 150 dana. Iz datih izjava utvrđeno sledi da je tužilac prilikom zaključivanja ugovora uplatio kupovnu cijenu u iznosu od 79.631 dinara, a po naknadnom računom od 18 juna 1980. godine doplatio je još iznos od 10.708 dinara. Kako je rok isporuke bio 15. oktobar 1980. godine a prema izjavi u utvrđenim sadržajima ni u jednom od sudova tuženi nije isporučio kupčeno vozilo, jer istim nije raspolagalo, tužilac je po isteku navedenog roka, nakon doplate razlike u cijeni od 36.030 dinara od tuženog preuzeo drugo vozilo marke "Zastava 101 konfort", a zatim je prvobitnim tuženim zahtjevom zatražio da sud obave tuženog da mu vrati razliku u cijeni, jer da to za njega predstavja tetu, dok je preciziranim tuženim zahtjevom zatražio da sud obave tuženog da mu isplati iznos od 94.895 dinara, sa 7,5% zatezних kamata, obrazloživši da je uplatu izvršio u deviznim sredstvima, te je stoga tuženi u obavezi da mu tetu naknadi prema kursu u vrijeme preciziranja zahtjeva (7. novembra 1984. godine).

Polazeći od opisanih izjava u utvrđenim sadržajima, ni u jednom sudu osnovano zaključiti da je na taj način tužilac prihvatio poziv tuženog da umjesto ugovorenog preuzme drugi tip vozila sa drugom cijenom, tj. da su stranke sporazumno odredile da se ranije zaključanim ugovorom preuzeta obaveza tuženog zamjeni novom, te da iz tih razloga tužilac ne može po realizaciji tako zamjenjene ugovorne obaveze tražiti da mu prodavac (tuženi) vrati razliku u cijeni.

Odgovorite:

O kakvoj se pravnoj promjeni ovdje radi, na koji je način izvršena i da li su ispunjeni u potpunosti uslovi za njenu perfekciju kako su to sudovi zaključili?

#### **Zadatak broj 9.**

Nije sporno među strankama da je tužilac prema profakturi broj 1775/83 od 16.2.1983. godine kupio kod tuženog traktor marke IMT 593124 za kupoprodajnu cijenu od 274.860 dinara, cijenu isplatio 28.2.1983. godine, a tuženi je preuzeo obavezu da tužiocu isporučiti kupčeni traktor u roku od 90 dana po cijeni koja bude važila do isporuke. Nesporno je među strankama da tuženi u roku od 90 dana nije isporučio kupčeni traktor, a da je tužilac 12. januara 1984. godine

izvr{io uplatu na ime razlike u cijeni za drugi traktor kojeg mu je tu`eni ponudio, traktor tipa IMT 539097.

Imaju}i u vidu ovakvo ~iweni~no stawe prvostepeni sud je pravilno primjenio Zakon o obligacionim odnosima i kao neosnovan odbio tu`beni zahtjev tu`ioca kojim je tra`io da sud obave`e tu`enog da mu isplati na ime duga odre|eni iznos sa kamatom i da mu nadoknadi tro{kove spora.

Odgovorite:

Na koje se odredbe Zakona o obligacionim odnosima sud mogao pozvati, tj. pod koje je odredbe podveo predwe pravno stawe i kako bi moglo glasiti obrazlo`ewe ovakve sudske odluke?

## **DRUGA GRUPA ZADATAKA**

### **Zadatak broj 1.1.**

Nije sporno da je tu`eni ponudu za zakqu~ewe ugovora datirao sa 10. januarom teku}e godine i odredio rok od 10 dana za prihvatawe ponude. S druge strane, nesporno je i da je tu`ilac prihvatio ponudu pla}awem kupoprodajne cijene doznakom od 26.1. teku}e godine. Tu`eni smatra da je tu`ilac zakasnio sa prihvatom i da wega data ponuda vi{e ne obavezuje, jer je rok od 10 dana nazna~io u pismu - ponudi, dok tu`ilac tra`i da sud obave`e tu`enog na ispuwewe ugovorne obaveze, jer je ugovor zakqu~en wegovim prihvatawem ponude u roku od deset dana od prijema ponude.

Sporno je me|u strankama da li je ponuda tu`enog za zakqu~ewe kupoprodajnog ugovora od 10. januara 1989. godine, blagovremeno prihva}ena od tu`ioca i time zakqu~en pravno vaqan ugovor (perfektan).

Odgovorite:

Kako ovaj spor rije{iti i u ~iju korist? Svoju odluku zasnujte na zakonu i obrazlo`ite.

### **Zadatak broj 1.2.**

Tu`ilac je u~inio ponudu za kupovinu mjera~a tvrdo}e na na~in da je ponudio cijenu za 1% vi{u od svakog drugog najpovoqnijeg ponu|a~a. Prema propisu ponuda je prijedlog za zakqu~ewe ugovora koji se sastoji od svih bitnih sastojaka ugovora da bi se wegovim (prostim) prihvatawem mogao zakqu~iti perfektan ugovor. Tu`iteq svojim tu`benim zahtjevom tra`i predaju pokretnine uz istovremenu wegovu obavezu pla}awa odgovaraju}e cijene. Tu`ena strana smatra da se na osnovu tu`io~eve ponude nije mogao zakqu~iti ugovor o prodaji po{to ponuda ne sadr`i sve bitne sastojke ugovora.

Odgovorite:

Da li je prijavqivawe tu`ioca na oglas tu`enog o prodaji osnovnih sredstava van upotrebe, a u pogledu u~iwene ponude za kupovinu jednog mjera~a tvrdo}e bilo takvo da bi se tu`ilac mogao smatrati pravno relevantnim kupcem, a onda i zasnivati svoja prava iz polo`aja ugovorne strane?

### Zadatak broj 1.3.

Ustavni sud je odbio prijedlog radničkog savjeta radne organizacije za ocjenjivanje zakonitosti odredbe Općinih tehničkih uslova za isporuku toplotne energije koju je donijela komunalna radna organizacija, kojom je propisano da ukoliko potrošač ima ugrađen mjerni instrument (kalorimetar) u toku mjeseca trošit mawe od 70% energije koju bi mogao utrošiti, dužan je za taj mjesec platiti iznos od 70% od predviđenog iznosa. Po mišljenju predlagača komunalna radna organizacija nema pravo da od potrošača naplaćuje veću količinu jedinica toplotne energije od one koju isporučuje, odnosno koju potrošač utroši, a količina toplotne energije u fakturi mora biti jednaka količini utvrđenoj mjernim instrumentima, a na osnovu postotka predviđene isporuke.

Komunalna radna organizacija u odgovoru i na javnoj raspravi istakla je da je jedna od osnovnih wenihih djelatnosti proizvodnja i distribucija toplotne energije. Uređaji za proizvodnju i distribuciju toplotne energije projektovani su i instalirani prema instaliranoj snazi potrošača. Tehnički je gotovo nemoguće prilagodavati dinamiku proizvodnje i distribucije toplotne energije pojedinačnim većim oscilacijama potrošnje koja nastaje u toku sezone grijanja. Komunalna radna organizacija je davalac usluga i predlagač je prihvatio uslove pružanja usluga. Prilikom utvrđivanja načina obračuna troška toplotne energije koji je određen Općinim i tehničkim uslovima isporuke toplotne energije, položilo se od ekonomske računice da je nemoguće uštedjeti više od 50% instalirane snage. S obzirom na ovlaštenje iz Zakona o komunalnim djelatnostima ("Službeni list SRBiH", br. 4/75, 16/82 i 29/86) Ustavni sud SRBiH je našao da Komunalna radna organizacija za proizvodnju i distribuciju toplotne energije može utvrditi uslove i načine isporuke iste i uzajamna prava i obaveze isporučioaca i potrošača koje se odnose na isporuku i preuzimanje energije iz vrelododne mreže.

Odgovorite:

O kakvom se pravnom odnosu ovdje radi i kako su ova pravila utvrđena u saveznom propisu, te kako bi sud trebao postupiti primjenjujući odgovarajućim savezni zakon o sporu između sastavljaka Općinih uslova i potrošača?

### Zadatak broj 1.4.

Zajmodavac i zajmoprimac su se sporazumjeli da zajmodavac pozajmi tuđem iznos od 10.000 USA dolara radi finansiranja ponovnog otvaranja restorana, uz obavezu tuđinih da mu plaćaju 3% od ukupnog prihoda ostvarenog radom restorana u periodu od 10 godina. Tužilac zahtjeva da mu tuđini vrati 10.000 USA dolara u istoj valuti s obzirom da je ugovor zaključen u inostranstvu (član 10. Zakona o novčanom sistemu). Tužilac zahtjeva i ugovorene kamate kao i zatezne kamate od dana kada su tuđini pali u docwu u pogledu vraćanja zajma. Tuđini istiže da njihov sporazum nema karakter ugovora o ortakluku jer stranke tako izrekom konstatuju. Tuđini smatra da s obzirom na predviđena sredstva obezbjeđivanja (mjenice, obveznice) te ukupan odnos stranaka ovakav odnos ima značewe ugovora o zajmu, ali sa ugovorenom prekomjernom kamatom. Takvo ugovorno utanačewe i u smislu pravnih pravila iz paragrafa 1195 i 1196 bivšeg OGZ činilo bi ugovor nezakonitim, jer se za ortaka ne može odrediti veći dobitak od wegovog udjela, a takvo ima značewe kada neko osigurava sebe od mogućnosti gubitka glavnice (u našem primjeru traži nazad svojih 10.000 USA dolara), a s druge strane ugovara dobitak koji prelazi zakonsku ugovorenu kamatu i oslobađa se svakog sudjelovanja u ortakom poslu. Ova pravila bi se, makar i po analogiji, morala primjeniti na ugovor o zajmu, dat radi finansiranja tuđeg ortakog preduzeća, kakav je konkretan slučaj.

Odgovorite:

1. Kakva je pravna priroda ovog odnosa?
2. Da li se mogu uporedo ugovarati ugovorna i zakonska kamata i kolike su im stope?
3. Zašto se u ovom primjeru isti da su ugovorene lihvarske kamate i kakve to posljedice povlači?
4. Da li ništavost odredbi ugovora o kamatama povlači ništavost cijelog ugovornog odnosa?

### **Zadatak broj 1.5.**

Jedna građanka želi da proda svoj stan da bi kupila kuću na morskoj obali. Stan joj je jedini objekat koji koristi za stanovanje i jedina imovina koju može da unovči kako bi namakla sredstva za isplatu kupoprodajne cijene kuće na morskoj obali. Nalazi prodavca kuće na moru i smatra prihvatljivom ponuenu prodajnu cijenu. Wena odluka o prodaji svoga stana u gradu je gotovo sazrela, ali je ipak neodlučna, jer nije sigurna da se prodavac neće moći predomisлити; odustati od prodaje za vrijeme dok je ona izvršiti prodaju svoga stana i tako ostati bez krova nad glavom. Da bi to spriječila, a u nemogućnosti da po istoj cijeni nabavi isti takav stan u gradu, želi da pravno veže prodavca da ne odustane od prodaje i da primi wenu kupoprodajnu cijenu, prepusti joj posjed kuće i dozvoli upis wenog prava svojine u zemljinim knjigama. Pita se da li je pravno to moguće obezbijediti i kojim pravnim sredstvom?

Odgovorite:

Koji od obligaciono-pravnih ili realnih sredstava pojačawa ugovora pruža najveću zaštitu u datom slučaju:

- a) ugovarawe ugovorne kazne
- b) davawe kapare
- v) zaključivawe predugovora
- g) zaključivawe ugovora o prodaji na otplatu

### **Zadatak broj 1.6.**

Prvostepeni sud je obavezao jemca da plati povjeriocu dug umjesto glavnog dužnika. Na takvu odluku suda jemac se žalio iz sledećih razloga: povjerilac je ispuwewe obaveze glavnog dužnika obezbijedio jemstvo supsidijarnog jemca. Kao što je poznato pravila supsidijarnog jemstva nalažu prvenstveno obrađawe povjerioca glavnom dužniku radi namirewa, a supsidijarni jemac je jemac drugog reda. U ovom slučaju povjerilac je tužio supsidijarnog jemca bez da je pozvao glavnog dužnika na izmirewe obaveze. Jemac u žalbi navodi da je povjeriočeva tužba preurawena, jer je povjerilac nužno morao preduzeti određene aktivnosti u pravcu pritiska na glavnog dužnika što je u ovom slučaju izostalo. Daqe, tuženi jemac navodi u žalbi da ne postoji mogućnost da se od wega traži isplata duga bez prethodne opomene (poziva) glavnom dužniku nad kojim je prije pokretawa parnice otvoren stečajni postupak.

Odgovorite:

Kako riješiti ovu žalbu: usvojiti žalbu i pobijanu presudu ukinuti ili odbiti žalbu i pobijanu presudu potvrditi i iz kojih razloga.

### **Zadatak broj 1.7.**

^lanom 4. ugovora od 21.7.1990. godine bilo je predviđeno da je glavni izvor finansirawa aktivnosti vezanih za pripremu i realizaciju turneje biti sredstva koja se ostvare sponzorisawem turneje od strane radnih organizacija koje `ele promovisati svoje proizvode ili usluge. ^lanom 9. ta~ka a) i b) ugovora tu`ena se obavezala da je se u punoj mjeri anga`ovati na obezbjelewu sponzora turneje i da je u roku od 15 dana po potpisivawu ugovora pismeno obavijestiti ostale ugovorne stranke o minimumu sredstava koje garantuje da je obezbijediti od sponzora u neto iznosu. Dopisom od 1.11. tu`ena je obavijestila tu`ioca da su od sponzora obezbijena sredstva u iznosu od 2.500.000 dinara, ali da ne mo`e da obezbijedi obe}ani iznos od 3.000.000 dinara.

Odgovorite:

O kakvom se pravnom odnosu radi i da li tu`ilac ima pravo da potra`uje obe}ana sredstva od tu`ene (obe}avaoca)?

### **Zadatak broj 1.8.**

Tu`ilac je 25. decembra pro{le godine kupio automobil koji je proizveo tu`eni. Ubrzo poslije toga, 16. januara teku}e godine tu`ilac je na auto-putu do`ivio saobra}ajnu nezgodu. Saobra}ajna nezgoda je prouzrokovana pucawem unutra{we zadwe lijeve gume koja je bila tehni~ki-funkcionalno neispravna. S obzirom da je do saobra}ajne nezgode do{lo u garantnom roku tu`ilac se obratio proizvo|a~u sa zahtjevom za zamjenu vozila koje je bilo znatno o{te}eno. Proizvo|a~ je odbio wegov zahtjev i imalac vozila se obratio sudu. Prvostepeni sud je stao na stanovi{te da nisu ispuweni uslovi iz ~lana 501. stav 1. ZOO za zamjenu o{te}enog automobila, ve} da tu`iocu pripada pravo po osnovu garancije da mu umjesto fabri~ki neispravne preda drugu ispravnu gumu. [to se ti~e ostalih o{te}ewa na automobilu tu`ilac mo`e na osnovu nalaza vje{taka a po op{tim pravilima o naknadi {tete zahtijevati naknadu od proizvo|a~a ili prodavca.

Prihvataju}i utvr}eno ~iweni~no stawe drugostepeni sud je na{ao da se ne radi o funkcionalnom nedostatku koji vodi zamjeni stvari u smislu ~lana 501. stav 1. ZOO, ve} da se radi o skrivenoj mani na gumi. Ta mana ne mo`e voditi zamjeni kupqene stvari ve} samo wegovog dijela s obzirom da pravila o garanciji ne iskqu~uju primjenu odredbe ~lana 478. ZOO o odgovornosti prodavca za materijalne nedostatke stvari.

Vrhovni sud je po zahtjevu javnog tu`ioca ukinuo presude prvostepenog i drugostepenog suda. Vrhovni sud smatra da je pravilan stav ni`ih sudova po kojem je osnovno pravo kupca da tra`i prvenstveno opravku pa tek ako taj zahtjev neuspje{no pro|e da tra`i zamjenu stvari u garantnom roku. Me|utim, kupac ne mo`e izgubiti pravo na zamjenu zbog toga {to prethodno nije zahtjevao opravku, ve} pravo na zamjenu zavisi od toga da li se neispravnost ne mo`e otkloniti opravkom. Neprihvatqivo je apriori stanovi{te ni`estepenih sudova da nema zakonskog osnova da tu`ilac tra`i zamjenu automobila. U ovom slu~aju, smatra Vrhovni sud, ni`estepeni sudovi trebaju imati u vidu i odredbu ~lana 179. stav 1. ZOO (jer po odredbi ~lana 186. stav 3. ZPP sud nije vezan za pravni osnov tu`benog zahtjeva), prema kojoj proizvo|a~ na osnovu objektivne odgovornosti odgovara za {tetu nastalu zbog nedostatka stvari kada nedostatak predstavqa opasnost {tete za lica i stvari. Prema ~lanu tj. odredbi ~lana 185. Zakona o obligacionim odnosima, tu`ilac kao o{te}eno lice ima pravo da zahtjeva uspostavqawe stawa kakvo je bilo prije nastupawa {tete, a to u ovom slu~aju podrazumjeva i zamjenu automobila, ako se opravkom ne bi mogla otkloniti sva o{te}ewa nastala u saobra}ajnoj nezgodi, tako da se odr`i wegova nesmawena upotrebna i tr`i{na vrijednost.

Odgovorite:

Koje ~iwenice i okolnosti nisu dovoqno ispitane u ni`estepenom postupku a koje su relevantne za dono{ewe odluke o osnovanosti tu`benog zahtjeva da se {teta nadoknadi zamjenom

o{te}enog vozila primjenom odgovaraju}e odredbe ZOO?

### **Zadatak broj 1.9.**

Tu`eni isti~u protivzahtjev da tu`iteq na osnovu isporu~ene zamjewene ma{ine doplati razliku u cijeni. Tu`iteq je kupio ma{inu za prawe rubqa tipa "S.1004" od prvotu`enog dana 7.10.1990. godine po cijeni od 9.800 dinara, a reklamaciju ovla{tenom servisu izvr{io je nakon sedam dana. Ovla{teni servis nije ma{inu opravio u roku od 45 dana kako je propisano u garantnom listu, zbog ~ega je tu`ilac 2.3.1991. godine tra`io zamjenu isporu~ene ma{ine. Tu`enik je to odbio, jer je proizvodwa ma{ina tipa "S.1004" zamjewena tipom "S 1014" koji je skupqi od kupqene ma{ine i ko{ta 11.809 dinara. Tu`iteq zahtijeva da mu tu`enici solidarno odgovaraju u smislu ~lana 488. odnosno 501. stav 1. ZOO.

Prvostepeni sud odbija zahtjev tako {to odlu~uje da tu`ilac treba da plati razliku u cijeni izme|u navedenih tipova ma{ina. Po `albi tu`ioca vi{i sud vra}a predmet na ponovno su|ewe i tra`i da ni`i sud utvrdi da li je tra`ena ma{ina tipa "S.1014" ista kao prvobitno kupqena neispravna ma{ina ili je sli~na toj ma{ini. U odluci vi{i sud navodi da je praksa proizvo|a~a kao solidarnog tu`enika da mijewaju komercijalnu vrijednost ma{ine izmjenom oznake {to je nebitno za wenu upotrebnu vrijednost koja ostaje ista. Ukoliko bi se pak utvrdilo da je tra`ena ma{ina tipa "S.1014" tehni~ka novina nastala usavr{avawem postoje}ih tipova onda ona ne bi bila ista ve} pribli`no ista ili sli~na ma{ina, {to bi bitno uticalo na predmetni spor.

Odgovorite:

S obzirom na izneseno ~iweni~no stawe izvedite zakqu~ak o mogu}em rje{ewu spora.

### **Zadatak broj 1.10.**

Sudovi utvr|uju da je tu`ilac od tu`enog 28.8.1987. godine kupio kravu i tele za cijenu od 960.000 dinara. Tu`eni je tvrdio da krava daje 20 do 25 litara mlijeka pa mo`da i vi{e. Tu`ilac je odmah preuzeo kravu i tele i tu`enom isplatio cijenu. Tu`ilac je nakon tri do ~etiri dana po~eo s mu`om krave, ali je daleko mawe davala mlijeka nego {to je tvrdio tu`eni prilikom prodaje, zbog ~ega je u roku od osam dana obavijestio tu`enog ali je ovaj odbio da prizna nedostatak. Krava je u po~etku davala devet litara, zatim {est litara, pa sve mawe dok nije sasvim prestala te je tu`ilac na mjesec dana do zakqu~ewa glavne rasprave prodaje. Na osnovu izvr{enog vje{ta~ewa s obzirom na svojstva, koli~inu i kvalitet hrane koju je uzimala, obra~unata je razlika u koli~ini mlijeka koju je krava dnevno davala do koli~ine dnevne proizvodwe od 18 litara u ukupnom iznosu od 628.000 dinara. Pogre{an je stav prvostepenog suda da je tu`ilac jednostrano raskinuo predmetni ugovor po situaciji koju predvi|a ~lan 132. u vezi sa ~lanom 497. ZOO jer tu`ilac ne tra`i raskid ugovora zbog neispuwewa obaveza tu`enog. Drugostepeni sud pravilno postupava kada usvaja preina~eni tu`beni zahtjev i tu`enog obavezuje da tu`iocu na ime naknade {tete zbog povrede ugovora plati iznos od 628.000 dinara sa kamatom. Ovu svoju odluku obrazla`e tako {to isti~e da u obligacionom odnosu du`nik mora ispuniti svoju obavezu savjesno, u svemu kako ona glasi. Kad ne ispuni obavezu ili zakasni s wenim izvr{ewem, povjerilac ima pravo na naknadu {tete koju je usqed toga pretrpio. Povjeriocu pripada pravo i na naknadu izmakle koristi, koju je du`nik u vrijeme zakqu~ewa ugovora morao predvidjeti kao mogu}e posqedice povrede ugovora, a s obzirom na ~iwenice koje su tada bile poznate ili morale biti poznate.

Odgovorite:

O kakvoj odgovornosti du`nika je rije~ i na koje odredbe Zakona o obligacionim odnosima sud

se mo`e pozvati?

### **Zadatak broj 1.11.**

Utvr`eno je da tu`iteqica na osnovu ugovora od 27. septembra 1990. godine tu`enom prodala ku}u veli~ine 72 m<sup>2</sup> i zemqi{te u povr{ini od oko 16.000 m<sup>2</sup>, (livada, vo}wak i 4.000 m<sup>2</sup> pod {umom) za cijenu od 200.000 dinara, te da je vrijednost nekretnina u vrijeme zakqu~ewa ugovora iznosila 647.923 dinara.

U postupku je utvr`eno da je tu`iteqica u poodmakloj `ivotnoj dobi, da `ivi sama na selu i da nije znala za realnu vrijednost novca (mislila je da za 200.000 dinara mo`e kupiti "po Dubice"), da je realnu vrijednost spoznala kada je nakon prodaje nekretnina oti{la u Dubicu radi kupovine garsowere i saznala da garsowera ko{ta 440.000 dinara i da je odmah nakon toga poku{ala vratiti tu`enom ugovorenu cijenu.

Odgovorite:

- a) Da li postoji razlog za poni{tewe ugovora ako je prodavac zbog nepoznavawa cijena dobara prodao stvar ispod realne vrijednosti?
- b) Koji objektivni i subjektivni kriterijum treba primijeniti i da li se u navedenom ~iweni~nom stawu nalaze ovi kriteriji?

### **Zadatak broj 1.12.**

Tu`ilac kao prodavac zahtijeva od tu`enog kupca isplatu ve}e cijene od ugovorene za ugovorenu koli~inu mineralnog lubriva. Isporuka ugovorene koli~ine trebala je usqediti 1.10. ali je 15.10. nadle`ni organ donio odluku o pove}ewu cijena mineralnog lubriva (predmet obaveze prodavca) za 100%. Prodavac kao tu`ilac isti~e da je ova mjera nadle`nog organa izvanredan doga{aj koji on nije mogao predvidjeti u vrijeme zakqu~ewa ugovora te da je wemu ispuwewe obaveze sada pretjerano ote`ano, jer bi mu bio nanesen pretjerani gubitak. S toga smatra da mo`e tra`iti izmjenu ili raskid ugovora bez obzira {to nije isporu~io ugovorenu koli~inu mineralnog lubriva na vrijeme.

Odgovorite:

Da li sud treba da prihvati zahtjev tu`ioca?

### **Zadatak broj 1.13.**

Sud je utvrdio da su parni~ne stranke kao ugovara~i zakqu~ili ugovor o zakupu poslovnih prostorija, dana 1.1.1990. godine. Tim ugovorom visina zakupnine je utvr`ena u iznosu od 10.000 dinara mjese~no. Sud je utvrdio da je u 1991. godini ugovor pre}utno obnovqen (tu`eni je nastavio koristiti prostorije a tu`ilac se tome nije protivio), ali je obavezao tu`enog u smislu ~lana 133. ZOO, da plati pove}anu zakupninu prema rastu visine zakupnine na teritoriji op{tine u 1991. godini. Prema odredbi stava 2. ~lana 5. Zakona o zakupu poslovnih zgrada i prostorija, visinu zakupnine za poslovne prostorije odre}uju sporazumno zakupodavac i zakupac. Odredbom ~lana 40. istog zakona predvi`eno je da se ugovor o zakupu poslovnih prostorija smatra pre}utno obnovqenim na neodre}eno vrijeme, pod istim uslovima, pod kojim je ugovor

zakupu, ako zakupodavac ne zahtjeva prinudno izvršenje naloga ili presude u roku od 60 dana kada je na to stekao pravo. Odredbom člana 133. ZOO propisani su uslovi pod kojima se može raskinuti ugovor zbog promijenjenih okolnosti. Odredbom člana 4. istog zakonskog propisa regulisana je i mogućnost izmjene odgovarajućih uslova ugovora, zbog promijenjenih okolnosti, u kom slučaju se ugovor ne raskida.

Odgovorite:

Da li bi sud, primjenjujući navedeni zakonski propis, mogao obavezati zakupca - tuženog da zakupodavcu - tužocu isplati veći iznos zakupnine, usvajajući tužbeni zahtjev kojim se samo zahtjeva veći iznos zakupnine, nezavisno od pristanka tuženog da se izmjene odgovarajućih uslovi ugovora.

#### **Zadatak broj 1.14.**

Ugovarači su zakupili ugovor o zajmu određene količine domaće novca (dinara). Zajmodavac je tužio zajmoprimca sudu zahtijevajući primjenu odredbe člana 133. ZOO, jer je tom odredbom u stavu 1. predviđena mogućnost da se zahtjeva raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti koje su nastupile nakon zakupa ugovora, a koje otežavaju ispunjenje obaveza jedne strane ili se zbog njih ne može ostvariti svrha ugovora. Međutim, ne može se zahtijevati raskid ugovora ako je strana koja se poziva na promijenjene okolnosti bila dužna u vrijeme sklapanja ugovora uzeti u obzir te okolnosti ili ih je mogla izbjeći ili savladati (član 133. stav 2. ZOO). Po shvatanju suda radi se o takvim okolnostima koje se uopće smatraju izvanrednim i nepredvidivim.

Odgovorite:

Da li je pad vrijednosti novca u uslovima prisutne inflacije okolnost koju stranke ne mogu predvidjeti?

#### **Zadatak broj 1.15.**

Sudovi su utvrdili da su tužitelji zakonske nasljednice pok. i da su u tom svojstvu blagovremeno tražile poništaj spornog ugovora zbog prekomjernog oštećenja. Utvrđeno je da je kupoprodajni ugovor zakupljen 10.1.1988. godine između pok. i tuženih i da je wime došlo do prekomjernog oštećenja na tuđu pok., odnosno sada tužiteljica zbog nesrazmjere uzajamnih davanja. Naime, za prodatu nekretninu pok. je dobio 100.000 dinara. Međutim, prava vrijednost te nekretnine u vrijeme prodaje iznosila je 350.430 dinara. Sudovi su konačno utvrdili i da pok. nije znao za pravu vrijednost nekretnina niti je bilo okolnosti prema kojima je mogao znati za wu. Svedstveno tome nišestepeni sudovi su pravilno primijenili odredbu člana 139. ZOO ništajući sporni ugovor zbog prekomjernog oštećenja.

Odgovorite:

Da li nasljednicima pripada pravo na poništavanje ovakvog ugovora i u kom roku?

#### **Zadatak broj 1.16.**

Stranke su zasnovale vanbračnu zajednicu 1.1.1978. godine. Motivisan `eqom da ostatak `ivota pro`ivi sa tuženom u toj zajednici tužilac je poklonio tuženoj svoje pravo svojine na parceli broj

337/1 u povr{ini 8 ari, na kojoj su `eqeli izgraditi porodi~nu ku}u. @eqeli su tako osujetiti sina tu`enog da pobija ugovor o poklonu kao nasqednik. Prava voqa stranaka je bila zakqu~ewe ugovora o poklonu. Vanbra~nu zajednicu stranke su raskinule 1.1.1983. godine. Dakle, kupoprodajni ugovor je prividan (simulovan) i prikriva ugovor o poklonu (desimulovani), koji je zakqu~en u formi propisanoj za promet nekretnina.

Iz predvih ~iwenica proizlazi da je tu`ilac poklonio tu`enoj spornu nekretninu u zabludi, o~ekuju}i da }e je na taj na~in privoqeti da ostatak `ivota provedu u vanbra~noj zajednici, u ku}i na poklowenom placu do ~ega nije ni do{lo, jer je zajednica `ivota prekinuta.

Odgovorite:

- a) Da li je i jedan od zakqu~enih ugovora va`e}i?
- b) O kojoj se zabludi ovdje radi i koje su wene pravne posqedice?

### **Zadatak broj 1.17.**

Prema utvr|ewu suda tu`ioci su neutvr|enog dana krajem marta mjeseca 1989. godine platili tu`enom iznos od 98.800 dinara za otkup wihove k}erke radi udaje za svog sina; poslije je od strane tu`enih prire|eno svadbena veseqa, a 28. marta iste godine i zasnovana vanbra~na zajednica `ivota tu`ilaca i k}erke tu`enih, koja je raskinuta 9. juna iste godine.

Sporni iznos od 98.800 dinara tu`ioci su platili tu`enim po me|usobnom sporazumu za otkup k}erke tu`enih kao nevjeste saglasno obi~ajima narodnosti kojoj pripadaju. Sud je presudom obavezao tu`ene da tu`iocima plate iznos od 98.800 dinara sa pripadaju}om kamatom po~ev od podno{ewa tu`be. Istom presudom sud je odbio tu`ene sa protivtu`benim zahtjevom da im tu`ilac zbog izostalog zakqu~ewa braka izme|u djece stranaka plati tro{kove izostalog zakqu~ewa braka tj. svadbenog veseqa u iznosu od 93.700 dinara.

Odgovorite:

- a) Za{to je i na osnovu kojeg propisa sud obavezao tu`ene da tu`iocima plate sporni iznos na ime otkupnine za tu`io~evu k}erku?
- b) Prema kojoj odredbi materijalnog prava je sud odbio tu`ene sa zahtjevom za naknadu tro{kova svadbenog veseqa?

### **Zadatak broj 1.18.**

Zahtjev tu`ioca da mu tu`eni vrati 13.000 DM i 600.000 dinara zasnovan je na ~iweni~nom stawu da je tu`enom isplatio navedene nov~ane iznose na ime cijene po osnovu prodaje teretnog automobila, koji mu je nakon realizacije prodaje odmah oduzet u postupku koji je vo|en pred carinskim organima zbog carinskog prekr{aja. Zahtjev tu`ioca zasniva se iz toga {to je on kupio automobil u SR Wema~koj, kratko vrijeme prije nego {to je umro otac tu`enog koji je du`e vrijeme radio u SR Wema~koj, pa je tu`eni, po nagovoru tu`ioca pomenuto vozilo prijavio kao zaostav{tinu svoga oca {to je konstatovano u rje{ewu suda, nakon ~ega je vozilo uvezeno u Jugoslaviju bez pla}awa carine, a zatim je, po otkrivawu ove, o~ito nedozvoqene transakcije uslijedilo oduzimawe vozila. Kao naknadu {to je, pristao da u zaostav{tinu oca prijavi vozilo koje je kupio tu`ilac kao i naknadu vezanu za uvoz vozila (odlazak u SR Wema~ku), tu`ilac je isplatio tu`enom 13.000 DM.

Iz ~iwenica koje su utvrdili ni`estepene sudske instance izveden je zakqu~ak da su stranke

zakqu-ile ugovor koji se svodi na obavezu tu`enog da }e na nelegalan na~in (izigravawem pozitivnih propisa) pomo}i tu`iocu da, bez pla}awa carinskih da`bina uveze teretni automobil a tu`ilac je za tu uslugu platio naknadno.

Odgovorite:

Kako se mo`e kvalifikovati ovakav pravni posao i koje su mu posqedice?

## TREJA GRUPA ZADATAKA

### Zadatak broj 3.1.

U postupku je utvr|eno da je po naredbi tu`enog tu`ilac putem `eqeznice otpremio naru~enu robu tu`enom; da je ta roba, u toku prevoza `eqeznicom izgubqena, a da stranke nisu ugovorile mjesto isporuke robe. Tu`eni odbija da plati kupoprodajnu cijenu u iznosu od 109.810 dinara, jer je roba izgubqena u toku prevoza `eqeznicom i isti~e da rizik za slu~ajnu propast stvari prelazi na kupca tek od momenta kada se stvar na|e u prite`awu kupca.

Sud je na{ao da je kupac du`an platiti cijenu kupqene robe i kada je ova izgubqena u toku prevoza `eqeznicom, ako ugovorom nije odre|eno mjesto ispuwewa.

Odgovorite:

- a) Opi{ite nastali pravni odnos izme|u tu`ioca i tu`enog i podvedite ga pod odgovaraju}e odredbe Zakona o obligacionim odnosima.
- b) Na osnovu kojih odredaba ZOO je sud mogao donijeti ovu odluku?

### Zadatak broj 3.2.

U postupku je utvr|eno da tu`enik (kupac) nije odredio vozara, pa je odgovornost za wegov izbor pre{la na tu`ioca (prodavca). Prodavac je pored ostale robe, prema primopredajnom zapisniku, predao {oferu R.B. i sporni pervibrator i nazna~io je kao kupca tu`enika. [ofer R.B., saslu{an kao svjedok izjavio je da je prevoz obavio uredno. Nesporno je da je odnosna po{iqa primqena od tu`enika, a sporno je da li je u toj po{iqci primqen i pervibrator koji je predmet ovog spora. Vozar je "Autoprevoz" iz B.L. koji je radna organizacija registrovana za obavqawe transportnih usluga te je tu`ilac pravilno postupio u izboru prevoznika jer se isti profesionalno bavi transportnom djelatno{ }u.

Odgovorite:

Iz predweg ~iweni~nog stawa treba utvrditi da li se tu`iteq kao prodavac razrije{io daqwe obaveze za isporukom robe i da li je na tu`enika, kao kupca, pre{ao rizik?

### Zadatak broj 3.3.

Prema utvr|enom ~iweni~nom stawu tu`ilac je 23. aprila 1987. godine kupio od tu`enika

motorno vozilo - kamion po cijeni od 4.000.000 dinara koji je isplatio tu`eniku, a vozilo je primio u dr`avinu. Op{tinski sud je, djelimi~nom presudom, odbio tu`beni zahtjev za utvr|ivawe prava svojine tu`ioca na predmetnom vozilu, nalaze}i da se radi o nedozvoqenom raspolagawu stranaka iz ~lana 3. stav 3. ta~ka 1. ZPP, ne samo stoga {to nije pla}en porez na promet koji obe stranke odbijaju da plate, mada je to zakonska obaveza prodavca, ve} i stoga {to ugovor nije zakqu~en u pismenom obliku, ni ovjeren kod suda. Pri tome se sud poziva na odredbe ~lana 5. ta~ka 1. Pravilnika o registraciji motornih i prikqu~nih vozila i ~lana 12. Zakona o oporezivawu proizvoda i usluga.

Usvajaju}i tu`beni zahtjev utvr|ivawem prava svojine tu`ioca na predmetnom vozilu po osnovu zakqu~enog ugovora o prodaji sa tu`enikom, okru`ni sud je na{ao da je prvostepeni sud na pravilno utvr}eno ~iweni~no stawe pogre{no primijenio materijalno pravo kada je tu`beni zahtjev odbio. To iz razloga {to je na{ao da su u ovom slu~aju ispuweni uslovi iz ~lana 34. Zakona o osnovnim svojinsko - pravnim odnosima.

I po shvatawu vrhovnog suda na vaqanost ugovora o prodaji pokretne stvari i sticawu prava svojine na takvoj stvari nije od uticaja forma ugovora i ko je obveznik poreza na promet i da li je taj porez pla}en, bez obzira {to se radi o motornom vozilu, kada je isto predato sticawu u dr`avinu. S obzirom na izlo`eno, neosnovano tu`enik, zbog pogre{ene primjene materijalnog prava, pobija drugostepenu presudu, jer za sticawe prava svojine na pokretnoj stvari u ovom slu~aju na teretnom motornom vozilu, nije od zna~aja ko je obavezan da plati porez na promet proizvoda niti da li je isti pla}en po{to je to uslov samo za registraciju vozila. Otuda tu`enik kao zakonom odre}eni poreski obveznik u slu~aju da porez plati mo`e od tu`ioca osnovano zahtijevati naknadu tog iznosa samo pod uslovom da su se sporazumjeli da kupac snosi tro{kove pla}awa poreza na promet.

Odgovorite:

Na osnovu kojih je odredbi dva osnovna zakona koji ure|uju u na{ojoj zemqi gra|ansko - pravne odnose sud do{ao do gore iznesene rje{idbe?}

#### **Zadatak broj 3.4.**

Na osnovu nespornih navoda stranaka i rezultata provedenih dokaza u postupku pred ni`estepenim sudovima utvr}ene su ~iwenice: da su tu`iteq i tu`eni zakqu~ili usmeni ugovor o prodaji dva automobila po cijeni 675.086 dinara za svaki; da se tu`eni kao prodavac obavezao izvr{iti isporuku vozila u drugom kvartalu 1984. godine i da je tu`ilac kao kupac platio ugovorenu cijenu 9 i 10. februara 1984. godine. Nadaqe je utvr}eno da je tu`eni 3. maja 1984. godine, te 7. juna iste godine pove}ao cijene vozilima, koja su predmet prodaje i od tu`ioca je zatra`io razliku u cijeni kao uslov odr`avawa na snazi zakqu~enog ugovora. Po{to je tu`ilac nedvosmislenom izjavom stavio do znawa tu`enom da ne}e platiti razliku u cijeni, tu`eni je vratio tu`iocu iznose koje je on uplatio na ime kupovne cijene i time se fakti~ki deklarirao da jednostrano raskida zakqu~eni ugovor.

Kada bi se kod prosu|ewa nastalog spora uzela u obzir samo naprijed izlo`ena ~iweni~na utvr}ewa, moglo bi se prihvatiti pravilnim stanovi{te tu`enog da je do pove}awa cijene vozila do{lo iz objektivnih razloga prije isteka roka u kome je tu`eni bio obavezan da tu`iocu isporu~i kupqene automobile, pa bi tu`eni imao pravo zahtijevati od tu`ioca razliku u cijeni. Odbijawe tu`ioca da plati razliku u cijeni, u ovakvoj situaciji, davalo bi pravo tu`enom da u smislu ~lana 128. Zakona o obligacionim odnosima raskine ugovor. Me|utim, u postupku pred ni`estepenim sudovima je, pored naprijed izlo`enog, utvr}ena i ~iwenica da je tu`eni, kao organizacija koja se bavi prodajom automobila, a u tom svojstvu primio poruxbine (zakqu~io ugovore o prodaji) od ve}eg broja kupaca; da je odre}enom broju tih, po nepisanom pravilu, privilegovanih kupaca (koji su pla}ene kupovne cijene izvr{ili u deviznim sredstvima) isporu~io automobile prije

poskupqewa, a iako su oni izvr{ili uplate poslije tu`ioca. Tako isto je postupio kod prodaje jo{ tih automobila, ~iji kupci nisu imali taj status (koji su pla}awe cijene izvr{ili dinarskim sredstvima). Da se tu`ilac makar samo u odnosu na "neprivilegovane" kupce kod isporuke vozila pridr`avao redosqeda izvr{enih uplata utvrjeno je da bi tu`iocu bila isporu~ena vozila prije nego {to je do{lo do pove}awa cijena.

Ispuwewe obaveze prodavaca o isporuci robe ovakve vrste kupcima po redosqedu uplata uobi~ajna je praksa u poslovawu. Nepridr`avawe takvih poslovnih obi~aja predstavqa kr{ewe na~ela savjesnosti i po{tewa izra`enog u ~lanu 12. ZOO, kao i na~ela u~esnika u obligacionim odnosima da u izvr{ewu svojih obaveza postupaju sa pa`wom dobrog privrednika izra`enog u ~lanu 18. stav 3. navedenog zakona.

Odgovorite:

- a) Polaze}i od izlo`enog da li je pravilna odluka tu`enog da jednostrano raskine ugovor, odnosno da li je on imao ili stekao takvo pravo?
- b) Da li se okolnosti, da stranke nisu unaprijed ugovorile kona~nu cijenu vozila te da nije ugovorena isporuka vozila po redosqedu izvr{enih uplata, jer takva obaveza nije predvijena ni zakonom, sa stanovi{ta primjene materijalnog prava mogu uzeti kao razlog zbog kojeg bi se tu`enom u konkretnom slu~aju priznalo pravo na jednostrano raskidawe ugovora?

### **Zadatak broj 3.5.**

Okolnosti spora su sqede}e:

Tu`iqa je zakqu~ila ugovor o zajmu sa tu`enim na teritoriji Republike Austrije gdje su se nalazili na privremenom radu, dakle, izvan teritorije SFRJ. Obe ugovorne stranke sada `ive u Jugoslaviji, a tu`iqa zahtjeva isplatu pozajmqene svote u austrijskim {ilinzima. Tu`iqa je, naime, mogla podnijeti tu`bu i u Austriji i da je tako postupila tu`eni bi bio du`an da zajam vrati u austrijskim {ilinzima, dakle, u onoj valuti u kojoj je zajam i bio zakqu~en.

Odgovorite:

- a) Na osnovu kojeg pravila Zakona o obligacionim odnosima, ako nov~ana obaveza, protivno posebnom saveznom zakonu, glasi na pla}awe u zlatu ili nekoj stranoj valuti, weno ispuwewe se mo`e zahtjevati samo u doma}em novcu, prema kursu koji je va`io u trenutku nastanka obaveze?
- b) Koja su tri uslova potrebna za primjenu navedenog pravila?
- v) Zbog ~ega je sud zakqu~io da tu`iqa, u ovom slu~aju, ima pravo da zahtjeva da joj tu`eni isplati onaj iznos dinara koji se mogao dobiti u trenutku presu}ivawa?

### **Zadatak broj 3.6.**

Tu`ilac i tu`eni zakqu~ili su dana 20. juna 1980. godine i aneks tog ugovora na osnovu koga se tu`eni obavezao da proda i do 30. septembra 1980. godine isporu~i tu`iocu 700 tona jective sviwske stabilizovane masti doma}e proizvodwe, uz obavezu tu`ioca da plati cijenu od 17,45 dinara za jedan kilogram. Na zahtjev tu`enog tu`ilac je produ`io rok predaje masti uz istu cijenu, prvo do 31. decembra 1980. godine, a zatim do 28. februara 1981. godine. Tu`ilac je aneksom ugovora produ`io tu`enom rok predaje masti do 30. juna 1981. godine, ali je tu`eni odbio da potpi{e aneks ne prihvataju}i da mast isporu~i po prvobitno ugovorenoj cijeni, jer je u me|uvremenu cijena znatno porasla. Kako tu`eni nije isporu~io mast do 30. juna 1981. godine,

tu`ilac je dopisom od 9. jula 1981. godine obavijestio tu`enog da je neisporu`enu koli`inu masti nabaviti kod druge organizacije, napomenu`i da je razlika u cijeni i tro{kovi pasti na teret tu`enog. Tu`ilac je izvr{io kupovinu pla}aju`i mast po cijeni od 54 dinara za kilogram i zadu`io tu`enog sa razlikom u cijeni od oko 22.000.000 dinara.

S obzirom na to da je tu`ilac naveo da je 26. maja 1981. godine pozvao tu`enog da izvr{i ugovor, da tu`eni to nije u`inio do 30. juna 1981. godine, do kada je bio ostavqen naknadni rok i da je tu`ilac od 9. jula 1981. godine obavijestio tu`enog o kupovini radi pokri}a proizlazi da je ugovor raskinut, bar prema stavu tu`ioca, {to je odgovaralo i tu`enom, kako je se vidjeti ve} 1. jula 1981. godine u smislu `lana 126. ZOO. Od ovog roka po`eo bi da te`e razuman rok za kupovinu radi pokri}a kao i za obavezu obavje{tavawa du`nika, me}utim, tu`ilac se pozvao na ugovore zakqu`ene 27. maja 1981. godine, 24. juna 1981. godine i 23. juna 1981. godine po kojima je navodno izvr{io kupovinu radi pokri}a, pa kada se ima u vidu vrijeme raskida ugovora, tj. 1. jula 1981. godine, proizlazi da je ova kupovina izvr{ena prije raskida ugovora o prodaji.

Odgovorite:

Osnovno {to treba utvrditi u ovom sporu bilo bi: da li je i kada raskinut ugovor i da li se izvr{ena kupovina mo`e smatrati kupovinom radi pokri}a?

### **Zadatak broj 3.7.**

Prema naredbi o odre|ivawu proizvoda koji se mogu stavqati u promet samo ako su obezbje|eni garantnim listom, tehni`kim uputstvom i popisom ovla{tenih servisa, te o najmawem trajawu garantnog roka za te proizvode ("Slu`beni list SFRJ", broj 5/78) teretni automobili se mogu stavqati u promet samo ako su obezbje|eni garantnim listom, tehni`kim uputstvom i popisom ovla{tenih servisa. Kupac je zbog toga {to mu je motor kupqenog vozila otkazao u garantnom roku tu`io proizvo|a`a motora. Proizvo|a` motora, u odgovoru na tu`bu, istakao je da se ne smatra odgovornim za ispravno funkcionisawe kupqenog vozila jer ga je kao ispravnog predao proizvo|a`u vozila koji ga je ugradio u vozilo i predao kupcu. Smatra da se kupac mora obratiti proizvo|a`u vozila sa zahtjevom po osnovu garancije.

Odgovorite:

Da li je istaknuti prigovor proizvo|a`a motora opravdan i na kojim pravnim pravilima je zasnovan?

### **Zadatak broj 3.8.**

Iz utvr|enog `iweni`nog stawa proizilazi da je isporuka kukuruza izvr{ena tu`iocu u Beogradu 28.6., 1.7., 5.7. i 10.7.1985. godine kada je konstatovano da isporu`eni kukuruz ne odgovara ugovorenom kvalitetu. Tu`ilac je tu`eniku poslao teleks 3.7.1985. godine u kojem ga je obavijestio da je primio kukuruz i da isti ne odgovara ugovorenom kvalitetu. Nakon toga tu`ilac je 15.7.1985. godine dostavio tu`enom dopis u kojem ga obavje{tava da je primio 278.020 kg kukuruza lo{ijeg kvaliteta od ugovorenog. Dostavio je zapisnik "Jugoinspekta" i obavijestio o sni`ewu cijene od 3 dinara po jednom kilogramu kukuruza koji ne odgovara kvalitetu.

Kod takvog `iweni`nog stawa prvostepeni sud je pravilno zakqu`io (po shvatawu Vrhovnog suda) da tu`ilac nije postupao u smislu odredbe `lana 481. i 482. ZOO, pa zbog toga ne mo`e ni ostvarivati prava iz `lana 488. ZOO na sni`ewe cijene.

Odgovorite:

O kojem se propustu radi i koji pravni institut je sud primijenio u ovom slu~aju?

### **Zadatak broj 3.9.**

Tu`iteqica je ugovorom o poklonu zakqu~enim prema pravilima o prometu nekretnina poklonila sinu ku}u na sprat sa oku}nicom u mjestu B.L. Po zakqu~ewu ugovora tu`eni je zajedno sa ~lanovima svoje u`e porodice zanemario du`no starawe o tu`iteqici kao majci, iako je ona, starica od 86 godina upu}ena na brigu svojih bli`wih. Wegova je supruga odbila da sprema hranu za tu`iteqicu i da se stara o wenim osnovnim `ivotnim potrebama, tako da tu`iteqica, svo vrijeme u svemu oskudjeva pa tako i u ishrani. Tu`eni se solidarisao sa ovakvim de{avawem, pa nije reagovao kada je wegova supruga tu`iteqicu (wegovu majku) grubo vrijejala pa ~ak i fizi~ki napadala, zbog ~ega je pravosna`nom presudom op{tinskog suda ogla}ena krivom i osu}ena zbog krivi~nog djela lake tjelesne povrede iz ~lana 43. stav 1. KZ BiH, izvr{enog na taj na~in {to je supruga tu`enog dana 13.2.1983. godine udarila tu`iteqicu fla{om po glavi.

Odgovorite:

- a) Da li su ispuweni uslovi za raskid ugovora koji su zakqu~ile stranke?
- b) Da li je napu{teno pravilo prema kome negativno pona{awe obdarenog mora biti zakonom predvi}eno kao krivi~no djelo ili je dovoqno (sada) da to pona{awe ima karakteristike grubog i nedoli~nog postupawa sa eti~kog gledi{ta?
- v) Da li je pona{awe tu`enog i ~lanova wegove u`e porodice prema darovateqici grubo neblagodarno u smislu pravnog pravila iz paragrafa 948. biv{eg OGZ koje se primjewuje na teme qu ~lana 4. Zakona o neva`nosti pravnih propisa donijetih do 6. aprila 1941. godine i za vrijeme neprijateqske okupacije, u skladu sa savremenim shvatawima?

### **Zadatak broj 3.10.**

Neblagodarnost tu`ene se pravda time da je bila li{ena roditeqske qubavi i pa`we nakon razvoda braka wenih roditeqa. Sud smatra da se emotivan odnos mora odvojiti od eti~kog odnosa. Tu`ena ne mora izra`avati qubav prema ocu {to se mo`e i razumjeti, ako je bila li{ena wegove qubavi u djetiwstvu, ali to je ne opravdava da vrijeja dostojanstvo oca. Kada je tu`ena primila poklon kao izraz roditeqske pa`we, normalno je da je poklonodavac, wen otac, o~ekivao da }e mu uzvratiti bar odgovaraju}om pa`wom i zahvalno{ }u. Umjesto toga ona prekida sve odnose sa poklonodavcem iz inata!

Odgovorite:

Da li u pona{awu tu`ene prema tu`iocu postoji onaj stepen nezahvalnosti koji se mora kvalifikovati kao razlog za opoziv ugovora o darowawu?

### **Zadatak broj 3.11.**

Sudovi utvr}uju da su tu`eni i k}erka tu`iqe zakqu~ili brak 1965. godine. Da ne bi pla}ali podstanarinu, tu`iqia ih je pozvala da stanuju u spornom stanu, ~iji je suvlasnik bila, {to su pomenuti prihvatili i u daqem periodu do 1983. godine kada je wihov brak razveden, stanovali u

ovom stanu. Naknadu za stanovanje nisu plaćali niti je to tužica tražila. U periodu od 1972. do 1980. godine tužica je bila na privremenom radu u inostranstvu. Za to vrijeme tuženi je sa svojim braćim drugom i maločetnim djetetom živio u zajedničkom domaćinstvu sa suprugom tužice koji je takole bio suvlasnik istog stana. Sa tužicom u zajedničkom domaćinstvu tuženi nikad nije živio. U međuvremenu je suprug tužice umro, te je tužica postala isključivi vlasnik spornog stana. Sudovi tuženi zahtjev tužice za isekawe tuženog usvajaju i obavezuju tuženog da se iseli te stan slobodan od lica i stvari preda u državinu tužici.

Odgovorite:

Budući da nije ustanovljeno ni trajanje niti svrha upotrebe spornog stana od strane tuženog, na osnovu kojih pravila materijalnog prava su sudovi kvalifikovali opisani odnos i uvažili tuženi zahtjev?

### **Zadatak broj 3.12.**

Na osnovu utvrđenih činjenica pravilno sudovi izvode zaključak da su stranke svake godine pismenim sporazumom mijenjale samo visinu zakupnine, a ne i druge bitne elemente ugovora, tako da je i poslednjom izmjenom od 1. jula 1988. godine izmijenjena samo visina zakupnine. Pravilan je i pravni stav da se ovaj sporazum ne može smatrati novacijom ranije ugovorenih obaveza, jer nije izmijenjen ni predmet ni osnov ugovora. I da je predmet zakupa ostala ista poslovna prostorija, ugovor i da je traje na neodređeno vrijeme, a tuženi se saglasio sa povećanjem zakupnine i takav sporazum i po ocjeni suda, ne ispunjava uslove iz člana 348. ZOO. Kako označeni pismeni sporazum stranaka sa njihovim utvrđenim pravima i obavezama, nije izmijenio sadržinu prvobitno zakupljenog ugovora o zakupu predmetne poslovne prostorije na neodređeno vrijeme, pravilnom primjenom Zakona o zakupu poslovnih prostorija i zgrada ("Službeni glasnik SR Srbije", broj 20/77, 37/77 i 54/89; čl. 28. do 33.). Nižestepeni sudovi usvajaju tuženi zahtjev za prestanak ugovora o zakupu poslovnih prostorija na osnovu otkaza.

Odgovorite:

Zbog čega je neprihvatljiv i pogrešan revizionistički stav da predmetni ugovor o zakupu poslovne prostorije zakupljen na neodređeno vrijeme, nije mogao prestati na osnovu datog otkaza, jer nije protekla jedna godina računajući od zakupljenog sporazuma od 1. jula 1988. godine.

### **Zadatak broj 3.13.**

Nižestepeni sudovi utvrđuju da su tuženi primili kao pozajmicu od tužice iznos od 10.000 DM, te da su se obavezali da će za godinu dana pomenuti iznos vratiti, o čemu je sačinjena potvrda, priznanica potpisana od strane stranaka i svedoci M.T. Međutim, u voj je iznos od 10.000 DM precrtan i upisan iznos od 11.100 DM. Osim toga, drugostepeni sud u pobijanoj odluci navodi da je tužica saslušana u svojstvu parnične stranke, sama izjavila da je tuženima dala ukupno 10.000 DM na zajam, međutim, da su se dogovorili da će oni voj vratiti 11.100 DM a ne 10.000 DM, te su joj tada predali priznanicu na kojoj je već bio prepravčen iznos od 11.100 DM i rekli su joj da oni toliko duguju.

Kraj ovako utvrđenih činjenica, nižestepeni sudovi su bitno povrijedili odredbe parničnog postupka, pošto su u presudama razložili protivrječni u pogledu odlučnih činjenica između onoga što se u wima navodi i sadržine zapisnika. Naime, nižestepeni sudovi, i pored toga što je među strankama neosporno da je zajam iznosio 10.000 DM, o tuženom zahtjevu sud je samo sa stanovišta osnova zajma odnosno duga od 10.000 DM ne vodeći pri tome računa da su tuženi, prema podacima iz spisa (iskazu svjedoci, parafu na potvrdi i dr.), moguće preuzeli obavezu

da tu`enij pored glavnog duga plate jo{ i utu`eni iznos.

Odgovorite:

Da li su stranke mogle ugovoriti i utu`eni iznos i po kojem pravilu materijalnog prava to proizlazi?

U kojem novcu se mo`e tra`iti ispuwewe obaveze iz priznanice i po kojem kursu i za{to?

### **Zadatak broj 3.14.**

Maja mjeseca 1985. godine stranke su sklopile sporazum po kome tu`iqa svojih 5.000 DM koje su se nalazile na {tednoj kwi`ici kod banke oro~ene na godinu dana pozajmquje tu`enom tako da se dinarska protivrijednost navedene strane valute preko iste banke prenosi na dinarsku {tednu kwi`icu tu`enog, {to je i u~iweno, a tu`eni se obavezao da tu`iqi na jesen te godine vrati umjesto primqenog iznosa iznos izra`en u stranoj valuti - u DM. U ugovorenom roku tu`eni je nudio tu`iqi dinarsku vrijednost 4.995 DM (5 DM predstavqa iznos ni`e devizne kamate zbog prekida oro~avawa, a koji je iznos u dinarskoj vrijednosti tu`eni isplatio tu`iqi) po kursu koji je va`io u trenutku nastanka obaveze, {to iznosi 426.619 dinara. Ali, tu`iqa je odbila da primi taj iznos zahtjevaju}i isplatu ovdje u ugovorenoj stranoj valuti. Po proteku dvije godine od zakqu~ewa ugovora tu`eni je tu`iqi predao 2.000 DM, a preostali iznos od 2.995 DM nije ispla}en ni u dinarskoj protivrijednosti.

Na osnovu utvr|enih ~iwenica pravilno ni`estepeni sudovi zakqu~uju da je tu`eni du`an da tu`iqi isplati protivrijednost deviza prema utvr|enoj obavezi iz ugovora o zajmu i da se u ovom slu~aju ne}e primijeniti odredba ~ilana 295. ZOO, ve} odgovaraju}a odredba ~ilana koji govori o posebnoj vrsti klauzule (nije u primjeni ni na~elo monetarnog nominalizma niti valutna klauzula). S obzirom da je obaveza tu`enog glasila na pla}awe u stranoj valuti i da je takvo pla}awe protivno Zakonu o deviznom poslovawu, ispuwewe ugovora se mo`e zahtijevati u doma}em novcu prema kursu na dan isplate. Kako je utvr|eno tu`eni svoju obavezu iz ugovora nije u cijelosti ispunio i ispravno sudovi postupaju kada tu`enog obavezuju da tu`iqi isplati preostali iznos iz zajma u visini 2.995 DM, a u dinarskoj protivrijednosti prema kursu na dan isplate.

Odgovorite:

Da li je ovakvo presu|ewe dozvoqeno materijalno - pravnim pravilima, odnosno da li je ovakvo ugovarawe u konkretnom slu~aju, u neposrednoj ekonomskoj vezi sa zajmom koji je u~iwen me|u najbli`im srodniciima (sestra - bratu) u svrhu me|usobne pomo}i i bez {pekulativnih namjera, {to se kona~no utvr|uje u utvr|enim ~iwenicama da nije bila ugovorena kamata na predmet zajma?

### **Zadatak broj 3.15.**

Iz sadr`ine odredbe ~ilana 508. Zakona o obligacionim odnosima proizilazi da se odgovornost zakupodavca za pravne nedostatke ili za{tita od evikcije sastoji od du`nosti da jam~i i odgovara zakupcu za sve eventualne pravne nedostatke svoje ugovorne obaveze zbog kojih bi zakupac bio doveden u opasnost da neko tre}i pretendira da na zakupqenoj stvari vr{i neko pravo i obrati se svojim zahtjevom zakupcu, te ako samovlasno oduzme stvar od zakupca. Ukoliko se pak utvrdi konkretno da tre}em licu pripada neko pravo koje sasvim iskqu~uje pravo zakupca, tada se ugovor o zakupu raskida po samom zakonu, a zakupodavac je du`an da naknadi zakupcu {tetu. Prema tome, sudbina zakupca zavisi od prirode prava kojim raspola`e tre}e lice. Ako

treće lice ima pravo koje iskqu~uje mogu}nost istovremenog postojawa zakup~evog prava, ugovor o zakupu se raskida po samom zakonu, a zakupac ima pravo da zahtjeva naknadu {tete od zakupodavca.

Odgovorite:

Po{to su u ovom slu~aju n`estepeni sudovi propustili da rasprave da li P.M. ima pravo na sporno zemqi{te koje iskqu~uje mogu}nost istovremenog postojawa zakup~evog prava, ugovor o zakupu bi trebalo da se raskida po samom zakonu ili tog prava nema? Poku{ajte da utvrdite koje bi pravo izazvalo raskidawe ovog ugovora po samom zakonu?

### **Zadatak broj 3.16.**

Privatni ugostiteq iz jednog poznatog zimskog turisti~kog sredi{ta poru~i od privatnog zanatlije iz mjesta K. izradu svijetle}e reklame sa natpisom "PIZZA". Ugovoren je rok za izradu od 30 dana. Naru~ilac je posleniku na ime kapare isplatio iznos od 1.000 DM. Po isteku 32-gog dana (2 dana ka{wewa) poslenik isporu~i ugovorenu reklamu. Naru~ilac odbije da je primi zbog zaka{wewa i postavi zahtjev da mu poslenik vrati iznos kapare.

Odgovorite:

Da li je poslenik du`an postupiti po zahtjevu?

### **Zadatak broj 3.17.**

Prema utvr|enom ~iweni~nom stawu tu`ilac je odre|enog dana parkirao svoje putni~ko motorno vozilo ispred preduze}a (R.^). Nakon {to je obavio poslove unutar preduze}a konstatovao je da mu je vozilo o{te}eno u vrijednosti oko 20.000 dinara. Tu`ilac smatra da je tu`eno preduze}e shodno odnosnim pravilima obligacionog prava, obavezno na naknadu {tete zbog propasti ili o{te}ewa stvari datih na ~uvawe. Tu`eno preduze}e ima ure|en i ograjen parking, ali bez ~uvara koji bi ujedno i napla}ivao uslugu parkirawa. Stoga je, po mi{qewu tu`ioca, tu`eni u~inio propust {to na ure|enu i ograjenu povr{inu za parkirawe vozila nije uveo ~uvarsku slu`bu {to je bio du`an, jer se radi o javnoj djelatnosti. Tu`ilac smatra da ograjen i ure|en parking u neposrednoj blizini tu`enog preduze}a predstavqa wen pripadaju}i dio organizovan za prijem (parking) vozila i ~uvawe vozila, te da je samim parkirawem vozila na tom mjestu tu`ena u obavezi i da ~uva parkirana vozila.

Odgovorite:

Da li su navodi tu`enoga kojim obrazla`e svoj tu`beni zahtjev na naknadu {tete usqed povrede ugovorne obaveze pravno relevantni i kako tu`bu rije{iti: usvojiti tu`beni zahtjev i tu`iocu dosuditi tra`eni iznos {tete ili tu`bu odbiti?

### **Zadatak broj 3.18.**

Nesporno je da su stranke zakqu~ile ugovor o ostavi prema kojoj je tu`iteq kao ostavoprimalac preuzeo obavezu ~uvawa broda uz uslugu ispumpavawa po potrebi. Za navedene usluge tu`enik se, kao ostavodavac obavezao tu`itequ platiti naknadu u jednakim mjese~nim ratama.

Nesporno je da je tu`enik kao ostavodavac raskinuo navedeni ugovor 27.5. i da je nakon toga datuma brod ostao i daqe na ~uvawu kod tu`iteqa, pa se tako pravni odnos pretvorio u fakti~ni

odnos. Tu`iteq potra`uje naknadu iz tog fakti~nog odnosa. Nakon prestanka ugovora o ostavi kao pravnog posla (pravnog odnosa) ~uvar - tu`iteq se nije vi{e brinuo o brodu, pa je usqed neispupavawa vode iz broda, na kraju brod i potonuo!

Odgovorite:

Da li okolnost da je prestao pravni odnos daje za pravo tu`itequ, kao ostavoprimcu, da ne postupa sa du`nom pa`wom radi ~uwawa stvari (pa makar se radilo, iako konkretno nije, i o nepoznatom vlasniku) i ne preduzme mjere radi ~uwawa stvari i da tako postupaju}i uzmogne da je nakon ~uwawa vrati u stawe u kojem ju je i primio?

Da li bi postojala obaveza ostavodavca da plati naknadu ~uvaru i za "fakti~ki odnos" pod pretpostavkom da je brod zaista uredno ~uvan i sa~uvan?

Da li u konkretnom slu~aju tu`iteq ima pravo za naknadu iz tzv. fakti~kog odnosa ~uwawa stvari nakon raskida pravnog odnosa - ugovora o ostavi?

### **Zadatak broj 3.19.**

Iz ~iwenica koje utvr|uju sudovi proizlazi da je tu`ena izvvr{avala svoje obaveze iz ugovora o do`ivotnom izdr`avawu koji je sa ocem pokojnim D.P. zakqu~ila 22. avgusta 1990. godine. Postupaju}i po obavezi iz ugovora tu`ena je primaoca izdr`avawa smjestila u Dom za stare i do wegove smrti 12. januara 1991. godine snosila tro{kove wegovog boravka u Domu pla}aju}i razliku tro{kova koji se nisu mogli pokriti iz wegove penzije. Pored te obaveze, tu`ena je obilazila oca u Domu donose}i hranu, vo}e i dr. a umjesto we za vrijeme wenog odsustva zbog rada u inostranstvu to su ~inila druga lica koja je tu`ena anga`ovala i kojima je povjerila novac za potrebne tro{kove.

Tu`ilac smatra da je ovakvim ugovorom o{te}en primalac izdr`avawa i da postoji raskidni uslov zbog neizvr{avawa obaveza iz ugovora od strane tu`ene, te da su prestacije u o~iglednoj nesrazmjeri. Tu`ilac u reviziji isti~e da su za smje{taj primaoca izdr`avawa u Domu starih kori{ }ena wegova sredstva od penzije kao i zakupnina lokala koju je ona ubirala. Sud smatra da prestacije ugovornih strana, nasuprot mi{qewu tu`ioca nisu bile u takvoj o~iglednoj nesrazmjeri koja bi dovela u pitawe pravnu vaqanost ugovora ili nastupawe razloga za raskid ugovora.

Odgovorite:

Na osnovu kojih pravila materijalnog prava je sud mogao donijeti takav zakqu~ak?

Kakav je polo`aj tu`ene s obzirom da tu`ilac prijeti da }e je tu`iti, jer je uskratila wegovo pravo na nu`ni dio ostavine (kao sestra), jer je sva imovina primaoca izdr`avawa pre{la na wu?

### **Zadatak broj 3.20.**

Javni tu`ilac je zatra`io od suda da poni{ti ugovor o kupoprodaji nekretnine zbog povrede prava pre~e kupovine. Osim toga javni tu`ilac je zatra`io utvr|ivawe ni{tavosti ugovora o kupovini i prodaji nekretnine zato {to nije bio zakqu~en u propisanoj formi.

Vrhovni sud je odbio oba zahtjeva isti~u}i da je, istina, u smislu dopuwenog ~lana 109. ZOO, javni tu`ilac ovla{ }en da zahtjeva utvr|ivawe ni{tavosti ugovora. Me|utim, ovdje se ne radi o ni{tavosti ugovora, ve} o bla`oj sankciji kako to proizilazi iz odredbi ~lana 533. stav 3. u vezi sa ~l. 111. i 112. ZOO. Osim toga, Vrhovni sud smatra da javni tu`ilac ima pravo u smislu dopuwenog ~lana 109. ZOO, da tra`i utvr|ivawe ni{tavosti ugovora koji su, u smislu ~lana 103. ZOO, protivni ustavom utvr|enim na~elima dru{tvenog ure|ewa, prinudnim propisima ili

moralu. A ~iwenica da nije zakqu~en u propisanoj formi i da zbog toga, u smislu ~lana 70. ZOO i ~lana 4. stav 3. Zakona o prometu nepokretnosti SR Srbije, ne proizvodi pravno dejstvo, ne daje ovla{ }ewe javnom tu`iocu da takav ugovor pobija u smislu dopuwenog ~lana 109. ZOO.

Odgovorite:

O kakvim se povredama objektivnog ili subjektivnog prava radi i ko mo`e da podigne zahtjev za poni{tavawe ugovora i o kakvoj se ni{tavosti u predwem slu~aju radi?

### **Zadatak broj 3.21.**

Utvrjeno je da je prvotu`ena darovala drugotu`enoj nekretnine ozna~ene u ugovoru koji je zakqu~en 11. novembra 1989. godine u propisanoj formi. Pravo vlasni{tva na ove nekretnine prvotu`ena je stekla pravosna`nim rje{ewem nadle`nog organa uprave (po osnovu uzurpacije) dana 12. januara 1990. godine. Tu`ilac smatra da je ugovor ni{tav zbog toga {to je zakqu~en u vrijeme kada darodavac nije bio vlasnik spornih nekretnina. Sud smatra da se u ovom slu~aju treba primijeniti analogija sa odgovaraju}om odredbom Zakona o obligacionim odnosima koji ureljuje ovo pitawe kod osnovnog ugovora koji za kauzu ima sticawe prava vlasni{tva.

Odgovorite:

O kojem se ugovoru radi i kojom odredbom je to propisano te kako primijeniti metod analogije za rje{ewe ovog spornog pitawa?

### **Zadatak broj 3.22.**

Dana 21. oktobra 1976. godine prednik tu`ilaca zakqu~io je sa tu`enim pismeni ugovor o kupoprodaji trosobnog stana. Odredbom ta~ke III ugovora bilo je posebno precizirano da }e prodavac ostati u stanu jo{ pet godina nakon sklapawa ugovora i da }e po isteku tog perioda stan predati kupcu u posjed i slobodno raspolagawe, i uz istovremenu obavezu kupca da prodavcu obezbijedi za stanovawe jednosoban konforan stan koji }e se nalaziti u centru grada. Prodavac je, meutim, umro koncem 1980. godine, a nakon wegove smrti tu`eni se uselio u taj kupqeni stan.

Tu`ioci, nasqednici prodavca, smatraju da tu`eni nije udovodio svojim ugovornim obavezama zato {to prodavcu nije prenio u vlasni{tvo jednosoban konforan stan u centru grada, te tra`e raskid ugovora zbog neispuwewa ugovorne obaveze od strane tu`enog. Ni`estepeni sudovi su, pravilnim tuma~ewem sadr`ine ugovornih obaveza stranaka zakqu~ili da se obaveza tu`enog kao kupca sastojala u tome da, nakon proteka petogodi{weg roka (jer se u momentu zakqu~ewa ugovora nalazio u inostranstvu) i preuzimawa predmetnog stana od prodavca, prodavcu obezbijedi jednosoban konforan stan za stanovawe a ne u vlasni{tvo, pa kako se tu`eni u zemqu vratio i predmetni stan preuzeo tek nakon prodav~eve smrti, to vi{e nije postojala wegova obaveza da prodavcu "obezbijedi" stan za stanovawe. Zato su ni`estepeni sudovi, polaze}i od opisanih ~iweni~nih utvrjewa izveli pravilan zakqu~ak da je tu`eni ispunio ugovorom preuzete obaveze, jer se smr}u prodavca ugasila wegova obaveza da mu pribavi pravo stanovawa.

Odgovorite:

Da se nije dogodila smrt prodavca (a budu}i da nakon stupawa na snagu Zakona o stambenim odnosima ("Slu`beni list SR BiH", 13/74) u SR BiH vi{e se nije moglo konstituisati stanarsko pravo na stanovima u svojini gra|ana, ve} samo na stanovima u dru{tvenom vlasni{tvu) kako bi sudovi trebalo da odlu~e, tj. koje pravo (ina~e sadr`ano u paragrafu 478. u vezi sa paragrafima 521. i 522. biv{eg OGZ-a) bi trebalo da dosude prodavcu?

### **Zadatak broj 3.23.**

Zakon o osnovnim svojinsko - pravnim odnosima ("Slu`beni list SFRJ", broj 6/80) nije regulisao situaciju ko sti~e pravo svojine na nepokretnosti u slu~aju kada je vlasnik istu posebnim pravnim poslovima otu|ivao ve}em broju lica. U ~lanu 33. Zakona propisuje se da na osnovu pravnog posla pravo svojine na nepokretnosti sti~e se upisom u javnu kwigu ili na drugi odgovaraju}i na~in odre|en Zakonom.

Iz navedenih odredaba Zakona povezano sa na~elom prioriteta zemqi{nokwi`nog prava slijedio bi zakqu~ak da od vi{e pribavilaca iste nepokretnosti prava svojine sti~e onaj koji se prvi upisao u zemqi{ne kwige, bez obzira kada je sa vlasnikom nepokretnosti zakqu~io pravni posao i da li je znao ili nije znao da je ta nepokretnost ve} ranije otuljena drugom. Ovakvo shvatawe istaknutog problema pogodovalo bi nesavjesnim ugovara~ima i bilo bi u direktnoj suprotnosti sa na~elom savjesnosti i po{tewa, koje je u na{em pravnom sistemu prihva}eno kao generalno na~elo a kosilo bi se i sa moralom na{eg dru{tva.

Odgovorite:

Kako bi glasila sentenca kojom sud izri~e ko ima pravo kupca u slu~aju vi{estruke prodaje nepokretnosti, odnosno pomo}u kojih kriterija bi se cijenila savjesnost odnosno nesavjesnost kupca?

### **Zadatak broj 3.24.**

Prvostepeni sud je odbio zahtjev tu`ioca da mu tu`eni kao skladi{tar nadoknadi {tetu koja je nastala na uskladi{tenoj robi.

Tu`ilac `albom pobija presudu i isti~e da sud nije utvrdio kako je roba bila uskladi{tena. @alilac tvrdi da je ostavqena roba bila neadekvatno uskladi{tena i to na otvorenom prostoru i da je zbog toga do{lo do {tete pa je presudio da se presuda ukine, a predmet vrati na ponovni postupak.

Drugostepeni sud je odbio `albu i potvrdio prvostepenu presudu iz slede}ih razloga:

Prvostepeni sud je utvrdio da je tu`ilac kod tu`enika uskladi{tio materijal ~ija trajnost za upotrebu iznosi {est mjeseci i da nije obavijestio tu`enika o svojstvima robe kao i da nije tra`io povra}aj uskladi{tenog materijala u roku od {est mjeseci koliko traje i upotreba ostavqenog materijala.

Odgovorite:

Zbog ~ega skladi{tar ne}e odgovarati za {tetu i navedite zakonsku odredbu koja podupire stav suda?

## ЛИТЕРАТУРА

Љ. Андрић: "Место цивилног кодекса у систему нашег права", *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3-4/69.

Аристотел: "Никомахова етика"

Др Илија Бабић: "Грађански ортаклук - нека питања разграничења од трговачког ортаклука"; у *Зборнику радова: "Нови уговори - од значаја за привредни развој Југославије"*; Београд, 1995. год, стр. 227-247.

Алесандро П. Д'антрев: *Природно право, Увод у филозофију права*, ЦИД, Подгорица, 2001.

Всдриш-Кларић: "Основе имовинског права", шесто издање, "Народне новине"; Загреб, 1987. год.

Др Андрија Гамс: "Увод у грађанско право - општи део", "Научна књига", Београд, 1977. год.

Александар Голдштајн: "Пролегомена Закону о обвезним односима, Обвезно право", књига И, Загреб 1978.

Проф. др Живомир С. Ђорђевић и проф. др Владан С. Станковић: "Облигационо право", "Научна књига", Београд, 1981. год.

Проф. др Живомир С. Ђорђевић и проф. др Владан С. Станковић: "Облигационо право", "Научна књига", Београд, 1981. год.

Др Радомир Ђуровић и др Момир Драгашевић: "Облигационо право - са пословима промета", "Савремена администрација", Београд, 1980. год.

Др Стеван Јакшић: "Облигационо право - општи дио"; четврто, допуњено и прерађено издање, ИП "Веселин Маслеша", Сарајево, 1962. год.

Др Ивица Јанковец: "Видови и последице немогућности испуњења уговорне обавезе", Београд, 1982. год.

Рудолф Јеринг: "Циљ у праву", с немачког превео Александар С. Борисављевић, I и II свеска, Београд, 1894/95.

Koziol Welsler: "Grundries des biirgerlichen Rechts", Allgemeiner teil, Schuldrecht I", Wien, 1985. год.

Коментар закона о облигационим односима I и II, редактори: Проф. др Борислав Т. Благојевић и проф. др Врлета Круљ, "Савремена администрација"; Београд, 1980. год.

Проф. др Михаило Константиновић: "Облигације и уговори - Скица за законик о облигацијама и уговорима", друго издање

Новица Краљевић: Теоријски домет помјерања права према социологији, Издавачки графички атеље «М», Београд, 2004.

Проф. др Богдан Лоза: "Закључивање уговора надметањем", "Правна мисао", број 1-2/1970. год.

Проф. др Богдан Лоза: "Облигационо право", општи дио, друго допуњено и измењено издање, Сарајево 1981. год.

Проф. др Богдан Лоза: "Облигационо право, II, посебни дио"; пето, измењено и допуњено издање, Сарајево, 1981. год.

Проф. др Богдан Лоза: "Облигационо право, II, посебни дио"; пето, измењено и допуњено издање, Сарајево, 1981. год.

- Радомир Д. Лукић: "Методологија права", Београд, 1977. год.
- Радомир Д. Лукић с Будимиром Кошутићем: "Увод у право", "Научна књига", Београд, 1979. год.
- Макијавели: "Владалац"
- Божидар С. Марковић: "О праведном праву", "Visio mundi academic press", Нови Сад, 1994. год.
- Др Божидар Марковић: "Побијање дужникових правних радњи", у "Коментару закона о облигационим односима I", редактори: проф. др Б. Благојевић и проф. др В. Круљ, "Савремена администрација"; Београд, 1980. год, стр. 700-726
- Др Мирса Мијачић: "Облигациони уговори", "Савремена администрација", Београд, 1988. год.
- Драган Д. Митровић: "Теорија хаоса и правна теорија"; "Visio mundi academic press", Нови Сад, 1993. год.
- Проф. др Љубиша Милошевић: "Облигационо право", шесто измењено и допуњено издање, "Савремена администрација", Београд, 1982. год.
- Невенко Мисита: "Правичност као основ обавезивања на накнаду штете", докторска дисертација, Сарајево, 1980. год.
- Проф. др Душан Николић: Увод у систем грађанског права, треће издање, Нови Сад, 2001.
- "Нови уговори - од значаја за привредни развој Југославије"; Зборник радова, Београд, 1995. год.
- Живојин Перић: "О уговору о продаји и куповини", "Службени лист СФРЈ", Београд, 1986. год.
- Живојин М. Перић: "Специјални део грађанског права II, Облигационо (тражбено) право, I део, Облигационо (тражбено) право, II део, 1920. и 1922. год.
- Др Слободан Перовић: "Забрањени уговори", "Службени лист СФРЈ", Београд, 1975. год.
- Проф. др Слободан К. Перовић: "Облигационо и право", књига прва, "Научна књига", Београд, 1986. год.
- Проф. др Слободан Перовић: "Предговор у Закону о облигационим односима са регистром појмова"; "Службени лист СФРЈ", Београд, 1978. год.
- Проф. др Боривоје Познић: "Грађанско процесно право", пето, допуњено издање, "Савремена администрација", Београд, 1976. год.
- Проф. др Јаков Радишић: "Облигационо право - општи део", треће измењено и допуњено издање, "Савремена администрација"; Београд, 1988. год.
- Др Весна Радовчић: "Правна проблематика и развитак института даровања", Загреб-Чаковец, 1983. год.
- "Садржина закона о облигацијама као дела цивилног кодекса", "Зборник радова са саветовања", Загреб, јануар 1970. год.
- Јожеф Салма: "Облигационо право", "Научна књига", Београд, 1988. год.
- Др Обрен Станковић: "Објекти грађанских права", "Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада", том други, "Службени лист СФРЈ", Београд, 1978. год.

Проф. др Обрен Станковић и проф. др Миодраг Орлић: "Стварно право"; треће измењено и допуњено издање, "Научна књига", Београд, 1986. год.

Проф. др Драгољуб Стојановић: "Есеј о правним принципима у грађанском праву", "Правни живот"; број 8-9/86.

Др Драгомир Стојчевић: "Римско облигационо право", Београд, 1960. год.

Проф. др Сениша Трива: "Грађанско процесно право, I - парнично процесно право", друго прерађено издање, "Народне новине"; Загреб, 1972. год.

Др Милош Трифковић: "Право конкуренције"; Сарајево, 1981. год.

А. Финжгар: "Грађанско право у нашем правном систему", Архив за правне и друштвене науке, Београд, број 1-2/86.

Милан Шемић: "Монетарни номинализам", "Судска пракса"; број 1- 2/94.

## СКРАЋЕНИЦЕ

(према азбучном реду)

Ђорђевић-Станковић = проф. др Живомир С. Ђорђевић и проф. др Владан С. Станковић: "Облигационо право"

Ђуровић-Драгашевић = проф. др Радомир Ђуровић и проф. др Момир

Драгашевић: "Облигационо право са пословима промета" ЗБПО

Србије = Закон о браку и породичним односима ЗН = Закон о наслеђивању

Закон о неважности...= Закон о неважности правних прописа

донијетих прије 6. априла 1941. и за вријеме непријатељске

окупације ЗОО = Закон о облигационим односима ЗОСПО = Закон о

основним својинско-правним односима ЗППД = Закон о побијању правних

дјела изван стечаја Јакшић = Проф. др Стеван Јакшић: "Облигационо право -

општи дио" Јанковец = Проф. др Ивица Јанковец: "Видови и

последице

немогућности испуњења уговорне обавезе"

Koziol Welsler = Grandries des biirgerlichen Rechts

Коментар ЗОО = Коментар закона о облигационим односима

Лоза = Проф. др Богдан Лоза: "Облигационо и право - општи дио"

Б. Лоза: Посебни дио = Проф. др Богдан Лоза: "Облигационо право II, посебни дио"

Лукић-Кошутић = Радомир Д. Лукић с Будимиром Кошутићем: "Увод у право"

М. Мијачић = Др Мирса Мијачић: "Облигациони уговори" Милошевић =

Проф. др Љубиша Милошевић: "Облигационо право" Мисита = Невенко

Мисита: "Правичност као основ обавезивања на

накнаду штете"

"Нови уговори" = "Нови уговори - од значаја за привредни развој

Југославије"

ОГЗ или А.г.з. = Аустријски општи грађански законик из 1811. год.

ОЗБ = Основни закон о браку

ОИЗ = Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору

Живојин Перић = Живојин Перић: "О уговору о продаји и куповини"

Перовић = Проф. др Слободан Перовић: "Облигационо право"

ПЗ = Породични закон

Радишић = Проф. др Јаков Радишић: "Облигационо право - општи део"

РС = Република Српска

СГЗ или С.г.з. = Српски грађански законик или грађански законик

Краљевине Србије од 1844. год.

**СРЈ** = Савезна Република Југославија

Уставни закон = Уставни закон Републике Српске

ШЗО = Швајцарски законик о облигацијама од 1911. год. са изменама извршеним до 1. јануара 1976. год.

## САДРЖАЈ

ОПШТИ ДИО .....	5
ГЛАВА ПРВА - УВОД У ОБЛИГАЦИОНО ПРАВО .....	7
Предмет облигационог права .....	7
Значај облигационог права .....	8
Развој облигационог права .....	9
Метод облигационог права.....	10
Историјат облигационог права.....	11
ОДНОС ОБЛИГАЦИОНОГ ПРАВА ПРЕМА ТАНГЕНТНИМ ГРАНАМА ПРАВА .....	16
Однос облигационог и стварног права.....	17
Однос облигационог и наслеђеног права.....	18
Однос облигационог и породичног права.....	18
Однос облигационог и привредног права .....	19
Однос облигационог и бившег тзв. самоуправног права (права удруженог рада).....	19
Однос облигационог и међународног (приватног и привредног) права.....	19
Однос облигационог права и права индустријске својине и ауторског права .....	20
Однос облигационог и радног права .....	20
Однос облигационог и грађанског процесног права.....	21
ИЗВОРИ ОБЛИГАЦИОНОГ ПРАВА .....	21
ИЗВОРИ (ОСНОВИ НАСТАНКА) ОБЛИГАЦИОНОГ ОДНОСА (ОБЛИГАЦИЈА) .....	28
ОСНОВНА НАЧЕЛА ОБЛИГАЦИОНОГ ПРАВА.....	29
НАЧЕЛО ЗАКОНИТОСТИ У ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА ....	31
ЗАБРАНА ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА .....	33
ДИСПОЗИТИВНОСТ ЗАКОНСКИХ НОРМИ.....	35
ПРИМЈЕНА ДОБРИХ ПОСЛОВНИХ ОБИЧАЈА .....	36
Примјена узанси .....	36
Примјена Закона о облигационим односима .....	37
Питање примјене тзв. "стarih правних правила" након ступања на снагу Закона о облигационим односима .....	38
ПОСТУПАЊЕ У СКЛАДУ СА ОПШТИМ АКТИМА .....	40
ПРИМЈЕНА ДРУГИХ САВЕЗНИХ ЗАКОНА .....	41
ПРИМЈЕНА ПОЈЕДИНИХ ОДРЕДАБА .....	42
ОБЛИГАЦИОНИ ОДНОСИ НАСТАЛИ ВАН РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ .....	43
РЈЕШАВАЊЕ СПОРОВА НА МИРАН НАЧИН .....	43
ЗАКЉУЧАК О НАЧЕЛУ ЗАКОНИТОСТИ У ОБЛИГАЦИОНИМ ОДНОСИМА .....	44
НАЧЕЛО ПРАВИЧНОСТИ .....	45
НАЧЕЛО РАВНОПРАВНОСТИ СТРАНА .....	47
АУТОНОМИЈА ВОЉЕ .....	51
НАЧЕЛО САВЈЕСНОСТИ И ПОШТЕЊА .....	54

НАЧЕЛО ЕКВИВАЛЕНТНОСТИ ИЛИ ЈЕДНАКЕ	
ВРИЈЕДНОСТИ ДАВАЊА .....	56
НАЧЕЛО ОДГОВОРНОСТИ .....	59
СИСТЕМ ОБЛИГАЦИОНОГ ПРАВА .....	61
ГЛАВА ДРУГА - О ОБЛИГАЦИЈИ УОПШТЕ.....	65
1) Појам облигационог односа (облигације) .....	65
2) Карактеристике облигације .....	66
2/1)Облигација је релативни (релациони) однос .....	66
2/2)Облигација је правни однос .....	67
3)	
Садржај облигације је тијесно повезан са предметом облигације .....	72
3/1)Својства облигационе радње .....	73
а)	
Могућност облигационе радње.....	73
б)	
Допуштеност облигационе радње .....	74
в)	
Одређеност или одређивост радње .....	74
4)	
Класификација облигација према посебним карактеристикама .....	76
4/1)Подјела облигација према природи облигационе радње.....	77
4/2) Подјела облигација према степену одређености њихове радње	80
4/2/1) Индивидуалне или индивидуализоване облигације .....	80
4/2/2) Кумулативне облигације .....	80
4/2/3) Генеричке облигације .....	81
4/2/4) Алтернативне облигације .....	83
4/2/5) Факултативне облигације.....	84
4/3) ПОДЈЕЛА ОБЛИГАЦИЈА ПРЕМА СУБЈЕКТИМА	
И ДЈЕЉИВОСТИ ПРЕДМЕТА .....	85
4/3/1) Личне и безличне облигације .....	85
4/3/2) Дјељиве и недјељиве облигације.....	86
4/3/3) Солидарне облигације .....	87
4/3/3/А) Пасивна солидарна облигација.....	88
4/3/3/Б) Активна солидарна облигација .....	91
4/4) ВРСТЕ (ПОДЈЕЛА) ОБЛИГАЦИЈА С ОБЗИРОМ	
НА ВРИЈЕМЕ ТРАЈАЊА ОДНОСА И ЊИХОВО	
ПРАВНО ЗНАЧЕЊЕ .....	92
4/4/1) Трајне и тренутне облигације.....	92
4/4/2) Према правној вриједности облигације .....	93
5)	
ДЕЈСТВО ОБЛИГАЦИЈЕ .....	94
5/1) Повјериочева права и дужникове обавезе .....	94
5/2) Обезбјеђење дужникових обавеза .....	95
5/3) Лична средства обезбјеђења извршења дужникове обавезе .....	95
5/3/А)Уговорна казна .....	95
5/3/Б) Јемство.....	97
5/4) РЕАЛНА (СТВАРНА) СРЕДСТВА ОБЕЗБЈЕЂЕЊА	

ИЗВРШЕЊА ДУЖНИКОВЕ ОБАВЕЗЕ .....	99
5/4/А) Право задржавања .....	99
5/4/Б) Залога .....	101
5/5) ЗАКОНСКА СРЕДСТВА ОБЕЗБЈЕЋЕЊА	
ИЗВРШЕЊА ОБАВЕЗЕ ДУЖНИКА .....	104
а).....	Право на
накнаду штете .....	104
б).....	Право на
затезну камату .....	105
в).....	Пенали
105	
5/6) ВРШЕЊЕ ПОВЈЕРИЛАЧКИХ ПРАВА .....	106
а) Повјериочева права у посебним случајевима .....	107
б) Побијање дужникових правних радњи .....	107
1).....	Дјела
учињена с дужниковом намјером оштећења повјериоца .....	114
а).....	Побојна
(паулијанска) доложна тужба .....	114
б).....	Кулпозна
(паулијанска) побојна тужба .....	115
в)	
Породична (паулијанска) побојна тужба .....	116
2) Побијање бесплатних располагања инсолвентног дужника	
на штету повјериоца (quasi паулијанска побојна тужба) .....	116
Форма побијања .....	117
Рокови за подизање побојне тужбе .....	118
Дејство побијања .....	118
б)	
ИЗМЈЕНА САДРЖАЈА ОБЛИГАЦИЈЕ .....	119
а) Опште .....	119
7)	
ПОВРЕДА ОБЛИГАЦИЈЕ .....	122
а).....	Уопште о
повреди облигације од стране њених субјеката .....	122
б).....	Дужничка
доцња .....	127
в)	
Повјерилачка доцња .....	129
8)	
.....	ОСТА
ЛИ СЛУЧАЈЕВИ ИЗМЈЕНЕ САДРЖАЈА У ОБЛИГАЦИЈИ .....	130
а)	
Добровољно поравнање .....	130
б).....	Принудно
поравнање и стечај .....	131
в).....	Случај и
виша сила .....	132

9)	
ИЗМЈЕНА СУБЈЕКТА У ОБЛИГАЦИЈИ .....	133
<b>A)</b>	
Уопште .....	133
Б) Уступање потраживања (цесија) .....	134
<b>B)</b>	
Промјена дужника у облигацији .....	136
В/1) Преузимање дуга ( привативна интерцесија) .....	136
В/2) Дејство преузимања дуга .....	137
В/3) Приступање дугу .....	137
В/4) Преузимање испуњења .....	138
10)	
УПУЋИВАЊЕ АСИГНАЦИЈА .....	138
<b>II)</b>	
ПРЕСТАНАК ОБЛИГАЦИЈЕ.....	139
11/1) Уопште .....	139
11/2) Испуњење (исплата) .....	140
Појам.....	140
Субјекти испуњења .....	141
Предмет и начин испуњења.....	142
Вријеме испуњења .....	143
Мјесто испуњења.....	144
Урачунавање (импутација) испуњења.....	144
Доказивање испуњења .....	145
Трошкови испуњења .....	145
12) ЗАСТАРЈЕЛОСТ .....	146
Појам и дејство .....	146
Рокови у случају прекида застарјелости .....	151
Правна природа застарјелости потраживања (застарни рокови) .....	152
ГЛАВА ТРЕЋА - УГОВОР (УОПШТЕ О УГОВОРУ КАО ИЗВОРУ ОБЛИГАЦИЈЕ) .....	153
1) ПОЈАМ УГОВОРА .....	153
2) ОПШТИ УСЛОВИ ЗА ЗАКЉУЧЕЊЕ УГОВОРА.....	157
а)	
Способност уговарања .....	157
б)	
Постизање сагласности воља о битним елементима уговора .....	159
в).....	Предмет
уговора.....	161
г).....	Основ
(causa) уговора .....	162
д).....	Побуда
(мотив) уговора.....	163
з)	
ПОСЕБНИ УСЛОВИ ЗА ЗАКЉУЧЕЊЕ УГОВОРА.....	164
а) Облик сагласности изјава воља уговарача (форма уговора) .....	164

4)	
НАЧИН ЗАКЉУЧИВАЊА УГОВОРА.....	166
Преговори.....	167
Пунктације .....	167
Понуда .....	168
Дејство понуде (чл. 37 и 38. ЗОО) .....	169
Прихват .....	170
Закључивање уговора уз сагласност трећег лица .....	171
Уговори по приступању (адхезиони) .....	172
Предуговор.....	174
Закључивање уговора предајом ствари (реални уговор) .....	174
Закључивање уговора опцијом (опциони уговор).....	174
Закључивање уговора јавним надметањем .....	176
А) Надметање прикупљањем понуда .....	176
Б) Усмено надметање (лицитација, аукција) .....	177
а)	
Надметање стављањем прихвата понуде .....	177
б)	
Надметање стављањем понуде .....	178
5)	
ПЕРФЕКЦИЈА УГОВОРА .....	178
б)	
ПОДЈЕЛА УГОВОРА .....	179
6/1) Једностранни и двостранни уговори .....	180
6/2) Теретни и добротини уговори .....	180
6/3) Комутативни и алеаторни уговори.....	181
6/4) Неформални и формални уговори .....	183
6/5) Тренутни и трајни уговори.....	183
6/6) Каузални и апстрактни уговори.....	184
6/7) Именовани и неименовани уговори .....	184
6/8) Једноставни и мјешовити уговори .....	184
6/9) Самострални (главни) и споредни (допунски или акцесорни) уговори .....	185
6/10) Генерални и специјални уговори.....	185
6/11) Појединачни уговори.....	186
6/12) Уговори по приступу и уговори са споразумно утврђеним садржајем .....	186
6/13) Колективни и индивидуални уговори .....	187
6/14) Зобрањени уговори .....	187
7)	
ТУМАЧЕЊЕ УГОВОРА .....	188
Уопште о тумачењу правних одредби.....	188
Општа правила тумачења уговора .....	190
Посебна правила тумачења уговора .....	191
8)	
ДЕЈСТВО УГОВОРА .....	192
8/1) Опште дејство уговора .....	192

8/2)Уговори без правног дејства (неважећи уговори) .....	193
8/3)Појачање општег дејства уговора .....	202
КАПАРА.....	203
КАУЦИЈА .....	208
АВАНС (ПРЕДУЈАМ) .....	209
ОДУСТАНИЦА .....	209
8/4)ДЕЈСТВО УГОВОРА ПРЕМА ТРЕЋИМ ЛИЦИМА .....	211
8/5)ПОСЕБНА ДЕЈСТВА ДВОСТРАНО ОБАВЕЗНИХ (ДВОСТРАНИХ) УГОВОРА.....	212
а)	
Одговорност за недостатке (мане) испуњења обавезе .....	213
а/1) Одговорност за физичке мане .....	213
Услови одговорности преносиоца .....	213
Права прибавиоца манљиве ствари .....	216
Захтијевати уредно испуњење уговора .....	216
2.Снижење цијене (бонификација) .....	217
3.Једнострано раскидање уговора .....	217
4.Право на накнаду штете .....	218
Губитак права (преклузија) .....	218
а/2) Одговорност за правне недостатке (заштита од евикције) .....	219
б) Правило истовременог испуњења обавеза из двостраног уговора.....	221
в) Раскидање или измјена уговора због промијењених околности .....	222
Појмовно дефинисање промијењених околности .....	223
Права и обавезе погођене стране .....	224
Права стране која није погођена промјеном околности .....	224
Задацисуда .....	225
г)	
Прекомјерно оштећење ("laesio enormis") .....	225
д)	
Зеленашки уговор .....	227
9).....ПРЕСТАНАК УГОВОРА .....	229
Подјела начина престанка уговора .....	230
а)	
Престанак уговора испуњењем .....	230
Престанак уговора без испуњења .....	231
б)	
Немогућност испуњења уговора .....	231
в)	
Престанак уговора раскидањем .....	232
Споразумно раскидање уговора .....	232
Једнострано (уговорено) раскидање уговора .....	233
Законско једнострано раскидање уговора .....	234
г)	
Поништење уговора .....	237
ПОСЕБНИДИО.....	245

ИМЕНОВАНИ ГРАЂАНСКО-ПРАВНИ	
ОБЛИГАЦИОНИ УГОВОРИ .....	247
УВОД - СИСТЕМАТИЗАЦИЈА ИМЕНОВАНИХ	
ОБЛИГАЦИОНО-ПРАВНИХ УГОВОРА .....	247
ПРВА ГЛАВА - УГОВОР О ПРОДАЈИ (КУПОПРОДАЈИ) .....	249
Појам.....	249
Карактеристике.....	249
Субјекти продаје .....	250
Перфекција уговора о продаји .....	251
Дејство закљученог купопродајног уговора .....	255
Садржај купопродајног уговора .....	255
Обавезе продавца.....	256
Обавеза предаје ствари купцу .....	256
Мјесто предаје ствари купцу .....	258
Мјесто предаје у случају превоза ствари .....	258
Начин предаје ствари купцу .....	259
Трошкови предаје ствари купцу .....	261
Обавеза продавца да заштити купца у случају недостатака продате ствари (јемство на недостатке) .....	261
Обавезе купца .....	263
Исплата цијене.....	263
Одговорност купца за исплату цијене .....	264
Преузимање ствари .....	264
Обавезе странака да чувају ствари које су предмет уговора.....	265
Дејство уговора о купопродаји.....	265
Сношење ризика .....	266
Право на плодове .....	267
Престанак уговора о продаји .....	267
МОДАЛИТЕТИ КУПОПРОДАЈЕ .....	271
А) Модалитети купопродаје у интересу једне уговорне стране.....	271
Продаја са правом прече куповине (прекуп) .....	271
Куповина на пробу .....	274
Купопродаја условљена појавом бољег купца.....	276
Купопродаја са правом откупа.....	276
Купопродаја са правом препродаје .....	276
Спецификациона купопродаја (продаја са спецификацијом) .....	277
Б) Модалитети продаје у погледу општих услова уговарања.....	277
Купопродаја саобразно узорку или моделу .....	277
Купопродаја на почек .....	278
а)	
Продаја са задржавањем права својине .....	278
б)	
Продаја са оброчним отплатама цијене .....	279
Претплатна купопродаја .....	280
Продаја ствари које се мјере или броје .....	280
Продајни налог .....	281
Уговор о куповини наде.....	281
ГЛАВА ДРУГА - УГОВОР О РАЗМЈЕНИ .....	282

ГЛАВА ТРЕЋА - УГОВОР О ПОКЛОНУ (ДАРОВАЊУ) .....	282
Карактеристике уговора о поклону .....	284
Услови за настанак уговора о поклону.....	284
Способност уговарача.....	285
Саглашавање воља уговарача.....	285
Предмет уговора о поклону.....	286
Дејство уговора о поклону.....	287
Престанак уговора о поклону (опозивање поклона) .....	288
а)	
Опозивање поклона од стране поклонодавца .....	289
а/1) Опозивање поклона због осиромашења поклонодавца .....	289
а/2) Опозив поклона због тешке незахвалности обдареног лица .....	289
а/3) Опозив поклона услед развода брака или поништења брака .....	290
б)	
Опозивање поклона од стране трећих лица .....	291
б/1) Опозив поклона од стране нужних наслједника .....	291
б/2) Опозив поклона због прикрађивања повјерилаца.....	291
Врсте поклона .....	292
Узајамни поклон .....	292
Поклон с налогом .....	292
Мјешовити поклон .....	293
Наградни поклон .....	293
ГЛАВА ЧЕТВРТА - УГОВОР О ЗАЈМУ .....	294
Појам, значај и карактеристике.....	294
Перфекција уговора о зајму .....	295
Битни елементи уговора о зајму.....	295
Дејство уговора о зајму (настанак облигације) .....	295
а)	
Облигација у којој је зајмодавац дужник.....	295
б)	
Облигација у којој је зајмопримац дужник.....	296
Престанак зајма .....	296
Модалитети уговора о зајму.....	297
Намјенски зајам .....	297
Уговор о кредиту .....	297
ГЛАВА ПЕТА - УГОВОР О ЗАКУПУ .....	297
Појам закупа (значај и карактеристике) .....	297
Дејство закупа.....	299
Дужничке обавезе закуподавца .....	299
Дужничке обавезе закупца .....	300
Дејство уговора о закупу према купцу (новом власнику) предмета закупа .....	301
Престанак закупа .....	302
Модалитети уговора о закупу .....	303
Уговор о подзакупу .....	303
Закуп уређен посебним прописима .....	304
ГЛАВА ШЕСТА - УГОВОР О ПОСЛУЗИ .....	308
Појам, значај и карактеристике.....	308

Закључење (перфекција) уговора о послузи .....	309
Дејство послуге.....	310
Обавезе послугопримца .....	310
Евентуалне обавезе послугодавца .....	310
Престанак облигационог односа из уговора о послузи .....	311
ГЛАВА СЕДМА - УГОВОР О ДЈЕЛУ .....	311
Дефинисање уговора (појам, значај и карактеристике).....	311
Перфекција уговора о дјелу.....	312
Дејство уговора о дјелу - настанак облигације.....	313
Облигације у којима је посленик дужник .....	313
Одговорност за недостатке дјела .....	314
Кад посленик сноси ризик .....	315
Престанак уговора о дјелу .....	315
ГЛАВА ОСМА - УГОВОР О НАЛОГУ (ПУНОМОЋСТВУ).....	316
Дефинисање - појам .....	316
Значај и примјена уговора о налогу.....	317
Карактеристике уговора о налогу .....	318
Закључивање уговора о налогу .....	319
ДЕЈСТВО УГОВОРА О НАЛОГУ (ПУНОМОЋСТВУ) ИЗМЕЂУ ВЛАСТОДАВЦА И ПУНОМОЋНИКА.....	321
Обавезе пуномоћника (налогопримца).....	321
Извршење налога.....	321
Полагање рачуна.....	323
Обавезе властодавца (налогодавца) .....	323
Дејство уговора о налогу према трећим лицима .....	324
Престанак уговора о налогу .....	325
Престанак уговора о налогу усљед догађаја.....	325
Вријеме престанка уговора о налогу (моменат гашења односа) .....	326
ГЛАВА ДЕВЕТА - УГОВОР О ОСТАВИ.....	326
Дефинисање појма .....	326
Дејство оставе .....	327
Обавезе оставопримца .....	327
Права оставопримца.....	328
Модалитети оставе .....	328
Неправилна остава ("depositum irregulare").....	328
Нужна остава ("depositum miserabile") .....	329
Угоститељска остава.....	329
Затворена остава.....	331
Судска остава (секвестар).....	332
ГЛАВА ДЕСЕТА - УГОВОР О ДОЖИВОТНОМ ИЗДРЖАВАЊУ..	333
Појам.....	333
Значај .....	334
Карактеристике.....	335
Закључивање уговора о доживотном издржавању .....	335
Техника закључивања и форма .....	336
Дејство уговора .....	337
Облигације у којима је давалац издржавања дужник .....	337
Облигације у којима је прималац издржавања дужник .....	338

Престанак уговора о доживотном издржавању .....	338
Раскид уговора .....	338
Поништење уговора .....	339
ГЛАВА ЈЕДНАЕСТА - УГОВОР О ОРТАКЛУКУ .....	339
Појам, значај и карактеристике .....	339
Ортачки удјели .....	341
Циљ ортаклука .....	342
Трајање уговора .....	342
Дејство ортаклука .....	342
Удруживање ортачких удјела .....	342
Управљање ортаклуком .....	343
Подјела добити и сношење губитка .....	344
Престанак ортаклука .....	345
Врсте ортаклука .....	345
ЛИТЕРАТУРА .....	347
СКРАЋЕНИЦЕ .....	351