



High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina
Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine
Visoko sudbeno i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine
Високи судски и тужилачки савет Босне и Херцеговине

CEST F BiH



CEST RS

MODUL 6

Građanska oblast
UGOVORI

Visoko sudsko i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine
Visoko sudbeno i tužiteljsko vijeće Bosne i Hercegovine
Високи судски и тужилачки савјет Босне и Херцеговине
High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina

Bosna i Hercegovina – Босна и Херцеговина – Bosnia and Herzegovina
Federacija Bosne i Hercegovine – Федерација Босне и Херцеговине –
Federation of Bosnia and Herzegovina

Javna ustanova centar za edukaciju sudija i tužilaca u F BiH
Javna ustanova centar za edukaciju sudaca i tužitelja u F BiH
Јавна установа центар за едукацију судија и тужилаца у Ф БиХ

Јавна установа центар за едукацију судија и јавних тужилаца у РС
Javna ustanova centar za edukaciju sudija i javnih tužilaca u RS

MODUL 6

GRAĐANSKA OBLAST

UGOVORI

Vodeći ekspert:

Abedin Bikić doc.dr., Pravni fakultet Sarajevo

Konsultanti:

Predrag Krsmanović, sudija Kantonalnog suda u Tuzli

Nevenka Mitrić, sudija Osnovnog suda Banja Luka

Mirza Jusufović, sudija Suda BiH

Staka Gojković, Vrhovni sud RS

Violanda Šubarić, Okružni sud Banja Luka

Asja Razić, sudija Kantonalnog suda u Tuzli

Enisa Halilović, sudija Kantonalnog suda u Tuzli

Jovanka Jovanović, predsjednik Osnovnog suda u Doboju

Uvod

Ovaj edukativni Modul je plod zajedničkog rada grupe eksperata i konsultanata iz različitih dijelova Bosne i Hercegovine, koji su pokušali da korisnicima osiguraju praktični instrument koji bi im, kao pravnim stručnjacima, mogao pomoći u njihovom svakodnevnom radu. Modul koji imate ispred sebe predstavlja dio prve serije Modula koji su elaborirani zahvaljujući velikodušnom financiranju od strane EUROPSKE KOMISIJE (CARDS 2004) i koordinacijskom trudu Centara za edukaciju sudaca i tužitelja Republike Srpske i Federacije Bosne i Hercegovine i Visokog sudskog i tužilačkog vijeća Bosne i Hercegovine. U okviru ovog Projekta, 13 eksperata, uz pomoć približno istog broja konsultanata, obradili su 13 edukativnih Modula i time pokrili ključne teme građanskog i krivičnog, materijalnog i procesnog prava, s naglaskom na procesno pravo. Ove teme su izabrane od strane Upravnih odbora Centara za edukaciju sudaca i tužitelja kao najvažnije, obzirom na probleme implementacije koji su se pojavili nedavnim pravnim reformama na ovim poljima.

Uz financijsku pomoć od strane Europske Komisije, Centri za edukaciju sudaca i tužitelja ovim su reagirali na rastuće zahtjeve od strane članova pravosuđa (ali i drugih pravnika) za praktičnim edukativnim instrumentima koji će pomoći već imenovanim, ali i novoimenovanim praktičarima da shvate i primijene zakon u sudskom i pravnom sistemu Bosne i Hercegovine koji se stalno razvija.

Postupak izrade ovog a i drugih Modula je odličan primjer sposobnosti i volje članova pravosuđa u Bosni i Hercegovini – predstavljenih kroz eksperte i konsultante uključene u Projekat – da surađuju, razmjenjuju svoja pravna mišljenja i prevaziđu još postojeće prepreke u formiranju harmonizovanog pravosuđa u zemlji.

Korisnici se pozvaju da doprinesu unapređenju ovog Modula kroz konstruktivnu kritičku povratnu informaciju, obzirom da nam je namjera da se ovaj edukativni materijal neprekidno ažurira i unapređuje. Molimo da svoje komentare dostave Centrima za edukaciju sudaca i tužitelja.

Centri za edukaciju sudaca i tužitelja i Visoko sudačko i tužiteljsko vijeća zahvaljuju se svim ekspertima, konsultantima i asistentima koji su doprinijeli izradi ovih Modula za njihov trud i predanost, kao i Europskoj Komisiji na velikodušnoj podršci prvom projektu ovakve vrste u Bosni i Hercegovini..

Branko Perić
Predsjednik



Visokog sudskog i tužilačkog vijeća
Bosne i Hercegovine

Biljana Marić
Direktorica



Centar za edukaciju sudija i tužilaca
u Republici Srpskoj

Sanela Paripović
Direktorica



Centar za edukaciju sudija i tužilaca
u Federaciji Bosne i Hercegovine

SADRŽAJ

UVODNE NAPOMENE	3
A. ZAKLJUČENJE OBLIGACIONIH UGOVORA	5
1. OBLIGACIONI UGOVORI	5
UVOD	5
2. OSNOVNA NAČELA UGOVORNOG PRAVA	6
2.1. <i>Sloboda uređivanja ugovornih odnosa</i>	7
2.2. <i>Savjesnost i poštenje</i>	9
2.3. <i>Ravnopravnost strana</i>	11
2.4. <i>Načelo jednake vrijednosti davanja</i>	12
2.5. <i>Dužnost ispunjenja obaveza</i>	13
2.6. <i>Pažljivo ponašanje u izvršavanju obaveza i ostvarivanju prava</i>	14
2.7. <i>Primjena dobrih poslovnih običaja</i>	16
2.8. <i>Jedinstvenost reguliranja ugovornih odnosa</i>	17
3. ZAKLJUČENJE OBLIGACIONIH UGOVORA	18
3.1. <i>Poslovna sposobnost ugovornih strana</i>	19
3.2. <i>Saglasnost volja ugovornih strana</i>	23
3.3. <i>Predmet ugovora</i>	30
3.4. <i>Osnov ugovora</i>	35
3.5. <i>Forma i tumačenje ugovora</i>	37
B. POSEBNA DEJSTVA DVOSTRANIH UGOVORA	46
1. PROMIJENJENE OKOLNOSTI	46
2. PREKOMJERNO OŠTEĆENJE (LAESIO ENORMIS)	50
3. ZELENAŠKI UGOVOR	53
4. PRAVO ZADRŽAVANJA	55
5. POBIJANJE DUŽNIKOVIH PRAVNIH RADNJI	58
5.1. <i>Uslovi pobijanja</i>	60
5.2. <i>Dejstvo pobijanja</i>	64
6. UGOVOR U KORIST TREĆEG LICA	67
C. SREDSTVA OBEZBJEĐENJA UGOVORA	70
UVOD	70
1. STVARNA SREDSTVA OBEZBJEĐENJA UGOVORA	70
1.1. <i>Kapara</i>	70
1.2. <i>Zalog</i>	75
1.3. <i>Lična sredstva obezbjeđenja ugovora</i>	81
D. SMETNJE KOD ISPUNJENJA UGOVORNIH OBAVEZA	95
1. NEVAŽNOST UGOVORA	95
1.1. <i>Ništavi ugovori</i>	95
1.2. <i>Pobojni ugovori</i>	100
2. DOCNJA (ZAKAŠNJENJE)	105
2.1. <i>Dužnička docnja</i>	105
2.2. <i>Povjerilačka docnja</i>	111
3. ZASTARJELOST	114
3.1. <i>Pojam</i>	114
3.2. <i>Vrijeme zastarjelosti</i>	116
3.3. <i>Zastoj zastarijevanja</i>	118
3.4. <i>Prekid zastarijevanja</i>	120

4. RASKID UGOVORA.....	124
4.1. <i>Sporazumni raskid.....</i>	<i>124</i>
4.2. <i>Jednostrani raskid ugovora.....</i>	<i>125</i>
4.3. <i>Pravna dejstva raskida</i>	<i>129</i>
E. PROMJENA SUBJEKATA OBLIGACIJE.....	133
1. UOPĆE O PROMJENI SUBJEKATA OBLIGACIJE.....	133
2. UGOVORNO USTUPANJE POTRAŽIVANJA (CESIJA).....	133
2.1. <i>Pojam cesije</i>	<i>133</i>
2.2. <i>Predmet ustupanja.....</i>	<i>136</i>
2.3. <i>Zabrana ustupanja</i>	<i>138</i>
2.4. <i>Prelaz sporednih prava.....</i>	<i>139</i>
2.5. <i>Obavještenje dužnika o cesiji</i>	<i>140</i>
2.6. <i>Zaštita dužnika (cesusa).....</i>	<i>140</i>
2.7. <i>Prebijanje potraživanja kao zaštita dužnika.....</i>	<i>142</i>
2.8. <i>Višestruko ustupanje</i>	<i>142</i>
2.9. <i>Odnos cedenta i cesionara.....</i>	<i>143</i>
3. POSEBNI SLUČAJEVI USTUPANJA POTRAŽIVANJA	145
3.1. <i>USTUPANJE UMJESTO ISPUNJENJA</i>	<i>146</i>
3.2. <i>Ustupanje radi naplaćivanja</i>	<i>146</i>
3.3. <i>Ustupanje radi obezbjeđenja</i>	<i>147</i>
F. PROMJENA DUŽNIKA	149
1. UOPĆE O PROMJENI DUŽNIKA	149
2. PREUZIMANJE DUGA	149
2.1. <i>Uopće o preuzimanju duga</i>	<i>149</i>
2.2. <i>Pravni učinci preuzimanja duga.....</i>	<i>151</i>
3. PRISTUPANJE DUGU I PREUZIMANJE ISPUNJENJA.....	154
3.1. <i>Pristupanje dugu</i>	<i>154</i>
3.2. <i>Preuzimanje ispunjenja.....</i>	<i>155</i>
G. PRESTANAK OBLIGACIJE	159
1. UOPĆE O PRESTANKU OBLIGACIJA	159
2. ISPUNJENJE	159
2.1. <i>Ko može ispuniti obavezu</i>	<i>159</i>
2.2. <i>Personalna subrogacija.....</i>	<i>160</i>
2.3. <i>Predmet, vrijeme i mjesto ispunjenja.....</i>	<i>163</i>
2.4. <i>Uračunavanje ispunjenja</i>	<i>167</i>
3. PREBIJANJE (KOMPENZACIJA)	169
3.1. <i>Uopće o prebijanju</i>	<i>169</i>
3.2. <i>Dejstvo prebijanja.....</i>	<i>171</i>
3.3. <i>Isključenje prebijanja.....</i>	<i>171</i>
4. OSTALI NAČINI PRESTANKA OBLIGACIJE	173
4.1. <i>Oprost duga.....</i>	<i>173</i>
4.2. <i>Prenov (Novacija).....</i>	<i>174</i>
4.3. <i>Sjedinjenje (Konfuzija).....</i>	<i>176</i>
4.4. <i>Nemogućnost ispunjenja</i>	<i>177</i>
4.5. <i>Protok vremena, Otkaz i Smrt</i>	<i>178</i>

UVODNE NAPOMENE

Kategorije	<p>U ovom modulu obrađeni su obligacioni ugovori i to Opći dio ugovornog prava. Ova materija obuhvaćena je u Prvom (Općem) dijelu Zakona o obligacionim odnosima i to u prvih 453. člana.</p> <p>Ključne riječi za pretraživanje su: zaključenje obligacionih ugovora, ponuda, prihvata ponude, forma ugovora, tumačenje ugovora, promijenjene okolnosti, prekomjerno oštećenje, zelenaški ugovori, ugovor u korist trećeg, pobijanje dužnikovih pravnih radnji, pravo zadržavanja, sredstva obezbjeđenja ugovora, docnja, raskid ugovora, promjena subjekata obligacije, prestanak obligacije.</p>
Trajanje	<p>Za obradu ovog modula potrebno je tri radna dana raspoređen u vremenski period od po 6 sati.</p>
Oblik	<p>Predstavljanje modula je moguće kroz video prezentaciju i aktivno učešće sudionika seminara.</p>
Ciljevi edukacije	<ul style="list-style-type: none">◆ Glavni cilj modula je prikazati osnovne probleme koji se javljaju u sudskoj praksi u vezi s obligacionim ugovorima.◆ Omogućiti sudijama lakše snalaženje u određenim specifičnim problemima vezanim za ovaj modul.◆ Ujednačavanje sudske prakse.◆ Pomoć sudijama sa manje radnog iskustva.
Opis	<p>Modul 6: Obligacioni ugovori – Opći dio obrađuje opću teoriju i sudsku praksu vezanu za sve obligacione ugovore.</p> <p>Modul je podijeljen u šest podmodula i to:</p> <p><i>A. Podmodul: Zaključenje obligacionih ugovora.</i> Obrađeni su slijedeći instituti: osnovna načela ugovornog prava, saglasnost volja, predmet i osnov ugovora, te forma i tumačenje ugovora.</p> <p><i>B. Podmodul: Posebna dejstva dvostranih ugovora.</i> U ovom pomodulu kao najvažnije izdvojeno je: promijenjene okolnosti, prekomjerno oštećenje, zelenaški ugovor, pravo zadržavanja, pobijanje dužnikovih pravnih radnji, ugovor u korist trećeg lica.</p> <p><i>C. Podmodul: Sredstva obezbjeđenja ugovora.</i> Sredstva obezbjeđenja podijeljena su na stvar i lična. Kod stvarnih</p>

sredstava obezbjeđenja obrađeni su: kapara i (ručni) zalog, a kod ličnih: ugovorna kazna, jemstvo i odustanica.

D. Podmodul: Smetnje kod ispunjenja ugovornih obaveza.

Kao smetnje u ovom podmodulu obrađeni su: nevažnost ugovora (ništavi i pobjni ugovori), docnja (zakašnjenje), zastarjelost, raskid ugovora.

E. Podmodul: Promjena subjekata obligacije. U ovom podmodulu obrađena je promjena povjerioca (cesija) i promjena dužnika kao ugovornih strana.

F. Podmodul: Prestanaka obligacije. Obrađeni su svi načini prestanka ugovora kao jednog od načina obligacije.

Mogući predavači/edukatori

Vodeći ekspert, konsultanti i ostali predavači/edukatori Centra.

Dnevni red modula

Dnevni red modula se nalazi kao dio modula ili će biti kreiran od strane Centra na bazi potreba za pojedinačni modul.

Vodeći ekspert

Abedin Bikić doc.dr., Pravni fakultet Sarajevo

A. ZAKLJUČENJE OBLIGACIONIH UGOVORA

1. OBLIGACIONI UGOVORI

UVOD

Obligacioni ugovori su dvostrani pravni poslovi, kojim se jedna ugovorna strana obavezuje drugoj ugovornoj strani da će joj nešto određeno izvršiti (tj. dati, dopustiti ili učiniti) ili nešto određeno propustiti, a druga strana to sve prihvata.

Prije svega, potrebno je napomenuti da su ugovori najčešći izvor obligacija (odnosno obligacionih odnosa). Ugovore poznaju i druge grane prava, a prije svega stvarno, porodično, nasljedno, radno, međunarodno i dr. prava. Međutim, ugovori u obligacionom pravu (za razliku od drugih ugovora) predstavljaju izvor obligacija.

Svaki obligacioni ugovor pretpostavlja učešće najmanje dvije strane. Te se strane u teoriji, a i u praksi, obično nazivaju ugovornim stranama. Pored ovog naziva, za označenje ugovornih strana upotrebljavaju se i termini: kontrahtenti, ugovornici, strane ili stranke.

Druga karakteristika obligacionih ugovora je da su to dvostrani pravni poslovi. Ugovori ne nastaju na osnovu zakona, nego na osnovu slobodno i saglasno izjavljene volje poslovno sposobnih lica (*consens*). Ova saglasnost volja može biti, i najčešće jeste, upravljena na nastanak nekog novog, dotad nepostojećeg odnosa između ugovornih strana (odnosno ugovarača). Pored toga, saglasnost volja može biti usmjerena na promjenu ili prestanak obligacionog odnosa.

Ugovor je zaključen kada su se ugovorne strane sporazumjele o bitnim sastojcima ugovora (*essentialia negotii*). Međutim, Zakonom nije definirano šta je to bitan sastojak ugovora. Nesporno je da bitni sastojci zavise od tipa ugovora. Tako nije nevažno da li se radi o prodaji ili zajmu, poklonu ili posluži, itd. Najkraće (i najjednostavnije) rečeno, bitni sastojci ugovora su oni minimalni sastojci neophodni za postojanje ugovora.

Bitni sastojci ugovora mogu biti objektivno i subjektivno bitni. **Objektivno bitni** sastojci određuju se pravnim propisom, odnosno zakonom (npr. *prema čl. 454. predmet i cijena su bitni sastojci ugovora o prodaji ili kod ugovora o zajmu to je obaveza zajmodavca da preda zamjenljivu stvar u vlasništvo zajmoprimca, uz obavezu ovog posljednjeg da vrati istu količinu i kakvoću*). **Subjektivno bitni** sastojci ugovora određuju se voljom stranaka. To su oni sastojci ugovora koji, gledano uopćeno, ne predstavljaju uslov nastanka ugovora. Međutim, za jednu od ugovornih strana ti uslovi mogu predstavljati važan sastojak, bez kojeg ta strana ne želi zaključiti ugovor. Ovdje je bitno da se o tim uslovima ugovarači slože i da ih kao bitne ugovore. U slučaju spora samo se objektivno bitni sastojci

ugovora ne dokazuju, dok postojanje subjektivno bitnih sastojaka ugovora mora dokazati ona strana koja se na njih poziva.

Pored bitnih, postoje još i prirodni, kao i slučajni (sporedni, uzgredni) sastojci obligacionih ugovora. Prirodni sastojci (*naturalia negotii*) su takvi sastojci koje strane ne moraju ugovoriti, a usprkos tome oni čine sastavni dio ugovora. Kao tipičan primjer prirodnog sastojka navodi se odgovornost prodavca za pravne i materijalne nedostatke prodane stvari, bez obzira da li su tu odgovornost ugovarači uopće ugovarali, ili obaveza ostavoprimca, kod ugovora o ostavi (član 714. st. 1.), da primljenu stvar čuva kao svoju vlastitu. Ukoliko stranke ne žele primjenu prirodnih sastojaka u ugovoru, kako to predviđa Zakon, one ih mogu svojom voljom mijenjati, a u protivnom ti propisi djeluju po sili zakona.

Sporedni (slučajni) sastojci (*accidentalia negotii*) obligacionih ugovora su takvi sastojci koji se ne odnose ni na jednu vrstu ugovora, ali ih same ugovorne strane mogu utanačiti (dogovoriti). Ova mogućnost ugovaranja sporednih sastojaka ima svoje uporište u slobodi ugovaranja prava i obaveza između samih ugovarača. Iz ovoga proizlazi jasna razlika, ali i sličnost, između prirodnih i sporednih sastojaka obligacionih ugovora. Sličnost se ogleda u tome što obligacioni ugovori važe i bez da se ugovarači sporazumiju o prirodnim i sporednim sastojcima. Razlika je u tome što prirodni sastojci važe i ako ih stranke ne ugovore, dok sporedni sastojci važe samo onda kada ih stranke ugovore. Primjer sporednog sastojka obligacionog ugovora je mogućnost povjerioca i dužnika da utanače ugovornu kaznu, u slučaju ako dužnik ne ispuni ili zakasni s ispunjenjem svoje obaveze (član 270. st. 1.).

Sudska praksa:

Da bi rok za isplatu cijene u ugovoru o prodaji bio smatran bitnim elementom ugovora (fiksni pravni poslovi), mora kao takav biti izričito ugovoren¹.

Karakteristika je obligacionih ugovora da ugovorne strane svoja prava i obaveze koje za njih iz ugovora proizlaze mogu odrediti kako to njima najbolje odgovara. To znači da se ovi ugovori temelje na načelu dispozitivnosti.

2. OSNOVNA NAČELA UGOVORNOG PRAVA

Na samom početku Zakona o obligacionim odnosima (čl. 1 – 25.) nalaze se osnovna načela² obligacionog prava. Neka od tih načela su karakteristična za obligaciono pravo, a neka su od značaja za cjelokupno građansko (civilno) pravo. Sva načela nisu istog značaja i domašaja. Jedna su šira i spadaju u pravne standarde čiji sadržaj nije određen i ostavljeno je sudu da izvrši konkretizaciju u

¹ Odluka VS BiH, Rev. 743/89, od 18.05.1990. – Odluka objavljena u Biltenu SP VS BiH 4/90; Odluka broj 37.

² Osnovna načela se još nazivaju i: principi, osnovna pravila i sl.

svakom pojedinačnom slučaju (npr. savjesnost i poštenje). Druga su uža i traže konkretizaciju u drugim odredbama zakona (npr. zabrana prouzrokovanja štete). Osnovna načela predstavljaju istorijsku konkretizaciju pravnih ideja u općoj pravnoj svijesti određenog društva³. U daljem izlaganju navest ćemo najvažnija načela.

2.1. Sloboda uređivanja ugovornih odnosa

Sloboda ugovaranja u obligacionom pravu prihvaća se kao jedno od osnovnih načela (principa) ugovora i ugovornog prava. To znači da ugovorne strane svojim izjavama volja mogu zasnivati, mijenjati ili ukidati obligacione odnose. Slobodu ugovaranja mnogi autori poistovjećuju s načelom autonomije volje. Istina, sloboda ugovaranja se najvećim dijelom isprepliće sa autonomijom volje, ali se ovi pojmovi ipak ne mogu poistovjećivati. Načelo autonomije volje izdiže volju pojedinca na ishodište pravnog odnosa, a načelom slobode ugovaranja poklanja se pažnja društvu i okolnostima u kojim se ta sloboda očituje.

Sloboda ugovaranja podrazumijeva pravo, odnosno ovlaštenje subjekata (ugovarača) da zaključuju ili ne zaključuju ugovore s kim oni to žele, da određuju sadržaj i formu ugovora. Iz ovoga se vidi da sloboda ugovaranja sadrži više pojedinačnih sloboda ili prava za svaku ugovornu stranu.

1. Prije svega, svaka ugovorna strana ima slobodu hoće li ili neće uopće zaključiti jedan obligacioni ugovor. Obaveze zaključenja ugovora nema ni za jednu stranu. Ako sloboda zaključenja ugovora nije ispoštovana, odnosno ako je ugovor zaključen pod uticajem sile ili prijetnje silom, takav ugovor se može pobijati (poništavati).

2. Svaki je ugovarač slobodan u izboru svog ugovornog partnera. To znači da ugovarač ima punu slobodu izbora ličnosti, a u slučaju zablude u ličnosti sukontrahenta, postoji mogućnost poništenja ugovora (član 61. ZOO).

3. Ugovorne strane su slobodne da određuju sadržaj i vrstu budućeg ugovora, vodeći računa o ciljevima koji žele postići. Zakonom se u pravilu normiraju samo osnovni tipovi ugovora i njihovi oblici. Ugovornim stranama je ostavljeno da same urede međusobne odnose. Osim toga, one mogu da odstupe od ovih tipičnih ugovora i da svojom voljom stvore novi ugovor. Takav se ugovor u pravnoj teoriji naziva neimenovan ili netipiziran ugovor. Zatim, ugovarači su slobodni da urede izvršenje obaveza, kao i realizaciju tražbina. Iz ovoga se može zaključiti da su propisi o obligacionim ugovorima, u pravilu, dispozitivne prirode.

4. Način zaključenja ugovora također je prepušten samim ugovornim stranama. Prema članu 67. st. 1, sklapanje ugovora ne podliježe nikakvoj formi, izuzev ako zakonom nije drugačije određeno. To znači da Zakon u principu usvaja načelo konsenzualizma, a načelo formalizma je izuzetak.

³ K. Larenz, *Methodenlehre des Rechts*, München, 1983, str. 405.

Konsenzualizam podrazumijeva da je za nastajanje ugovora dovoljno da dva ili više lica na bilo koji način saglasno izjave svoju volju, odnosno u bilo kojoj formi.

5. Sloboda ugovaranja podrazumijeva da ugovarači svoja prava i obaveze mogu mijenjati ili stvarati nova. Ugovarači mogu saglasno raskinuti stari ugovor ili na drugi način, saglasnošću volja odlučiti o sudbini prethodnih ugovora.

Niti jedan pravni sistem, slobodu ugovaranja, ne primjenjuje u apsolutnom smislu i bez bilo kojih ograničenja. U ZOO je utvrđeno ograničenje slobode ugovaranja, i to tako što je predviđeno da sudionici u prometu slobodno uređuju obligacione odnose, a ne mogu ih uređivati suprotno Ustavu, prinudnim propisima, te moralu društva⁴.

Ograničenje slobode ugovaranja ne odnosi se samo na zabranu zaključenja ugovora, nego ponekad baš suprotno može značiti obavezu zaključenja određenog ugovora. Ovdje se prije svega misli na obavezu zaključenja ugovora vlasnika motornih vozila sa osiguravajućom organizacijom o osiguranju od odgovornosti za štetu prouzrokovanu trećim licima. Isto tako, predviđena je obaveza zaključenja ugovora o isporuci električne energije ili komunalnih usluga.

Sloboda ugovaranja može se ograničiti zakonom i to tako što se za pojedine ugovore predviđa pismena forma, kao npr., za ugovor o licenci (čl. 687. ZOO) ili ugovor o građenju (čl. 630. st. 2. ZOO).

Hipotetički slučaj:

Bračni par, muž Matija i supruga Slavica, su za vrijeme trajanja braka zaključili ugovor (sporazum) o diobi zajedničke imovine stečene u braku. U jednoj klauzuli određeno je da će M ustupiti S svoj dio imovine ako prekine bračnu zajednicu i zasnije zajednicu života sa drugom ženom. Poslije izvjesnog vremena M je prekinuo bračnu zajednicu (razveo se) i oženio drugu ženu D.

S traži realizaciju ugovorne klauzule i cjelokupnu imovinu za sebe (i onaj dio koji je pripao M-u). M nije saglasan sa ovim zahtjevom.⁵

Pitanje: Kakvu će odluku donijeti sud?

I. Ugovorne strane imaju slobodu ugovaranja i svoja prava i obaveze mogu da urede onako kako njima najbolje odgovara. Taj ugovor ne smije biti protivan Ustavu, prinudnim propisima te moralu društva (čl. 103. u vezi sa čl. 10. ZOO).

II. Naprijed navedeni ugovor je ništav, jer je zaključen pod nedopuštenim raskidnim uslovom (čl. 75. st. 1. ZOO). Naime, bračna veza ne može se mjeriti materijalnim dobrima, pa se niti raskid bračne veze ne može kompenzirati

⁴ Vidi čl. 51. st. 2 i čl. 103. st. 1. ZOO.

⁵ Vrhovni sud BiH, Rev. 164/91, od 23.05.1991. godine.

imovinskom naknadom. Brak bi trebao počivati na međusobnom povjerenju bračnih drugova i kao takav je zajednica koja treba biti u skladu s moralnim principima.

III. Ugovoreni raskidni uslov je protivan moralu, jer s jedne strane stavlja u istu ravan brak kao na izvjestan način moralnu vrijednost i imovinsku vrijednost, a s druge strane predstavlja neku vrstu plaćanja naknade za slobodu odlučivanja u pogledu razvoda braka.

Sudska praksa:

Valjan je ugovor prema kome pravo vlasništva na nekretnini opterećenoj pravom plodouživanja stiže lice s kojim će živjeti plodouživalac u času smrti.⁶

Sporazum o prenosu osnovnih sredstava uz naknadu i preuzimanje radnika poslovne jedinice jedne pivare od strane druge ima karakter obligacionog ugovora, a ne samoupravnog sporazuma, iako je tako nazvan. Ništava je odredba u ovom sporazumu da je prenosilac dužan da se uzdrži od prodaje piva na području ranije poslovne jedinice duži niz godina ili da pribaviocu plati naknadu štete, pošto dovodi do narušavanja jedinstvenog tržišta.⁷

Zakon o nasljeđivanju propisuje formu sudskog testamenta za ugovor o doživotnom izdržavanju kojim primalac izdržavanja ostavlja u nasljeđe svoju imovinu ili jedan njen dio davaocu izdržavanja, ali zakon ne isključuje zaključenje ugovora o ustupanju imovine ili njenog dijela za života primaoca izdržavanja. Za ovaj drugi ugovor zakon ne propisuje posebnu formu, pa je u skladu sa načelom neformalnosti ugovora, punovažan i neformalan ugovor o doživotnom izdržavanju, ako posebni zakon za pravni promet pojedinih dobara ne propisuje posebnu formu.⁸

Protivan je moralu i zato ništav ugovor o kupoprodaji kad je kupac prilikom ugovaranja iskoristio teško stanje prodavca i naveo ga, da na prodaju pristane za cijenu koja je nesrazmjerno mala.⁹

2.2. Savjesnost i poštenje

Savjesnost i poštenje je generalna klauzula, i to ne samo za područje obligacionog prava. Ovaj princip nalazi svoju primjenu, pored ostalog, i u stvarnom pravu, npr. kod stjecanja prava vlasništva dosjelošću (održajem) i dr. Na području obligacionih odnosa savjesnost i poštenje poznato je još u rimskom pravu kao “*bona fides*”, a u početku se najviše primjenjuje kao protivteža pretjeranom formalizmu prvobitnog privatnog prava. U velikim građanskim kodifikacijama savjesnost i poštenje zauzima zapaženo mjesto. Pored toga, to načelo ima izuzetnu primjenu i u sudskoj praksi.

⁶ VS BiH, Rev. 95/90, od 19.10.1990. – Bilten SP VS BiH 1/91 – 37.

⁷ VS BiH, Pž. 457/90, od 18.04. 1991. – Bilten SP VS BiH 3/91 – 40.

⁸ VS BiH, Gvl. 4/91, od 23.05. 1991. – Bilten SP VS BiH 3/91 – 87.

⁹ VS BiH, Gž. 93/56. – Zbirka sudskih odluka knj. I. sv. 2. – 341.

U našem Zakonu o obligacionim odnosima, u članu 12, normirano je načelo savjesnosti i poštenja, gdje se kaže da su učesnici obligacionih odnosa dužni da se pridržavaju načela savjesnosti i poštenja prilikom zasnivanja, kao i prilikom ostvarivanja prava i obaveza iz tih odnosa. Iz same norme je vidljivo da Zakon obavezuje obje ugovorne strane, kako povjerioca tako i dužnika, na međusobno savjesno ponašanje. Šta se tačno podrazumijeva pod ovim načelom u Zakonu nije pobliže određeno, nego je to prepušteno ocjeni sudije u svakoj konkretnoj situaciji. Ali to ne znači da Zakon ovo načelo na posredan način ne regulira. Ovo bi, prije svega, bio slučaj onda kad ugovorne strane imaju dužnost obavještavanja druge ugovorne strane o promjenama nastalim nakon zaključenja ugovora¹⁰.

Hipotetički slučaj:

Ramo R je sa svojim djedom D zaključio ugovor o doživotnom izdržavanju, u kojem se Ramo javlja kao davalac a djed kao primalac izdržavanja. Ugovorom je djed ostavio R-u određene nekretnine (kuću i oko 1.000 m²). U vrijeme zaključenja ugovora D je imao 78. godina i bolovao je od ciroze jetre i "šećerne bolesti". Dva mjeseca poslije zaključenja ugovora djed je umro. Ostali djedovi nasljednici nisu zadovoljni ugovorom o doživotnom izdržavanju i podnose tužbu sudu radi poništenja ugovora. Hoće li uspjeti sa svojim zahtjevom?¹¹

Obrazloženje:

I. U ovom slučaju zaključen je ugovor o doživotnom izdržavanju, kojemu je jedna od karakteristika aleatornost obaveza. To znači da se ne zna do kada će trajati izvršenje obaveze od strane dužnika (davaoca izdržavanja).

II. U konkretnom slučaju prvostepeni sud je odbio tužioce sa postavljenim zahtjevom, neutvrđujući pobliže da li je ugovor ništav zbog povrede načela savjesnosti i poštenja (čl. 12. i 103. ZOO). U ponovnom postupku sud će utvrditi da li je davalac izdržavanja zaključio navedeni ugovor u namjeri da za sebe pribavi nesrazmjernu imovinsku korist ili ne.

III. Naime, primalac izdržavanja je u času zaključenja ugovora bio bolestan, te će sud poništiti ugovor ako utvrdi da je tuženi (davalac izdržavanja), s obzirom na konkretne okolnosti, računao sa skorom smrću primaoca izdržavanja i na taj način pribavio nesrazmjernu imovinsku korist.

Sudska praksa:

Ukoliko je ugovorna kamata nerealna odnosno zelenaška, tada sudovi imaju ovlaštenje da tako ugovorenu kamatu umjere i svedu na realne vrijednosti, koje odgovaraju načelu savjesnosti i poštenja u zaključenju obligacionih ugovora i načelu jednake vrijednosti uzajamnih davanja.¹²

¹⁰ Npr. u članovima 134, 268 ZOO.

¹¹ Vidi VS BiH, Rev. 285/89, od 21.12. 1989. – Bilten SP VS BiH 1/90 – 114.

¹² VS S, broj Pzz. 29/00. – Bilten 4/2000.

Jači je u pravu prvi kupac nekretnine nego drugi nesavjesni kupac koji je na temelju ugovora prenio na sebe pravo vlasništva uknjižbom u zemljišnu knjigu.¹³

Ugovorna klauzula koja bi prodavcu davala pravo da poveća ugovorene obaveze kupca (da mu plati veće cijene od ugovorenih) na osnovu jednostrane i formalne potvrde trećeg lica čiju materijalnu ispravnost kupac ne bi mogao osporavati, protivna je načelu savjesnosti i poštenja.¹⁴

2.3. Ravnopravnost strana

Kao strane u jednom obligacionom odnosu mogu se javiti bilo fizička bilo pravna lica. Sve strane u obligacionom odnosu su ravnopravne. Ravnopravnost, kao jedan od općih principa, garantira i Ustav BiH, prema kojem su građani jednaki u svojim pravima i dužnostima bez obzira na nacionalnu pripadnost, rasu, spol, jezik itd.

Ravnopravnost strana podrazumijeva njihovu pravnu a ne ekonomsku ravnopravnost. S tim u vezi, prilikom zasnivanja obligacionih odnosa jedna strana ne smije imati nadređen položaj u odnosu na drugu stranu koja bi korištenjem takvog položaja drugoj strani nametnula neželjeni sadržaj ugovora i obaveze koje iz njega proizilaze. Ako bi jedna strana, koristeći se svojim položajem, drugoj strani, nametnula obaveze koje slabija strana pod normalnim okolnostima ne bi prihvatila, tada bi "slabija strana" mogla zahtijevati poništenje takvog ugovora¹⁵.

Obligaciono pravo obezbjeđuje ravnopravnost strana ne samo u vrijeme zaključenja, nego i u vrijeme izvršenja ugovora i preuzetih ugovornih obaveza. Tako je prema odredbi čl. 122. st. 1. ZOO, predviđeno da u dvostranim ugovorima nijedna strana nije dužna ispuniti svoju obavezu ako druga strana ne ispuni ili nije spremna da istovremeno ispuni svoju obavezu, izuzev ako je što drugo ugovoreno ili zakonom određeno, ili ako što drugo proističe iz prirode posla. Nasuprot tome, ravnopravnost strana nije univerzalan princip u svim oblastima prava. Na primjer, u upravnim odnosima volja državnog organa je nadređena volji druge strane ili kod obaveze plaćanja poreza, poreski obveznik ne može uticati na postojanje i visinu poreske osnovice i sl.

Sudska praksa:

Nije dopušteno ugovaranje prava na jednostrani raskid ugovora u korist jedne od ugovornih strana, bez vremenskog ograničenja.¹⁶

¹³ VS BiH, Rev. 224/88, od 16.02. 1989. – Bilten SP VS BiH 2/89 – 24.

¹⁴ Rješenje Vrh. priv. suda, Sl. – 550/62.

¹⁵ Vidi odredbe čl. 60 – 66. ZOO.

¹⁶ VS BiH, Rev. 667/86, od 28.09. 1987. – Bilten SP VS BiH 4/87 – 27.

2.4. Načelo jednake vrijednosti davanja

Načelo jednake vrijednosti davanja odnosi se samo na dvostrano obvezne ugovore, jer se takvim ugovorima stvaraju obaveze za obje ugovorne strane. Naime, prema čl. 15. st. 1. ZOO u zasnivanju dvostranih ugovora učesnici, odnosno ugovarači polaze od načela jednake vrijednosti uzajamnih davanja. Iako, Zakon govori o “uzajamnim davanjima” pod tim pojmom podrazumijevaja se pored davanja i činjenje, nečinjenje ili trpljenje, kako je to, kao predmet obaveze, navedeno u čl. 46. st. 1. ZOO.

Načelo jednake vrijednosti uzajamnih davanja nije apsolutno i pod njim se ne podrazumijeva matematička podudarnost prestacija ugovornih strana, jer je u prometu teško zamisliv potpuni ekvivalent uzajamnih davanja ugovornih strana.

Od ovog načela postoje određeni izuzeci. Prije svega, po logici stvari, ovo se načelo ne primjenjuje na jednostrano obvezne ugovore. Kod jednostrano obveznih ugovora ne postoje uzajamna davanja nego je samo jedna strana obavezna na određenu činidbu, a druga strana ima pravo zahtijevati ispunjenje te činidbe (npr. ugovor o poklonu ili ugovor o posluži i sl.). Zatim, ovo načelo nije primjenjivo ni na sve dvostrano obvezne ugovore i to se prije svega odnosi na one ugovore kod kojih je izražen element aleatornosti. To su prije svega ugovor o osiguranju, ugovor o doživotnom izdržavanju, ugovor o kupovini nade (npr. budućeg roda pšenice i sl.), igre na sreću i sl.

Navedena zakonska odredba (čl. 15. st. 1. ZOO) je načelnog karaktera i ona u sebi ne sadrži pravnu posljedicu. Zbog toga je u posebnim odredbama Zakona propisano u kojim slučajevima narušavanje ovog načela povlači određene pravne posljedice. Povreda ovog načela moguća je kako u vrijeme zaključenja ugovora tako i nakon njegovog zaključenja.

Povredu načela jednake vrijednosti uzajamnih davanja u vrijeme zaključenja ugovora nalazimo u slučaju *prekomjernog oštećenja* (čl. 139. ZOO – u slučaju kad je u dvostranom ugovoru u vrijeme zaključenja ugovora postojala očigledna nesrazmjera) i kod *zelenaškog ugovora* (čl. 141. ZOO – kad jedno lice koristeći se stanjem nužde ili teškim materijalnim stanjem drugog, njegovim nedovoljnim iskustvom, lakomislenošću ili zavisnošću ugovori za sebe ili nekog trećeg korist koja je u očiglednoj nesrazmjeri s onim što je on drugom dao ili učinio, ili se obavezao dati ili učiniti). S druge strane nejednakost uzajamnih davanja može nastupiti usljed *promijenjenih okolnosti* (čl. 133. ZOO), gdje se nesrazmjer javlja poslije zaključenja ugovora.

Povreda načela uzajamnih davanja povlači za sobom određene pravne posljedice samo u onim slučajevima kad to Zakon izričito predviđa. Ovo načelo sud ne može primjenjivati apstraktno nego se uvijek mora pozvati na konkretan propis u kojem je navedena pravna posljedica u slučaju nejednakosti uzajamnih davanja. Da bi uspio sa svojim zahtjevom zainteresirano lice se mora pozvati na povredu jednakih davanja i tu povredu mora dokazati, a ako to ne uspije sud će ga odbiti sa zahtjevom.

Sudska praksa:

Dispozitivnost norme o ugovornoj kamati može se protezati samo dok ne dođe u sukob sa osnovnim načelom građanskog prava jednake vrijednosti uzajamnih davanja. Naime, u konkretnom slučaju stanke su ugovorom o namjenskom oročenom depozitu ugovorile visinu kamate na iznos deponovanih sredstava od 0,6% dnevno. U ovakvim situacijama sud je dužan utvrditi da li ugovorna kamata od 0,6% odnosno 18% mjesečno predstavlja realnu i uobičajenu kamatu za takvu vrstu posla, jer samo takvoj kamatnoj stopi sud može pružiti sudsku zaštitu.¹⁷

Ne postoji nesrazmjera ugovorenih davanja u pogledu visine ugovorene kamate na bankarski kredit, kada je visina određena prosječnom visinom kamatnih stopa na tržištu novca.¹⁸

Ugovor o doživotnom izdržavanju ima element aleatornosti, jer obaveza izdržavanja traje do smrti primaoca izdržavanja, a smrt je, po pravilu, vremenski neizvjesna, pa se ne može primjenjivati pravilo jednake vrijednosti davanja.¹⁹

2.5. Dužnost ispunjenja obaveza

Obligacija je odnos između povjerioca i dužnika na osnovu kojeg povjerilac ima pravo od dužnika zahtijevati ispunjenje određene obaveze. U tom smislu i ZOO u osnovnim načelima propisuje dužnost ispunjenja obaveza, a za slučaj da to dužnik ne učini dobrovoljno povjerilac svoje pravo može ostvariti i prinudnim putem.

Kad se radi o ispunjenju ugovornih obaveza tada i danas važi pravilo iz rimskog prava da je ugovor za strane zakon – *pacta sunt servanda*. Obavezu je u prvom redu dužan ispuniti dužnik, ali je povjerilac dužan primiti i ispunjenje od svakog trećeg lica koje ima pravni interes da obaveza bude ispunjena (npr. jamac). Pod određenim uslovima obavezu može ispuniti i treće lice koje ne mora imati pravni interes za ispunjenje obaveze (npr. preuzimalac duga – čl. 446-ZOO). Ako dužnik ne ispuni svoju obavezu ili je ne ispuni na vrijeme, tada on snosi štetne posljedice svoga ponašanja²⁰.

Obaveza se može ugasiti saglasnošću volja strana u obligacionom odnosu ili na osnovu zakona. U odredbama čl. 295 – 359. ZOO propisane su činjenice za koje zakon veže učinak prestanka obaveze, a to su: ispunjenje, prijeboj (kompenzacija), otpust duga, prenov (novacija), sjedinjenje (konfuzija), nemogućnost ispunjenja, protek vremena i smrt.

¹⁷ Rješenje Višeg trgovinskog suda u Beogradu, Pž. 5408/01, od 21.02. 2002.

¹⁸ VS S, broj Prev. 256/97. – Bilten 4/1997.

¹⁹ VS BiH, Rev. 557/86, od 14.05. 1987. – Bilten SP VS BiH 3/87 – 68.

²⁰ Tako je u Odluci VS BiH, Gvl. 25/84. od 4.10. 1984, odlučeno da je prodavac automobila dužan vratiti dio cijene koju je naplatio od kupca, uslovljavanjem te uplate prijetnjom raskida, i to u vrijeme kada je svojom krivnjom već pao u docnju s isporukom prodatog vozila (u ugovorenom roku isporuke cijena nije bila mijenjana). Odluka objavljena u Biltenu sudske prakse VS BiH 4/84 – 2.

Sudska praksa:

Etažni vlasnici stambene zgrade u svojini mogu sporazumno priključiti dio zajedničke prostorije: hodnika, podruma, tavana itd. posebnom dijelu zgrade, a taj sporazum obavezuje i njihove pravne sljednike.²¹

Zaposlenik je ovlašten tražiti ispunjenje ugovora o svom prelasku na rad u drugu pravnu osobu što su ga zaključile međusobno dvije pravne osobe uz njegovu saglasnost.²²

Banka ne odgovara za štetu zbog pravne nemogućnosti ispunjenja ugovora o depozitu u pogledu kamata, koja je nastupila nakon zaključenja ugovora stupanjem na snagu prinudnih odredaba o plaćanju kamata.²³

2.6. Pažljivo ponašanje u izvršavanju obaveza i ostvarivanju prava

U jednom obligacionom odnosu dužnik je dužan u izvršavanju svojih obaveza postupati s pažnjom koja se u pravnom prometu zahtijeva u odgovarajućoj vrsti obligacionih odnosa (čl. 18. st. 1. ZOO). Ova pažnja se dijeli na *pažnju dobrog domaćina* ako se radi o građansko-pravnim obligacionim odnosima ili *pažnju dobrog privrednika*, ako se radi o privredno-pravnim obligacionim odnosima. S pažnjom dobrog domaćina dužan je da postupi dužnik koji je zasnovao obligacioni odnos van svoje poslovne djelatnosti. To je najčešće slučaj sa fizičkim licima, ali se može raditi i o pravnim licima ako obligacioni odnos nisu zasnovali u okviru poslovne djelatnosti kojom se bave. S pažnjom dobrog privrednika moraju da postupaju ona lica koja su obligacioni odnos zasnovali u okviru svoje poslovne djelatnosti²⁴. Pažnja dobrog domaćina, odnosno dobrog privrednika je apstraktan pojam i cijeni se u svakom konkretnom slučaju²⁵. Može se, ipak, reći da se pod pažnjom dobrog domaćina podrazumijeva ponašanje prosječno pažljivog čovjeka određene sredine.

Ako se kao dužnik, u izvršavanju obaveze, javlja lice koje se profesionalno bavi određenom djelatnošću (npr. ljekar, advokat i sl.), tada je on dužan postupati sa još većom pažnjom, tzv. *pažnjom dobrog stručnjaka*. To je ona pažnja koja se zahtijeva od prosječno pažljivog stručnjaka u određenoj oblasti.

²¹ VS BiH, Rev. 693/86, od 13.08. 1987. – Bilten SP VS BiH 4/84 – 14.

²² VS RH, Rev. 2974/92, od 1.7. 1993. – Izbor odluka 2/1995 – 118.

²³ VS RH, Rev. 1543/96, od 12.1. 2000. – Izbor odluka 1/2000 – 42.

²⁴ Kod podijeljene odgovornosti za štetu prouzrokovanu radnjom stručnog i nestručnog lica, po strožijim kriterijima se mjeri propust stručnog lica. Odluka VS BiH, Rev. 498/90. od 27.9. 1991, Bilten sudske prakse VS BiH 4/91 – 58.

²⁵ Tako je u jednoj Odluci VS BiH, Gvl. 31/87. od 22.7. 1987., odlučio da nije isključena odgovornost izvođača molerskih radova za štetu vlasniku lusteru, koji su njegovi radnici u toku molovanja skinuli sa plafona i usljed nepažnje razbili na podu, i u slučaju ako bi se utvrdilo da vlasnik stana nije postupao s pažnjom koja se očekuje u takvim okolnosti od čovjeka prosječnih sposobnosti, već bi to bio razlog samo za smanjenje naknade štete. Odluka objavljena u Biltenu SP VS BiH 4/87 – 39.

Izuzev dužnika i povjerilac je dužan da se u ostvarivanju svojih prava uzdrži od postupaka kojim bi se otežalo izvršenje dužnikove obaveze. Strana koja se u obligacionom odnosu nije ponašala s potrebnom pažnjom odgovorna je drugoj strani za prouzrokovanu štetu.

Hipotetički slučaj:

Kupac K je zaključio ugovor sa prodavcem P o kupovini dva automobila za ukupnu cijenu od tadašnjih 500.000 dinara. Prodavac se obavezao izvršiti isporuku vozila u drugom kvartalu 1984. godine. U toku postupka utvrđeno je da je kupac platio cijenu u februaru 1984. godine. U maju i junu 1985. godine, prodavac je povećao cijene vozilima i od kupca zatražio razliku u cijeni kao uslov održavanja ugovora na snazi. Kupac je to nedvosmisleno odbio, nakon čega je prodavac vratio kupcu iznose uplaćene na ime kupoprodajne cijene na koji način se faktički deklarirao da jednostrano raskida zaključeni ugovor.

Prodavac raskid ugovora pravda time da je do povećanja cijena došlo iz objektivnih razloga (inflatorna kretanja i sl.) i to prije isteka roka u kome je prodavac bio obavezan isporučiti automobile. U toku postupka utvrđeno je da je prodavac (tuženi) izvršio isporuku tri automobila, prije poskupljenja, licima koji su uplatu cijene izvršili poslije kupca K (tužioca)

Kupac nije saglasan sa raskidom ugovora, te od prodavca traži isporuku kupljenih vozila. Kakvu će odluku donijeti sud?²⁶

Obrazloženje:

I. U ovom slučaju je nesporno da je zaključen ugovor o prodaji, te da je prodavac povećao prodajne cijene prije isporuke automobila. Prodavac može povećati cijene ukoliko su na formiranje cijene uticale objektivne okolnosti da cijena bude viša (npr. inflatorna kretanja).

II. Međutim, u konkretnom slučaju prodavac se nije držao isporuke vozila prema redoslijedu uplata, što bi trebala biti uobičajena praksa. Nepridržavanja poslovnih običaja predstavlja kršenje načela savjesnosti i poštenja izraženog u članu 12. ZOO, kao i načela o dužnosti učesnika u obligacionim odnosima da u izvršavanju svojih obaveza postupaju sa pažnjom dobrog privrednika (čl. 18. st. 3. ZOO).

III. Prodavac (tuženi) nije imao pravo na jednostrani raskid ugovora o prodaji automobila, te je s tim u vezi obavezan ispuniti svoju ugovornu obavezu. To znači da je prodavac dužan, u svrhu ispunjenja ugovora, predati kupcu (tužiocu) kupljene automobile poblje navedene u ugovoru o prodaji.

Sudska praksa:

²⁶ Vidi VS BiH, Rev. 353/87, od 14.07. 1988.

Iako je nadležni organ imao pravo da sruši zgradu koja je sagrađena bez građevinske dozvole, nije ovlašten da pri tome postupa bezobzirno, već pri rušenju treba da postupa tako kako bi šteta bila što manja, jer će u protivnom odgovarati za štetu.²⁷

Krajnje je nepažljivo postupao vlasnik stroja – utovarivača kad je prilikom istovara šute ušao s utovarivačem teškim 12 tona u prizemnu prostoriju i propao u podrum, a da prethodno nije provjerio sigurnost poda prizemlja.²⁸

Kod podijeljene odgovornosti za štetu prouzrokovanu radnjom stručnog i nestručnog lica, po strožijim kriterijima se mjeri propust prvoga od propusta drugog.²⁹

Kada proizvođač proizvodi robu za tržište, što podrazumijeva da stupa u obligacione odnose, njegova odgovornost je pojačana jer se mora ponašati sa pažnjom dobrog domaćina. Povećana odgovornost proizvođača proizilazi iz čl. 18. ZOO, a njegova odgovornost se cijeni po odredbi čl. 158. ZOO.³⁰

2.7. Primjena dobrih poslovnih običaja

Običaj označava nepisano pravilo nastalo dugotrajnim ponavljanjem, te predstavlja odraz svijesti određene sredine. Običaj svoju obaveznost vuče iz dugotrajnog ponavljanja i svijesti ljudi da se isto ponašaju u datim prilikama i ubuduće. Danas običaji ne uživaju onaj značaj koji su imali prije, jer kodifikacije građanskog prava sadržavaju pisano pravo. Običaj je tokom vremena postao supsidijarni izvor prava.

Zakon o obligacionim odnosima u čl. 21. st. 1. određuje da su strane u obligacionim odnosima dužne u pravnom prometu postupati u skladu s dobrim poslovnim običajima. Pod dobrim poslovnim običajima podrazumijeva se komercijalna praksa koja je u tako širokoj primjeni da privrednici očekuju da će ugovorne strane postupati u skladu s takvom praksom³¹.

Pored poslovnih običaja koji nisu kodificirani, postoje i poslovni običaji koji su kodificirani. Kodificirani poslovni (trgovački) običaji nazivaju se uzanse. Uzanse se dijele na opće (važe za sve pravne poslove) i posebne (važe samo za određene pravne poslove). Uzanse se objavljuju od strane ovlaštenih tijela, najčešće privrednih ustanova. U bivšoj Jugoslaviji 1954. godine, donesene su Opšte uzanse za promet robom i do donošenja Zakona o obligacionim odnosima bile su glavni izvor prava za regulisanje ugovornih odnosa u privredi. Donošenjem Zakona o obligacionim odnosima Opšte uzanse su izgubile na značaju i one se ne primjenjuju u pitanjima koja su Zakonom regulirana. Ipak, postoje mnoge situacije koje nisu uređene Zakonom. U takvim slučajevima

²⁷ Ks u Sarajevu – Bilten SP KsS 3/2001 – str. 23.

²⁸ VS RH, Rev. 570/93, od 03.02. 1994. – Izbor odluka 1/1996 – 17/59.

²⁹ VS BiH, Rev. 498/90, od 27.09. 1991. – Bilten SP VS BiH 4/91 – 58.

³⁰ VS S, broj Prev. 368/96. – Bilten 1/1998.

³¹ A. Goldštajn, Privredno ugovorno pravo, Zgreb, 1967., str. 26.

moguća je primjena uzansi ako su strane ugovorile njihovu primjenu ili ako iz okolnosti proizilazi da su njihovu primjenu htjele³².

Sudska praksa:

*Naručilac iz ugovora o građenju, ako nije drugačije ugovoreno, mora izjavu o zadržavanju prava na ugovornu kaznu zbog zadocnjenja izvođača u obavljanju radova, dati do završetka konačnog obračuna. Izjava mora biti određena i jasna, inače ne proizvodi pravno dejstvo.*³³

*Prodavac motornog vozila pao je u docnju, iako nije prekoračio ugovoreni rok, ako se nije pridržavao redosljeda isporuke vozila, pa nema pravo da traži razliku u cijeni koja je povećana unutar roka isporuke, ali nakon dana kada je motorno vozilo trebalo biti isporučeno kupcu da se prodavac držao vremenskog redosljeda isporuke vozila.*³⁴

*Nalogoprimac kome je kupac dao nalog da primi robu i čuva je za njegov račun dužan je da sa prodavcem izvrši kvantitativni i kvalitativni prijem robe u momentu isporuke, pa se reklamacije kupca ne mogu uvažiti.*³⁵

2.8. Jedinstvenost reguliranja ugovornih odnosa

Donošenjem Zakona o obligacionim odnosima usvojeno je načelo da se odredbe Zakona koje se odnose na ugovore jedinstveno primjenjuju bez obzira da li se radi o obligacionim ili privrednim (trgovačkim) ugovorima.

Prema odredbi čl. 25. st. 2. ZOO ugovori u privredi su ugovori koje preduzeća i druga pravna lica koja obavljaju privrednu djelatnost, kao i imaoi radnji i drugi pojedinci koji u vidu registrovanog zanimanja obavljaju neku privrednu djelatnost zaključuju među sobom u obavljanju djelatnosti koje sačinjavaju predmete njihovog poslovanja ili su u vezi s tim djelatnostima. Iz navedene definicije može se zaključiti da su ugovori u privredi takvi ugovori koji među sobom zaključuju privredni subjekti. Privredni subjekti su najčešće pravna lica – preduzeća, ali to može biti i pojedinac vlasnik neke zanatske ili ugostiteljske radnje koja nema svojstvo pravnog lica³⁶. Naravno, da bi se radilo o ugovoru u privredi privredni subjekti moraju zaključiti ugovor iz okvira svoje poslovne djelatnosti. Na primjer, *ako bi jedno preduzeće pozajmilo novac zdravstvenoj ustanovi ne bi se radilo o ugovoru u privredi, pa zajmodavac ne bi*

³² U tom smislu se izjasnila i sudska praksa. Naime, prema jednoj Odluci VS FBiH smatra se da su ugovorne strane htjele primjenu uzansi za promet robom kad u ugovoru upotrijebe izraze koji se koriste u ovim uzansama (npr. “franco” uz naznaku mjesta opredjeljenja – isporuka u M.) - VS FBiH, Pž. 236/97. od 18.11. 1997., objavljeno u Biltenu SP VS FBiH 1/98 - 26.

³³ VS BiH, Pž. 700/90, od 12.07. 1991. – Bilten SP VS BiH 3/91 – 42.

³⁴ VS BiH, Rev. 441/90, od 18.10. 1990. – Bilten VS BiH 4/90 – 53.

³⁵ VS BiH, Pž. 443/86, od 27.05. 1987. – Bilten SP VS BiH 3/87 – 30.

³⁶ Potraživanje isplate cijene za utrošenu vodu koju je komunalno preduzeće isporučilo ugostiteljskom objektu smatra se kao potraživanje koje proističe iz ugovora u privredi - (Pregled sudske prakse 41, prilog Naše zakonitosti broj odluke 31.).

*imao pravo na kamatu, ako to nije izričito ugovoreno*³⁷. Isto tako, ne bi se radilo o ugovoru u privredi ako bi jedna ugovorna strana bila privredni subjekt (npr. preduzeće) a druga strana običan građanin (npr. potrošač), jer je potrebno da su obje ugovorne strane privredni subjekti.

Zakon o obligacionim odnosima je postavio jedinstvena pravila za obligacione i privredne ugovore, ali je ipak vodio računa i o specifičnostima poslovnih odnosa između privrednika (trgovaca). S tim u vezi, Zakon je u pojedinim slučajevima predvidio posebna pravila za ugovore u privredi³⁸. Na primjer, *pravilo je da se kod djeljivih obaveza gdje ima više dužnika, obaveza među njima dijeli na jednake dijelove. Ali je prema čl. 413. ZOO predviđeno da kad ima više dužnika u nekoj djeljivoj obavezi nastaloj ugovorom u privredi, oni odgovaraju povjeriocu solidarno, osim ako su ugovarači izričito otklonili solidarnu odgovornost*. Zatim, kod ugovora o zajmu ako ništa nije ugovoreno dužnik (zajmoprimac) ne duguje kamatu. Ali, kod ugovora u privredi zajmoprimac duguje i kamatu i ako ona nije ugovorena.

Zakon o obligacionim odnosima je detaljno uredio ugovore kao izvore nastanka obligacije, te se smatra da ostale izvore obligacija Zakon ne mora tako detaljno regulirati. U tom smislu u st. 3. čl. 25. ZOO određeno je da se odredbe ovog Zakona koje se odnose na ugovore shodno primjenjuju i na druge pravne poslove. To se prije svega odnosi na javno obećanje nagrade, vrijednosne papire, bankarske poslove i sl., a sve to pod uslovom da određeni odnosi kod tih pravnih poslova nisu posebno uređeni, odnosno da postoje pravne praznine. Razumljivo je, samo po sebi, da se pravila o ugovorima ne primjenjuju u slučaju vanugovorne (deliktne) odgovornosti za štetu.

3. ZAKLJUČENJE OBLIGACIONIH UGOVORA

Obligacioni ugovori nastaju saglasnim izjavama volje ugovornih strana. Ugovorne se strane moraju najmanje usaglasiti o bitnim elementima konkretnog ugovora. Sve dok ugovorne strane ne postignu punu saglasnost o bitnim elementima, ugovor nije zaključen.

Sudska praksa:

*Smatra se da ugovor nije nastao, iako je prividno zaključen u formi propisanoj za ovakav ugovor, ako je jedna od ugovornih strana potpisala pismeni ugovor, ne znajući šta potpisuje, a među ugovornim stranama nije postignut sporazum o bitnim sastojcima ugovora te vrste*³⁹.

³⁷ Vidi Odluku VS BiH, Pž. 798/89. Od 29.10. 1990. – Bilten SP VS BiH 4/90 – 58.

³⁸ U tom smislu posebno vidi, čl. 18. st. 1 i 2.; 462. st. 2.; 481. st. 1.; 482. st. 1.; 558. st. 2. 1004. st. 4. ZOO.

³⁹ Odluka VS BiH, Rev. 515/86, od 16.04.1987. – Objavljeno u Bilten SP VS BiH 2/88-2.

Nije nastao ugovor o poklonu štednog uloga kada je njegov imalac za života ovlastio trećeg da u njegovo ime i za njegov račun podiže novčana sredstva radi podmirenja troškova života⁴⁰

Nije svaki sporazum ugovornih strana relevantan za obligaciono pravo, nego samo oni ugovori kojima zakon (pravni poredak) priznaje svojstvo obligacionog ugovora. Da bi jednom ugovoru bilo priznato svojstvo obligacionog ugovora, on mora ispunjavati sljedeće pretpostavke:

- a) da ugovorne strane posjeduju poslovnu sposobnost;
- b) da postoji saglasna izjava volja ugovornih strana;
- c) da postoji predmet ugovora;
- d) da postoji valjan osnov ugovora (obvezivanja), a ponekad i
- e) forma ugovora (kao poseban uslov, samo kod pojedinih ugovora).

3.1. Poslovna sposobnost ugovornih strana

a. Poslovna sposobnost fizičkih lica

Hipotetički slučaj:

M ima 17 godina i ide u školu. Vraćajući se iz škole s prijateljima, kod P-a je vidio motor koji mu se svidio, a kojeg P ima namjeru prodati. Na M-ovo pitanje pristao je P motor prodati za 2.500 KM.

Odmah su se dogovorili da M cijenu može platiti u 5 jednakih rata, a motor preuzeti već pri prvoj isplati. M plaća prvu ratu vlastitom ušteđevinom i, računajući na to da će njegovi roditelji platiti ostatak, odvozi motor kući.

Međutim, roditelji (R) nisu saglasni s M-ovim postupkom i interesuju se mogu li ugovor osporiti (raskinuti, poništiti i sl.).

Pitanje: Jesu li M i P zaključili ugovor?

Punoljetna fizička lica koja nisu pod starateljstvom (a niti im je oduzeta poslovna sposobnost), kao i pravna lica imaju **potpunu poslovnu sposobnost**. Poslovnu sposobnost imaju i ona lica koja još nisu navršila 18. godina ako su zaključila brak. Lica koja imaju potpunu poslovnu sposobnost mogu svojim vlastitim radnjama sticati prava i obaveze⁴¹. Pored poslovne sposobnosti, potrebno je kratko podsjetiti i na pravnu sposobnost.

Pravna sposobnost je sposobnost biti nosilac prava i obaveza. Za razliku od poslovne sposobnosti, koju imaju samo određena lica, pravnu sposobnost imaju

⁴⁰ VS BiH, Rev. 564/84, od 13.12.1984. – Bilten SP VS BiH 1/85 – 2.

⁴¹ U bivšoj Jugoslaviji nije postojala jedinstvena kodifikacija Građanskog prava, te je pitanje poslovne sposobnosti prepušteno republičkom zakonodavstvu. U Bosni i Hercegovini poslovna sposobnost regulirana je u Porodičnom zakonu. Prema članu 105. st. 3 Porodičnog zakona BiH propisano je da se potpuna poslovna sposobnost stiče nastupanjem punoljetstva, kao i zaključenjem braka prije punoljetstva. U stavu 2. istog člana određeno je da dijete postaje punoljetno kad navrš 18 godina života.

sva fizička lica. Valja znati da je pravna sposobnost fizičkog lica šira od pravne sposobnosti pravnog lica, koja zavisi od cilja osnivanja pravnog lica. Fizička lica posjeduju *opću*, a pravna *posebnu pravnu sposobnost*.

Za razliku od potpune poslovne sposobnosti, postoji i ***potpuna poslovna nesposobnost***. Potpuno poslovno nesposobna lica su svi maloljetnici ispod četrnaest (14) godina, kao i ona punoljetna lica kojima je oduzeta u cijelosti poslovna sposobnost. Za lica koja nemaju poslovnu sposobnost ugovore zaključuju njihovi roditelji, odnosno starioci kao zakonski zastupnici. Ugovor zaključen od strane lica koje nema poslovnu sposobnost je ništav. U tom smislu izjasnila se i sudska praksa.

Sudska praksa:

*Nije valjan kupoprodajni ugovor, ako jedna strana u času zaključenja ugovora nije zbog duševnog oboljenja bila u stanju shvatiti njegov značaj. Pri tome, bez uticaja je na odlučivanje okolnost da je poslovna sposobnost toj stranci oduzeta tek nakon zaključenja ugovora*⁴².

*Nepostojeći je ugovor koji je zaključilo umobolno lice, iako ugovarač u vrijeme zaključenja ugovora nije bio lišen poslovne sposobnosti, ako zbog duševnog oboljenja nije bio u stanju da shvati značaj ugovora*⁴³.

*Ništav je ugovor o doživotnom izdržavanju zaključen s teškim plućnim bolesnikom dva dana pred smrt, koji usljed bolesti nije bio u stanju da razumno rasuđuje, iako nije bio lišen poslovne sposobnosti*⁴⁴.

*Sud će, pozivom na odredbu člana 56. stav 1. ZOO, po zahtjevu nasljednika ugovorne strane, utvrditi da je ništav ugovor ako ustanovi da su u vrijeme zaključenja ugovora postojale činjenice i pravne pretpostavke za potpuno oduzimanje poslovne sposobnosti ugovarača, iako postupak za oduzimanje poslovne sposobnosti nije bio pokrenut do smrti ugovorne strane*⁴⁵.

Od pravila da lica koja nisu poslovno sposobna ne mogu zaključiti pravni posao, pa ni ugovor postoje izuzeci. Tako je u praksi opće prihvaćeno da ta lica mogu sklapati *ugovore manjeg značaja*. To je, prije svega, svakodnevna kupovina novina, životnih namirnica i sl. Drugi izuzetak se odnosi na sklapanje *dobročinih ugovora*.

Ograničena ili djelimična poslovna sposobnost. U našem pozitivnom pravu sticanje ograničene poslovne sposobnosti nije bilo regulirano, što znači da se radilo o pravnoj praznini. Međutim donošenjem novog Porodičnog zakona ova praznina je riješena i to tako što lica iznad 14 godina imaju ograničenu poslovnu sposobnost. Ograničeno poslovno sposobna lica mogu bez saglasnosti

⁴² Kantonalni sud u Sarajevu – Bilten SP KS Sarajevo 1/2002, str. 18.

⁴³ VS BiH, Rev. 647/89, od 18.05.1990. – Bilten SP VS BiH 4/90 – 33.

⁴⁴ VS BiH, Rev. 442/90, od 20.11.1990. – Bilten SP VS BiH 1/91 – 88.

⁴⁵ VS BiH, Rev. 639/85, od 24.04.1986. – Bilten SP VS BiH 3/86 – 5.

zakonskog zastupnika zaključivati samo one ugovore čije im je zaključenje zakonom dozvoljeno.

Sudska praksa:

Ugovor o poklonu u svojstvu poklonoprимca može punovažno zaključiti i ograničeno (djelimično) poslovno sposobno lice (u konkretnom slučaju maloljetnik star šesnaest godina)⁴⁶.

Lica koja imaju ograničenu poslovnu sposobnost mogu zaključivati i druge ugovore ukoliko za to imaju saglasnost zakonskog zastupnika. Tu saglasnost zakonski zastupnik može dati prije zaključenja ugovora, i tada se govori o **dozvoli**, ili nakon zaključenja ugovora, i tada se radi o **odobrenju**. I u jednom i u drugom slučaju pravne posljedice tog ugovora djeluju od momenta zaključenja istog. Saglasnost za zaključenje ugovora mora se dati u onoj formi koja je propisana za taj ugovor. Ukoliko bi ugovor bio zaključen bez saglasnosti zakonskog zastupnika, takav ugovor bi imao obilježja nepotpunog ili šepavog ugovora (*negotium claudicans*). Ukoliko se dobije naknadna saglasnost (odobrenje), ugovor će važiti kao da je saglasnost postojala i prije zaključenja ugovora. Ako zakonski zastupnik ne bi dao odobrenje, ugovor bi bio ništav od početka (*ex tunc*) i ne bi proizvodio pravno dejstvo, a strana koja je eventualno nešto primila na ime ispunjenja ugovora bila bi obavezna to vratiti.

Saugovarač ograničeno poslovno nesposobnog lica ima pravo odustati od zaključenog ugovora, i to: a) ako on nije znao za poslovnu nesposobnost druge ugovorne strane ili b) ako je on znao da je drugo lice poslovno nesposobno, ali ga je ono prevarilo da ima odobrenje svog zakonskog zastupnika. Pravo odustanka se gasi najkasnije nakon isteka roka od 30 dana od dana saznanja za poslovnu nesposobnost druge strane, odnosno saznanja za odsustvo odobrenja zakonskog zastupnika⁴⁷. Ovo pravo prestaje i prije isteka roka od 30 dana ukoliko zakonski zastupnik prije odobri zaključenim ugovor⁴⁸. Naš Zakon u članu 57. govori o poslovno nesposobnom licu, mada se iz pravne norme primjećuje da se zapravo radi o ograničenoj poslovnoj sposobnosti.

Rješenje hipotetičkog slučaja:

Ugovor je zaključen kad se ugovorne strane saglase o bitnim sastojcima ugovora (čl. 26. ZOO). U našem slučaju M i P su se dogovorili o predmetu (motor, motocikl) i cijeni (2.500 KM). Da bi došlo do zaključenja ugovora mora postojati ponuda i prihvatanje ponude – čl. 32. + čl. 39. ZOO.

⁴⁶ VS BiH, Rev. 635/85, od 20.03.1986. – Bilten SP VS BiH 2/86 – 1.

⁴⁷ Vidi čl. 57 i 112. ZOO. Prema njemačkom pravu (§ 108, st. 2. BGB-a), kada druga strana pozove zakonskog zastupnika da se izjasni o odobrenju, odobrenje se može dati samo do isteka dvije sedmice od primitka poziva; a ako odobrenje nije izjavljeno, smatra se uskraćenim.

⁴⁸ Vidi čl. 57 - 59. ZOO.

M je maloljetnik – djelimično poslovno sposobno lice (od 14 godina.). Da bi maloljetnik mogao zaključiti ugovor potrebna je saglasnost trećeg lica (zakonskog zastupnika – u ovom slučaju roditelja). Saglasnost se može dati prije zaključenja ugovora, u kojem slučaju govorimo o dozvoli, a može i poslije zaključenja ugovora, gdje se radi o odobrenju (čl. 29. st.1. ZOO).

Da je M imao prethodno odobrenje roditelja, kao dozvolu, ugovor bi bio valjan – ovako se radi o negotium claudicans - valjanost posla ovisi o odobrenju.

M nema prethodno odobrenje (dozvolu), niti R namjeravaju (kako se vidi iz slučaja) dati odobrenje.

R imaju pravo na poništenje zaključenog ugovora.

Maloljetnik koji je navršio 15 godina života može zasnovati radni odnos i svojom zaradom slobodno raspolagati⁴⁹. Ovi maloljetnici imaju **specijalnu poslovnu sposobnost** i mogu punovažno, bez odobrenja roditelja ili staraoca, zaključivati sve pravne poslove koji se odnose na njihovu zaradu. Smatramo da bi ova lica mogla također zaključiti ugovor o djelu i isto tako slobodno raspolagati naknadom dobijenom iz tog ugovora

b. Poslovna sposobnost pravnog lica

Poslovna sposobnost pravnog lica mjeri se sposobnošću njegovih organa, preko kojih pravno lice realizira svoju poslovnu sposobnost. U principu poslovna sposobnost pravnih lica izjednačena je sa poslovnom sposobnošću fizičkih lica. Razlika je u tome što kod pravnog lica nema stupnjevanja poslovne sposobnosti, dok kod fizičkog lica ima. Pravno lice je ovlašteno da sklapa ugovore u okviru svoje pravne sposobnosti, ali ako je ugovor zaključen izvan okvira pravne sposobnosti, on nema pravno dejstvo⁵⁰. Znači, ugovor sklopljen izvan okvira pravne sposobnosti nije važeći, ali lice koje je prilikom sklapanja ugovora bilo savjesno, ima pravo tražiti naknadu štete. Smatramo da u ovom slučaju savjesno lice ima pravo na naknadu tzv. *pozitivnog interesa*. To je ona naknada koju bi druga ugovorna strana ostvarila da je ugovor bio valjan.

Sudska praksa:

Ugovor o snimanju i kupovini gramofonskih ploča zaključen po narudžbi firme (preduzeća) koja ne obavlja djelatnost prometa ovakvim pločama ne proizvodi pravno dejstvo⁵¹.

Ne proizvodi pravno dejstvo ugovor koji je preduzeće (u to vrijeme: organizacija udruženog rada) zaključilo van okvira svoje osnovne i sporedne djelatnosti⁵².

⁴⁹ Vidi čl. 12. st. 1. Zakona o radu ("Sl. novine FBiH", broj 43/99) i čl. 87. st. 3. Porodičnog zakona BiH.

⁵⁰ Vidjeti član 54. ZOO.

⁵¹ VS BiH, Pž. 618/87, od 28.04.1988. – Bilten SP VS BiH 3/88 – 19.

⁵² VS BiH, Pž, 299/86. od 27.11.1986. – Bilten SP VS BiH 1/87 – 4.

3.2. *Saglasnost volja ugovornih strana*

Ugovor se može zaključiti samo saglasnim izjavama volja ugovornih strana. Sam sadržaj ugovora određuje se saglasnošću volja. Ukoliko ugovorne strane ne postignu saglasnost o bitnim elementima, tada nema ni ugovora. Pored saglasnosti izjava volja, za nastanak jednog punovažnog ugovora neophodno je da su ove izjave punovažne. Punovažnost izjava volja pretpostavlja da su one dane **slobodno**, bez prinude, da nisu dane u zabludi ili usljed prevare itd.

Volja koja dovodi do zaključenja ugovora mora imati karakteristike pravno relevantne volje, što podrazumijeva postojanje **svijesti i namjere** (htijenja). *Svijest* ugovorne strane obuhvata *značaj i posljedice* zaključenja pravnog posla (ugovora), a *namjera* znači da ugovorne strane žele zaključenje upravo toga ugovora sa svim njegovim specifičnostima (*animus contrahendi*). Pravno relevantna volja, pored toga što je slobodna, mora biti **ozbiljna i stvarna**. *Ozbiljnost* volje znači da volja izražena u šali ne proizvodi pravno dejstvo. Sa izjavom volje datoj u šali poistovjećuje se i izjava volje data na pozornici ili drugoj situaciji, gdje se lako raspoznaje da je izjava u pravnom smislu “neozbiljna”.

Pravno relevantna volja mora biti i stvarna, a ne simulirana. Znači, ako bi ugovorne strane saglasno, prema vani (prema trećim licima), izjavile da zaključuju jedan (npr. *ugovor o poklonu*), a zapravo zaključuju drugi ugovor (npr. *ugovor o prodaji*), tada saglasna izjava da se sklapa taj ugovor (o poklonu) u principu ne bi vodila zaključenju tog ugovora. Ovdje se ustvari radi o prikrivenom (prividnom) pravnom poslu (ugovoru), a prema članu 66, st. 1. ZOO-a, prividan ugovor nema učinka među ugovornim stranama. Međutim, ako prividan ugovor prikriva neki drugi ugovor, taj drugi važi ako je udovoljeno uslovima za njegovu pravnu valjanost (član 66. st. 2.).

Sudska praksa:

*Okolnost da je ugovor o doživotnom izdržavanju po svom sadržaju ustvari ugovor o poklonu (darovanju), ne čini taj ugovor ništavim već vrijedi kao ugovor o poklonu*⁵³.

Pošto se ugovor zaključuje saglasnom izjavom volja između dva ili više lica, to je razumljivo samo po sebi da jedno od lica mora preuzeti inicijativu i saopštiti drugoj strani odluku i uslove pod kojim želi zaključiti ugovor. Strana koja preuzima inicijativu i drugoj nudi zaključenje ugovora zove se **ponudilac**, a strana kojoj je ponuda upućena zove se **ponudeni**. Izjava volje ponudioca upućena na zaključenje ugovora zove se **ponuda**.

Pojam ponuda u pravnom smislu treba razlikovati od pojma “ponuda” u svakodnevnom životu. Naime, pod ponudom u svakodnevnom životu podrazumijeva se da jedno lice nudi neku stvar na prodaju i sl. Prema tome ponudilac bi mogao biti samo prodavac. Međutim, ponudu u pravnom smislu

⁵³ VSH, Rev. 151/89. od 22.03.1989. – PSP – 46.

može dati i kupac i prodavac; zakupodavac ili zakupoprimac i sl. Znači, ponudu može dati bilo koja ugovorna strana.

a. Ponuda

Hipotetički slučaj 1:

Vlasnik poslovnog prostora (VP) objavio je konkurs za izdavanje u zakup tog poslovnog prostora putem prikupljanja pismenih ponuda. Između ostalog u konkursu je navedeno da će prednost imati ona ponuda kojom bude ponuđen najviši iznos mjesečne zakupnine. Tarik (T) je u svojoj ponudi naveo da na ime zakupnine nudi 1% više od najbolje ponude ostalih učesnika u konkursu. Poslovni prostor dat je trećem licu (ZP) u zakup.

T traži poništenje odluke o dodjeli poslovnog prostora. S pravom?⁵⁴

Hipotetički slučaj 2:

Trgovac knjigama T poslao je katalog antikvitetskih izdanja knjiga na Pravni fakultet u Sarajevu. Student S je naručio knjigu "Obligaciono pravo" pod rednim brojem 456. Obradujući narudžbe T je ostavio na stranu posljednji primjerak naručene knjige za S-a. Nakon toga T je zapakovao knjigu i odvojio je na stranu kako bi je mogao poslati poštom S-u. Međutim, prije nego što je uspio poslati knjigu T dobija narudžbu profesora P. Kako T ne želi razočarati P-a, koji je njegov dugogodišnji kupac i poznanik, šalje mu posljednji primjerak knjige, koju je već bio odredio za S-a.

S slučajno saznaje o tome kako mu je u posljedni čas izmakao primjerak rijetke knjige, koju je naručio od T-a. Stoga, S zahtijeva od T-a 200 KM, obzirom da je toliko mogao zaraditi na knjizi da ju je dalje preprodao.

Riješite nastali spor?

Ponuda je jednostrana izjava volje kojom jedno određeno lice (ponudilac) drugom licu (ponuđenom) nudi zaključenje određenog ugovora pod određenim uslovima. Ponuda mora biti tako formulirana da zaključenje ugovora zavisi samo od saglasnosti ponuđenog. U pravilu, ponuda se upućuje tačno određenom, jednom ili više lica. Međutim, ponuda može biti upućena i neodređenim licima. To je slučaj kod ponude putem automata za cigarete ili piće. Izlaganje robe sa naznačenim cijenama također je ponuda upućena neodređenom broju lica.

Da bi jedna izjava volje u obliku ponude proizvela pravno dejstvo ona mora imati određena svojstva po kojima se razlikuje od obične izjave. Ta svojstva su:

1) Ponuda mora sadržavati najmanje **bitne elemente** (bitne uslove; *essentialia negotii*) predviđene za zaključenje ugovora. Kada ponuđeni dobije ponudu, zaključenje ugovora zavisi od njegovog prihvatanja te ponude. Ukoliko

⁵⁴ vidjeti: Vrhovni sud Srbije, Prev. 316/94, od 26.10.1994. godine.

on prihvati ponudu, ugovor se smatra zaključenim. Iz ovoga je jasno da ponuda mora imati najmanje bitne elemente (npr. kod ugovora o prodaji: *predmet i cijenu*; kod ugovora o prijevozu: *predmet ili lice prijevoza i naknadu za prijevoz*) da bi taj ugovor nastao. Znači, ponuda sadržajno mora odgovarati sadržaju budućeg ugovora⁵⁵.

Ponuda ne mora sadržavati prirodne i slučajne elemente, ali može. Ako ponuda, pored bitnih, sadrži i prirodne i slučajne elemente, tada se ugovarači i o tim elementima moraju usaglasiti. Prirodni elementi (*naturalia negotii*) nisu potrebni jer oni se već nalaze u prirodi tog konkretnog ugovora koji se želi zaključiti, a i sam zakon te elemente regulira.

Ponekad i "nebitni" elementi za ponudioca mogu imati veliki značaj, tada on može i te pojedinosti (*accidentalialia negotii*, slučajni uslovi) navesti u ponudi (npr. *da robu prodaje na kredit*). Ovakvi elementi navedeni u ponudi postaju *subjektivno bitni elementi* ili *bitni elementi po volji stranaka* za konkretan ugovor i traže saglasnost oba ugovarača.

2) Ponuda mora biti upućena od *strane ovlaštenog lica*, koje želi zaključiti ugovor, i to u svoje ime i za svoj račun (**ponudilac**) ili od trećeg lica koje je ovlašteno da zaključi ugovor (punomoćnika, odnosno zastupnika ponudioca).

3) Ponuda mora biti upućena određenom drugom licu s kojim se želi zaključiti ugovor. Ovo lice zove se **ponuđeni**. Sama ponuda nije još ugovor, ali ona ima svoje dejstvo između ponudioca i ponuđenog, koje se odnosi na vremensku vezanost ponudioca i pravo ponuđenog da tu ponudu prihvati ili ne.

4) Ponuda mora sadržavati jasno **izraženu volju ponudioca** da želi zaključiti ugovor, i to sa ponuđenim, pod uslovima iz ponude (*animus contrahendi*). To znači da je ponudilac svjestan da iz ovakvog njegovog ponašanja za njega mogu proizaći prava, ali i obaveze, te da je on spreman svoje obaveze u cijelosti ispuniti. Ako bi ponudilac u svojoj izjavi stavio određene rezerve⁵⁶, tada to ne bi bila ponuda, nego bi to zapravo bio poziv na pregovore, odnosno poziv da druga strana da ponudu. Naš Zakon propisuje da se slanje kataloga, cjenika, tarifa i drugih obavijesti učinjenih putem štampe i sl., ne smatra ponudom, nego samo pozivom da se učini ponuda pod objavljenim uslovima⁵⁷.

5) Ukoliko se ponuda odnosi na zaključenje ugovora za koji zakon, kao uslov punovažnosti, traži postojanje određene (najčešće pismene) **forme**, tada i ponuda mora biti data u toj formi. Od ovog pravila postoji izuzetak ukoliko je ponuda u potpunosti realizirana. U tom slučaju primjenjuju se pravila o konvalidaciji iz člana 73. ZOO, gdje se kaže da se ugovor za čije se sklapanje zahtijeva pismena forma smatra pravovaljanim iako nije zaključen u toj formi

⁵⁵ Andreas von Tuhr, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Zweite ergänzte Auflage herausgegeben von Alfred Siegwart, Erster Halbband, Zürich, 1942. (dalje: Von Tuhr/Siegwart), str. 173.

⁵⁶ Najčešće klauzule kojima se izražava rezerva ponudioca su: "bez obaveze"; "neobavezno"; "bez obliiga" i sl.

⁵⁷ Član 35, st. 1. ZOO.

ako su ugovorne strane izvršile, u cijelosti ili u pretežnom dijelu, obaveze koje iz njega nastaju.

Sudska praksa:

*Obavještenje vlasnika stvari imaocu prava preče kupovine nema karakter ponude za zaključenje ugovora*⁵⁸.

*Ponuda koja ne sadrži bitne sastojke ugovora (u konkretnom slučaju nominalno izraženu cijenu) nije potpuna, pa nije podobna za prihvatanje*⁵⁹.

*Ponuda odnosno prihvatanje ponude dani na poslovnom papiru obvezuju ponudioca odnosno ponuđenog, premda ih nije potpisala ovlaštena osoba, ako su ispunjeni svi uvjeti predviđeni Općom uzansom za promet robom broj 21. (član 1107. stav 2. ZOO)*⁶⁰.

*Garantno pismo kojim se donosilac ovlašćuje da iznajmi i preuzme rent-a-car vozilo, pisano na memorandumu naručioca i potpisano od lica za koje je u tekstu navedeno da je direktor naručioca, te snabdjeveno pečatom naručioca, predstavlja punovažnu ponudu za zaključenje ugovora o zakupu vozila*⁶¹.

Pravna dejstva ponude. – Ponuda je jednostrani pravni akt koji obavezuje ponudioca, i to na pridržavanje njenog sadržaja, a ne na izvršenje sadržaja ponude. Pravno valjana ponuda obavezuje samo ponudioca, a ne i ponuđenog. Ponuđeni ima pravo ponudu prihvatiti ili ne prihvatiti. Znači, ponuda obavezuje jednostrano, i to samo ponudioca. Od ovoga pravila postoje izuzeci. Prvi izuzetak se odnosi na mogućnost ponudioca da u samoj ponudi istakne isključenje obaveznosti ponude. Isključenje obaveznosti se postiže na taj način što ponudilac u samoj ponudi stavi klauzulu iz koje se vidi da on želi da ga ponuda ne obavezuje.

Drugi izuzetak se odnosi na mogućnost opoziva ponude. Naime, prema članu 36, st. 2. ZOO, ponudilac može opozvati svoju ponudu samo ako je ponuđeni primio opoziv prije primitka ponude ili istovremeno s njom. Iz ovoga proizlazi da je ponudu veoma teško opozvati. Opozivanje ponude je moguće samo onda kada je ta ponuda dostavljena ponuđenom, tj. kada je ponuđeni odsutan. Teško je zamisliti, pri današnjim sredstvima komuniciranja, da ponudilac ponuđenom pošalje ponudu, a da poslije toga istome licu pošalje opoziv ponude, koji njemu mora stići prije ponude ili istovremeno s njom, jer samo se u tom slučaju ponuda može opozvati⁶².

⁵⁸ VS BiH, Rev. 50/89, od 14.09.1989. – Bilten SP VS BiH 2/90 – 17.

⁵⁹ VS S, broj Prev. 316/94. – Bilten 2/1995.

⁶⁰ Stav privrednog sudstva bivše SFRJ, zauzet na XXIV koordinacionom sastanku, Dubrovnik, 24 – 26. 05. 1990. - Bilten SP VS BiH 2/90 – 125.

⁶¹ VS BiH, Pž. 644/89, od 30.08.1990. – Bilten SP VS BiH 4/90 – 32.

⁶² Čini nam se da je u djelu M. Konstantinovića “Obligacije i ugovori – Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima” iz 1969. godine, postojalo jedno prihvatljivo rješenje, koje su redaktori ZOO izbacili pri utvrđivanju Nacrta i Prijedloga Zakona. Naime, prema članu 11, st.3. Skice bilo je predviđeno da ako je ponudilac rezervisao pravo da opozove ponudu, opozivanje će važiti samo ako bude dostavljeno na

Veoma važno pitanje u vezi s ponudom tiče se roka. Postavlja se pitanje do kada ponuda obavezuje ponudioca. Ukoliko je zakonodavac odredio obavezu ponudioca tako da ga ponuda obavezuje, za ponudioca je značajno da zna vremenske granice svoje obaveze. Najjednostavnija situacija je onda kada je ponuda upućena prisutnom licu⁶³, a ponudilac nije ostavio ponuđenom rok za razmišljanje. U tom slučaju ponuda mora biti odmah prihvaćena. Ako je u ponudi naveden rok za njeno prihvatanje, tada ta ponuda obavezuje ponudioca do isteka tog roka. Rok se smatra sastavnim dijelom ponude. Rok koji je ponudilac ostavio ponuđenom da prihvati ili odbije ponudu naziva se rokom za prihvrat ili rokom za razmišljanje.

Rokovi koji su vezani za ponudu su dispozitivne prirode, tako da oni uglavnom zavise od volje ponudioca. Problem nastaje onda kada se ponuda upućuje odsutnom licu i kada ponudilac nije naveo rok do kad se smatra vezan ponudom. U tom slučaju, važe opća pravila sadržana u Zakonu. Prema članu 37, stav 4. ZOO, ponuda učinjena odsutnom licu, u kojoj nije određen rok za prihvatanje, vezuje ponudioca za vrijeme koje je redovno potrebno da ponuda stigne ponuđenom, da je ponuđeni razmotri, o njoj odluči i da odgovor o prihvatanju stigne ponudiocu. Iz ove se formulacije vidi da Zakon nije odredio neki konkretan rok do kojeg takva ponuda obavezuje, nego se poziva na "redovno potrebno" vrijeme. Šta je to redovno potrebno vrijeme zavisi od konkretne situacije⁶⁴.

Rješenje hipotetičkog slučaja 1:

I. Učesnici na konkursu su ravnopravni i ta ravnopravnost im se mora obezbijediti u svakoj fazi konkursnog postupka.

II. Ponuda kakvu je dao T ne sadrži nominalni iznos cijene i s te strane nije uporediva s drugim ponudama. Ponuda koja ne sadrži iznos zakupnine nema sve bitne elemente ponude i kao takva nije podobna da se njenim prihvatanjem smatra da je ugovor zaključen (čl. 32. ZOO).

III. Pored ostalog, takva ponuda ostale učesnike stavlja u neravnopravan položaj, jer je ona uvijek najbolja ponuda.

IV. T neće uspjeti sa svojim zahtjevom.

Rješenje hipotetičkog slučaja 2:

I. S bi mogao zahtijevati isplatu 200 KM od T-a ukoliko je između njih zaključen punovažan ugovor.

II. Ugovor je zaključen kada su se ugovorne strane saglasile o bitnim sastojcima ugovora. Da bi ugovor bio zaključen mora postojati ponuda i prihvrat ponude.

adresu ponuđenog prije nego što je on otposlao svoje prihvatanje ili izvršio koju drugu radnju koja ima značenje prihvatanja.

⁶³ Kada se ponuda učini telefonom, teleprinterom ili neposrednom radiovezom i sl., smatra se kao da je učinjena prisutnom licu. Uporediti sa uzansama broj 28 i 31 Općih uzansi za promet robom.

⁶⁴ Prema Opštim uzansama za promet robom, ponudilac koji nije odredio rok za prihvatanje ponude nije mogao biti vezan ponudom duže od osam dana (Uzansa br. 22.).

III. *Da li je slanje kataloga ponuda? Ukoliko jeste, onda je pismom upućenim od strane S došlo do zaključenja ugovora. Prema čl. 35. st. 1. ZOO slanje kataloga ne predstavlja ponudu, nego samo poziv da se učini ponuda pod objavljenim uslovima. Znači, slanje pisma od strane S da kupuje knjigu je ponuda. Ostavljanje knjige na stranu i njeno pakovanje je jedna konkludentna radnja T-a kojom on izražava svoju volju, no da li je to dovoljno za zaključenje ugovora sa S? Prema čl. 31. st. 1. ZOO ugovor je zaključen onog časa kada je ponudilac primio izjavu ponuđenog da prihvata učinjenu mu ponudu. S nikada nije primio T-ovu izjavu da prihvata njegovu ponudu.*

Zaključak: Ugovor između T i S nije zaključen, te shodno tome S ne može zahtijevati od T naknadu štete.

Sudska praksa:

Ako je ponuditelj u pismu ili telegramu odredio rok za prihvatanje ponude, smatra se da taj rok teče od datuma naznačenog u pismu, odnosno od dana kad je telegram predat pošti⁶⁵.

b. Prihvat ponude

Prihvat ponude je jednostrana izjava volje ponuđenog, kojom on ponudiocu izražava svoju saglasnost s njegovom ponudom. Ta izjava je usmjerena na zaključenje ugovora, jer prihvatanjem ponude ponuđeni odgovara ponudiocu da je saglasan sa uslovima koje je on postavio u svojoj ponudi. Prihvat ponude i ponuda moraju biti podudarne, odnosno one moraju sadržajno odgovarati jedna drugoj. Podudarnost dviju volja naziva se *konsens*, a njihova nepodudarnost *disens*. Konsens i disens se odnose na izjavljene volje, a ne stvarne volje ugovarača. Ukoliko su obje volje saglasne prema vani, ugovor je zaključen, bez obzira jesu li to stvarne volje ugovarača. Međutim, ugovarač čija izjavljena volja ne odgovara njegovoj stvarnoj volji može tražiti pobijanje ugovora zbog mana volje.

Da bi prihvat ponude bio pravno relevantan, odnosno proizvodio pravni učinak i on, slično kao i ponuda, mora ispunjavati određene pretpostavke, i to:

1) Prvi uslov tiče se samih **ugovornih strana**. Prihvat ponude mora poticati od ponuđenog ili njegovog ovlaštenog zastupnika i mora biti upućen ponudiocu ili njegovom ovlaštenom zastupniku.

2) Prihvat ponude mora **sadržajno odgovarati ponudi**. Ponuđeni (prihvatilac) ne može uslovljavati prihvat ponude (npr. *K prihvata ponudu P o kupovini putničkog auta, ali da mu P još samo promijeni presvlake u autu*). Ukoliko bi ponudilac prihvatio ponudu pod određenim uslovom, tada to ne bi bio prihvat ponude, nego nova ponuda, sada upućena od strane prvobitno ponuđenog. U tom slučaju ponuđeni bi bio ponudilac, a ponudilac bi došao u

⁶⁵ Ps H, Pž. 746/90, od 19.02.1991. – PSP 48/114.

položaj ponuđenog i zaključenje ugovora bi zavisilo od njegovog prihvata nove ponude.

3) Kao što ponuda mora sadržavati jasno izraženu volju za zaključenje ugovora, tako se i iz prihvata ponude mora vidjeti jasno izražena **volja ponuđenog** da sa ponudiocem zaključi ugovor (*animus contrahendi*). Svoju volju ponuđeni može izraziti izričito ili konkludentnom radnjom. Tipičan primjer konkludentnog prihvatanja ponude je kada prodavac preda kupcu željenu stvar⁶⁶. Slično je i kada ponuđeni zadrži nenaručenu stvar (knjigu) ili odmah ispuni određeni nalog i dr.

4) Prihvat ponude mora stići ponudiocu u **predviđenom roku**. Ponudilac je svojom ponudom vezan samo određeno vrijeme⁶⁷ i ako prihvat ponude stigne ponudiocu nakon toga roka, tada taj prihvat ne dovodi do zaključenja ugovora. Zakašnjeli prihvat smatra se novom ponudom ukoliko udovoljava potrebnim uslovima za ponudu.

5) Ako se ponudom predlaže zaključenje nekog formalnog ugovora, tada i ponuda i prihvat ponude moraju biti dati u toj **formi**⁶⁸.

Prihvat ponude se može ponudiocu saopštiti na razne načine, ako zakonom nije predviđen poseban postupak. Prihvat se može dati: davanjem naročite izjave o prihvaćanju ponude (npr. izričito; slanjem cijene prodavcu ili prećutno), uobičajenim znacima (npr. rukovanjem ili davanjem kapare), odgovarajućim (konkludentnim) radnjama.

Sudska praksa:

*Ako je prodavatelj na temelju primljene narudžbenice poslao stvar, smatra se da je ugovor sklopljen prihvatom ponude pod uvjetima koji su navedeni u narudžbenici (ponudi)*⁶⁹.

*Kada je ponuđeni prihvatio ponudu za smještaj 100 osoba u svojim objektima, ali u šestokrevetnim sobama, a ne u dvokrevetnim, time je on ponudu odbio i sa svoje strane učinio novu ponudu*⁷⁰.

Ponuda i prihvat ponude se mogu učiniti i putem javnog nadmetanja. Tipični primjeri javnog nadmetanja su licitacija i aukcija.

Vrijeme zaključenja ugovora. Veoma važno pitanje je i vrijeme od kada se smatra da je jedan ugovor zaključen, odnosno od kada on proizvodi pravna dejstva. Pitanje momenta zaključenja ugovora (perfekcija ugovora) ne postavlja se kada je ponuda upućena prisutnom licu. Ako ponuđeni prihvati ponudu, ugovor je tad i zaključen, a ako ne prihvati, nema ugovora. Spor o vremenu

⁶⁶ Isti je slučaj i kada bi kupac poslao (ili lično predao) novac prodavcu za željenu stvar.

⁶⁷ Vidjeti član 37. ZOO.

⁶⁸ Npr., Ugovor o doživotnom izdržavanju.

⁶⁹ Ps H, Pž. 2333/90, od 11.12.1990. – PSP 49/124.

⁷⁰ Vts RH, III Pž. 28897/93, od 03.05.1994. – Praxis 2/25.

zaključenja ugovora može se javiti samo kad je ugovor zaključen između odsutnih lica. Momenat perfekcije je važan iz nekoliko razloga: a) od tog momenta ugovor proizvodi pravna dejstva; b) pitanje zastarjelosti potraživanja⁷¹; c) poslovna sposobnost ugovarača; d) kod slučajne propasti stvari i sl.

Naš zakonodavac je odredio (član 31, st.1. ZOO) da je ugovor zaključen onog časa kada je ponudilac primio izjavu ponuđenog da prihvća ponudu.

Mjesto zaključenja ugovora. – S pitanjem vremena zaključenja ugovora usko je povezano i pitanje mjesta zaključenja. U ZOO je određeno da je ugovor zaključen u mjestu u kojem je ponudilac imao svoje sjedište, odnosno svoje prebivalište u trenutku kada je učinio ponudu⁷².

Mjesto zaključenja ugovora posebno je važno u oblasti međunarodnog privatnog prava, i to kod pitanja koje se pravo primjenjuje u slučaju spora. Pored toga, mjesto zaključenja ugovora je bitno za određenje mjesne nadležnosti suda.

3.3. Predmet ugovora

Zaključenjem ugovora ugovarači žele ostvariti neki cilj. Povjerilac ima pravo od dužnika zahtijevati ispunjenje ugovorne obaveze, a dužnik je obavezan to ispuniti. To konkretno ponašanje dužnika (dužnikova obaveza) je predmet ugovora. Prema tome, moglo bi se reći da je predmet ugovora obaveza iz jednog obligacionog odnosa. Naravno, toj obavezi odgovara pravo povjerioca da zahtijeva ispunjenje te obaveze. Kod dvostranih ugovora postoje najmanje dva predmeta ugovora, odnosno dvije obligacije u jednom obligacionom odnosu. Tako npr. kod ugovora o prodaji prodavac je obavezan kupcu predati prodatu stvar. Ovoj obavezi prodavca odgovara pravo kupca da zahtijeva predaju stvari. Istovremeno, kupac je obavezan da plati prodajnu cijenu, koju je prodavac ovlašten zahtijevati od kupca.

Predmet ugovora je potrebno razlikovati od sadržaja ugovora. Predmet ugovora je određena radnja ili činidba, koja može biti pozitivno ili negativno određena. Pozitivno određene su one obligacione radnje kojima se dužnik obavezuje povjeriocu na određeno davanje (*dare*) ili činjenje (*facere*). Obligaciona radnja, odnosno obaveza dužnika da nešto propusti (ne čini - *non facere*) ili trpi (*pati*), što po redovnom toku stvari ne bi morao, jeste negativna obaveza. Za razliku od predmeta, sadržaj ugovora predstavlja jedinstvo prava i obaveze iz tog ugovora. Znači, sadržaj jednog ugovora je širi pojam od pojma koji obuhvata predmet ugovora.

Predmet ugovora ne može biti svaka radnja (obaveza), nego samo ona koja je u zakonu predviđena i kao takva zakonom zaštićena. Predmet ugovora, odnosno

⁷¹ Prema članu 361, st. 1. ZOO zastarjevanje počinje teći prvog dana poslije dana kada je povjerilac imao pravo zahtijevati ispunjenje obaveze

⁷² Član 31. st. 2. ZOO.

ugovorna obaveza, mora imati određene karakteristike (kvalitete). Predmet ugovora mora biti: a) moguć; b) dopušten i c) određen ili odrediv.

a. Mogućnost predmeta ugovora

Predmet ugovora mora biti moguć, jer ono što nije moguće izvršiti i ne obavezuje⁷³. Naš Zakon priznaje slobodu ugovaranja kao jedno od osnovnih načela. Ovo načelo trpi izuzetak kada se radi o predmetu ugovora. Naime, ukoliko bi ugovorne strane ugovorile nemogući predmet obaveze, takav ugovor bio bi ništav.

Potrebno je razlikovati **objektivnu i subjektivnu nemogućnost** ispunjenja ugovorne obaveze, te **početnu i naknadnu nemogućnost**.

Objektivna nemogućnost postoji onda kada ugovornu obavezu ne može ispuniti niti dužnik niti bilo koje drugo lice. Ova nemogućnost može proizlaziti iz prirode obaveze (npr. *D se obaveže P-u predati svoj auto koji je prethodni dan u potpunosti uništen, a D za to nije znao u momentu obvezivanja*). Slična ovoj prirodnoj, postoji i ekonomska nemogućnost (npr., *D se obaveže P-u dohvatiti prsten koji leži na morskom dnu od nekoliko hiljada metara za protunaknadu od 100 KM*). Ovu obavezu teoretski je moguće ispuniti, ali zbog enormnih troškova ova se obaveza smatra (pravno) nemogućom.

Subjektivna nemogućnost je takva nemogućnost koju ne može ispuniti dužnik, ali bi neko drugi mogao (npr. *D se obaveže P-u predati auto, ali taj auto ne pripada više njemu nego T-u (trećem)*). U tom slučaju *D* ne može ispuniti svoju obavezu, ali tu istu obavezu može *T* ispuniti). Ako bi pak ova subjektivna nemogućnost imala privremeni karakter (npr. *D ponovo pribavi u vlasništvo dugovani auto*), tada bi dužnik bio obavezan ispuniti dužnu radnju (predaju auta).

O *prvobitnoj (početnoj) nemogućnosti* govorimo onda kada je ta nemogućnost postojala u vrijeme zaključenja ugovora (npr., *slika koju je D trebao predati P-u je izgorjela prije nego što je zaključen ugovor, ili je predata T-u*). Naknadna nemogućnost je takva nemogućnost koja je nastupila nakon zaključenja ugovora (npr. *slika je uništena nakon zaključenja ugovora ili je nakon zaključenja ugovora predata T-u, a ne P-u*).

Jedna objektivno nemoguća ugovorna obaveza može biti početna (prvobitna) i tada se govori o početnoj objektivnoj nemogućnosti, ili naknadna, i tada se radi o naknadnoj objektivnoj nemogućnosti. Isto tako i subjektivna nemogućnost može biti početna – početna subjektivna nemogućnost ili naknadna – naknadna subjektivna nemogućnost.

Početna objektivna nemogućnost povlači ništavost ugovora. Zapravo, kod ove nemogućnosti ugovor uopšte nije ni nastao.

⁷³ *Impossibulum nulla obligatio est* (Celsus, 185, D. 50, 17).

Naknadna objektivna nemogućnost povlači nemogućnost ispunjenja ugovorne obaveze dužnika. U tom smislu bitno je razlikovati da li je tu nemogućnost prouzrokovao dužnik ili je ona dejstvo više sile. Ako je za nemogućnost odgovoran dužnik (uništio stvar ili je nije na vrijeme predao povjeriocu i sl.), on više nije u mogućnosti ispuniti svoju primarnu obavezu, ali je umjesto toga dužan povjeriocu naknaditi proizašlu štetu. Ako za nemogućnost nije kriva nijedna ugovorna strana, nego je ona nastala usljed slučaja ili više sile, tada se dužnik oslobađa svoje obaveze (obligacija prestaje).

Subjektivna nemogućnost (početna ili naknadna) ne povlači ništavost ugovora, ali je jasno da dužnik svoju ugovornu obavezu ne može ispuniti. Umjesto toga, dužnik koji ne može ispuniti ugovornu obavezu dužan je drugoj strani naknaditi štetu. Te se obaveze dužnik može osloboditi ako dokaže da nije kriv za nemogućnost.

Vidjeli smo da predmet obaveze mora biti moguć, u suprotnom, ugovor je ništav. Od ovog pravila postoji izuzetak, i to za slučaj kada je ugovor zaključen pod odložnim uslovom ili rokom. Naime, ukoliko je predmet obaveze u početku nemoguć, a ugovor sadrži odložni uslov ili rok, pa prije ispunjenja obaveze postane moguć, smatra se da je ugovor punovažan. Npr., *prodaja neke stvari koja još nije proizvedena i u vrijeme zaključenja ugovora nije sasvim jasno hoće li uopšte ta stvar biti proizvedena*. Ukoliko se ostvari uslov (proizvodnja stvari), ugovor je punovažan, u protivnom (ako se stvar ne proizvede), ugovor ne proizvodi pravno dejstvo.

Sudska praksa:

U nekoliko slučajeva različiti sudovi su odlučili da je valjan ugovor o prodaji zemljišta gdje je zemljište prilikom zaključenja ugovora pokazano kupcu (tj. određeno u naravi) i isto mu predato u posjed i pored toga što je u ugovoru pogrešno označena veća površina prodalog zemljišta od one koju stvarno ima. Naime, u takvim slučajevima prodavac je kupcu tačno pokazao koje zemljište (međe) mu prodaje i to mu zemljište po zaključenju ugovora predao u posjed. U zemljišnim knjigama navedene parcela su imale veću površinu (između 200 i 600 m²), te je kupac zahtijevao da mu prodavac preda u posjed i dio drugog zemljišta do naznačene površine u ugovoru ili vrati dio prodajne cijene. U tim slučajevima kupac nije uspijevao sa tužbenim zahtjevom⁷⁴.

Kad obaveza glasi na predaju stana, okolnost da se u stanu nalazi stanar ne znači bezuvjetno da predaja stana nije moguća.⁷⁵

Nije riječ o nemogućoj činidbi ako član zadruga zahtijeva da mu stambena zadruga u slučaju nemogućnosti predaje tačno određenog stana stvari na raspolaganje drugi odgovarajući stan i plati razliku u cijeni koštanja.⁷⁶

⁷⁴ VS BiH, Rev. 660/86, od 22.07.1987. – Bilten SP VS BiH 4/87-30; VS BiH, Rev. 603/90, od 29.01.1991. – Bilten SP VS BiH 1/91-36; VS RS, Rev. 91/97, od 16.11.1997. – Bilten 1/1999-71.

⁷⁵ VS H, II Rev. 68/83, od 13.7. 1983. – Psp 24 – 75.

⁷⁶ VS H, Gž. 308/82, od 20.1. 1983. – Psp – 106.

b. Dopuštenost predmeta ugovora

Ugovor čiji je predmet obaveze nedopušten je ništav. U članu 49. ZOO utvrđeno je kada je jedan predmet ugovora nedopušten. Prema tome članu, predmet obaveze koji je protivan Ustavu (ustavnim načelima), prinudnim propisima ili moralu društva je nedopušten. Iz ovoga proizlazi da nedopuštenost predmeta može biti pravna ili moralna.

Pravna nedopuštenost se odnosi na suprotnost ustavnim načelima i kogentnim zakonskim normama. Nedopuštenost obaveze u članu 49. ZOO-a izražena je na opšti način. Pojedini zakoni to dalje reguliraju. U ZOO su utvrđena osnovna načela: ravnopravnost učesnika (čl. 11.); savjesnost i poštenje (čl. 12.); zabrana zloupotrebe prava (čl. 13.) i dr., a postupanje protivno osnovnim načelima vodi ništavosti ugovora. I drugim se zakonima zabranjuju pojedine radnje, a za neke od njih predviđene su i krivične sankcije (npr. nedozvoljena trgovina).

Moralna nedopuštenost se odnosi na osnovne nepisane principe određenog društva. Ovdje se radi o očitoj nepravdi, ali sankcija vezana za tu nepravdu nije utvrđena u zakonu. Npr., *nemoralan je ugovor kojim se jedno lice obavezuje dati ocu djevojke određenu svotu novca ukoliko se ona uda za određenog čovjeka*⁷⁷.

Nedopuštenost obaveze može proizlaziti i iz prirode stvari. Određene stvari su izuzete iz prometa, odnosno njihov promet je zabranjen (*res extra commercium*). To se, prije svega, odnosi na tzv. javna dobra, npr. ulice, mostove, parkove i sl. (Npr., *kada bi neko prodao zgradu Vijećnice u Sarajevu, takav ugovor ne bi proizvodio pravno dejstvo*). Pored stvari van prometa, postoje i stvari koje su u tzv. ograničenom prometu, npr. oružje, određeni lijekovi, opojne droge, otrovi i dr. Te stvari mogu biti predmetom ugovora, ali samo onda kada ispunjavaju dodatne uslove predviđene zakonom u pogledu načina i mjesta prodaje ili vrste pakovanja i sl. (npr. liječnički recept ili druga dozvola).

Ugovori s nedopuštenim predmetom obaveze su ništavi, izuzev ako cilj povrijeđenog pravila ne upućuje na neku drugu sankciju ili ako zakon u određenom slučaju ne propisuje nešto drugo⁷⁸.

Sudska praksa:

*U slučaju ništavosti ugovora zbog nemogućnosti određenja koje je vozilo bilo predmet ugovorne obaveze prodavca, kupac ima pravo na restituciju uplaćenog iznosa po sadašnjoj cijeni sličnog vozila, zajedno sa zateznom kamatom od dana donošenja prvostepene presude*⁷⁹.

*Nedopuštena je klauzula kojom se stranke odriču prava pobijati ugovor iz bilo kojeg razloga ili pravne osnove*⁸⁰.

⁷⁷ Vidi: Zbirka sudskih odluka (ZSO), knjiga 2, sveska 1, odluka br. 76.

⁷⁸ Član 103, st. 1. ZOO

⁷⁹ VS S, broj Prev. 649/98. – Bilten 2/1999.

⁸⁰ VS H, Rev. 583/82, od 25.01.1983. – PSP 23-85.

Kad su stranke u ugovoru o zajmu predvidjele nedopuštenu činidbu, tj. stjecanje prava vlasništva na nekretninama umjesto vraćanja zajma, obveze iz ugovora o zajmu imaju se prosuđivati kao da ta nedopuštena činidba nije niti ugovorena, pa zajmodavac ima pravo na vraćanje zajma i na zatezne kamate⁸¹.

c. Određenost ili odredivost predmeta ugovora

Predmet ugovora mora biti određen ili barem odrediv. Radi pravne sigurnosti potrebno je da u momentu zaključenja ugovora ugovorne strane znaju svoja prava i obaveze, zatim s kime zaključuju ugovor, vrijeme, mjesto i način ispunjenja svojih obaveza, te vrstu, količinu i kvalitet svoje ugovorne obaveze. Naravno, ugovarači ne mogu uvijek znati sve to prilikom zaključenja ugovora. Oni to ne mogu znati, ponekad zbog svojih ličnih svojstava, kao fizičkih lica, a ponekad zbog prirode svojih obaveza, te načina ispunjenja tih obaveza. Ponekad u času zaključenja ugovora, predmet ugovora nije moguće u svemu odrediti, niti je to korisno. Npr., *prodavac koji prodaje budući rod šljive ili žita, u momentu zaključenja ugovora ne zna kakav će biti rod ili žetva.*

Zakonom se i ne traži da ugovarači reguliraju sve pojedinosti, nego se traži da se oni dogovore (usaglas) o bitnim elementima konkretnog ugovora. Znači, nije nužno da predmet sadrži sve elemente jednog ugovora, nego je bitno da on sadrži podatke pomoću kojih se može odrediti predmet ugovorne obaveze⁸².

Najčešće predmet ugovora sporazumno određuju sami ugovarači, ali nema smetnje da se to povjeri i trećem licu. Ako treće lice neće ili ne može odrediti predmet obaveze, ugovor se smatra ništavim. Međutim, smatramo da jedan ili oba ugovarača mogu tražiti od suda da u tom slučaju odredi predmet ugovora. To je moguće ukoliko postoji dovoljno podataka pomoću kojih se predmet ugovora može odrediti.

Sudska praksa stoji na stanovištu da je predmet obaveze određen kada ugovor sadrži dovoljno podataka na osnovu kojih se može zaključiti koja je stvar predmet ugovora. *Tako je u jednoj odluci rečeno da je ugovor dovoljno određen kada je prodavac u pismenom ugovoru naveo da prodaje svoju jedinu kuću, iako nije naveo bliže katastarske oznake nekretnine.* Ovdje predmet ugovora nije sasvim tačno određen, ali se može saznati o kojoj je kući riječ⁸³. Isto tako, kod ugovora o prodaji cijena je bitan element i bez određivanja cijene nema ni ugovora o prodaji. Međutim, ukoliko je cijena propisana od strane državnih organa, tada ugovarači nisu ovlašteni ugovarati drugu cijenu. Ukoliko bi oni ipak ugovorili drugu cijenu, tada te odredbe o cijeni ne bi proizvodile pravno dejstvo. Ako bi ugovorili veću cijenu od propisane, tada kupac duguje samo

⁸¹ VS H, Rev. 1739/86, od 18.09.1986. – PSP 43-76.

⁸² Vidi član 50, st. 1. ZOO.

⁸³ Vidi Rješenje Vrhovnog suda Jugoslavije, Rev. 709/63. od 19. 09. 1963. Objavljeno u ZSO, knjiga VIII, sv. 3, br. 318, kao i Rješenje Vrhovnog suda Slovenije, Gž. 205/57. od 24. 05. 1957. Objavljeno u ZSO, knj. II, sveska 2, br. 361.

iznos propisane cijene, a ako je već isplatio ugovorenu cijenu, ima pravo zahtijevati da mu se vrati razlika⁸⁴.

Predmet obaveze je određen i onda kada je ugovorom ili zakonom predviđeno da se obaveza može ispuniti izvršenjem jedne od više alternativno određenih obaveza (alternativne obligacije). Ukoliko jednu obavezu dužnik može ispuniti na više načina, a izvršenje obaveze nije bliže određeno, dužnik je ovlašten da izabere za sebe lakšu obavezu. To se obrazlaže time da se dužnik, u sumnji, obavezuje na manje i lakše, a ne na veće i teže.

Kada je predmet obaveze neodređen ili neodrediv, ugovor je ništav.

Sudska praksa:

Predmet nagodbe je odrediv kada je trećoj osobi prepušteno da utvrdi visinu štete koju je jedna strana dužna naknaditi⁸⁵.

Alternativna obligacija se pretvara u običnu (sa jednom obvezujućom činidbom) ako su ostale alternativne obaveze neodređene i neodredive⁸⁶.

Naknadna odredba ugovora o kreditu da će se anuiteti otplaćivati zavisno od likvidnosti dužnika ne proizvodi pravni učinak jer je takva činidba neodređena⁸⁷

3.4. Osnov ugovora

Svaka ugovorna obaveza mora imati dopuštenu osnovu⁸⁸. Osnov ili kauza (causa) ugovora je cilj, odnosno svrha ugovora (*causa finalis*). Osnovu ugovora ne treba miješati s predmetom ugovora. Predmet ugovora je ono na šta se dužnik obavezuje, a osnov ugovora je ono zbog čega se dužnik obavezuje. Zaključujući jedan obligacioni ugovor ugovarači, preuzimajući određene obaveze, žele postići određeni cilj. Npr. ukoliko neko želi da ima jednu knjigu, onda je njegov cilj da on postane vlasnikom te knjige. Da bi to postao, on mora sa ovlaštenim licem zaključiti ugovor o prodaji. Kupac se obavezuje da plati ugovorenu cijenu zbog toga što želi da ima knjigu, a prodavac se obavezuje predati knjigu zbog toga što želi od kupca dobiti novac.

Osnov obvezivanja dužnika, odnosno ugovornih strana zavisi od vrste ugovora. Tako npr. *banka daje kredit da bi od druge strane, pored glavnice, dobila i kamate*. Kod dvostranih ugovora obaveza jedne strane predstavlja osnov obaveze druge strane. Npr., *putnik plaća kartu da bi ga prevozilac prevezao do određenog mjesta, a istovremeno prevozilac prevozi putnika zato što mu je on platio ugovorenu cijenu (kartu, prevozninu i sl.)*. Kod jednostranih ugovora

⁸⁴ Član 463. ZOO.

⁸⁵ VS RH, Rev. 3001/94, od 09.09.1997. Izbor odluka 1/1998 – 24/65.

⁸⁶ VS FBiH, Pž. 22/00, od 24.10. 2000. – Bilten VS FBiH 2/00-39.

⁸⁷ VS BiH, Pž. 407/86, od 18.02.1987. – Bilten SP VS BiH 1/87-2.

⁸⁸ Član 51, st. 1. ZOO.

kauza se vidi u želji jednog ugovarača da drugome učini određenu korist iz zahvalnosti, ljubavi ili nekog drugog razloga.

Dopuštena osnova ugovorne obaveze je bitan uslov za nastanak punovažnog ugovora. Ukoliko je osnova nedopuštena, ugovor je ništav. Uopšteno rečeno, nedopuštenom osnovom smatra se ona osnova koja je suprotna javnom poretku. Osnovi ugovora koje su suprotne javnom poretku mogu imati zabranjen ili nemoralan osnov.

Hipotetički slučaj:

Otac O zaključio je sa sinom S 1996. godine ugovor o doživotnom izdržavanju i 1997. godine ugovor o poklonu. Otac O je umro 2004. godine, poslije čega njegova kćerka K podnosi tužbu radi poništenja navedenih ugovora. U toku postupka utvrđeno je da je otac O navedene ugovore zaključio u stanju duševne bolesti (depresivno-anksiozni sindrom). Tuženi S ističe prigovor zastarjelosti iz čl. 117 ZOO.⁸⁹

Kakvu će odluku donijeti sud?

I. U ovom slučaju postavlja se pitanje valjanosti zaključenih ugovora. Naime, otac O (primalac izdržavanja i poklonodavac) zaključio je ugovore u stanju duševne bolesti, tako da nije bio u stanju adekvatno procijeniti značaj pravnih poslova u kojima je učestvovao, a to znači ni sposoban da razumije smisao i posljedice svojih postupaka (to je sud utvrdio putem vještačenja).

II. Prema čl. 26. ZOO, ugovor se zaključuje saglasnošću volja. Izjava volje mora biti slobodna (čl. 28. ZOO), a takvu volju može izraziti jedino mentalno zdrava osoba.

*III. Obzirom da otac O u vrijeme zaključenja ugovora nije bio u stanju da svoju volju izrazi, ugovori i nisu mogli nastati, bez obzira što ih je on potpisao. Zaključeni ugovori su suprotni propisima koji imaju imperativni karakter. Uz to, oni su lišeni i osnova (kauze), jer ako jedna strana nije u stanju da izrazi volju ne može se govoriti ni o podudarnoj volji druge ugovorne strane. S obzirom na to **zaključeni ugovori su ništavi**, u smislu čl. 103. st. 1. i čl. 52. Zakona o obligacionim odnosima.*

IV. Tuženi (sin S) neosnovano ukazuje na zastarjelost iz čl. 117. ZOO, jer su to rokovi za pobijanje pobjornih (rušljivih) ugovora. Prema odredbi čl. 11. ZOO, ugovor je pobjoran (rušljiv) ako ga je zaključilo ograničeno poslovno sposobno lice. U našem slučaju, ugovor nije zaključilo takvo lice, već lice koje uopšte nije bilo u stanju da izrazi volju. Zbog toga, zaključeni ugovori ne pripadaju kategoriji pobjornih, već ništavih ugovora.

⁸⁹ VS S, broj Rev. 3118/98, od 17.6. 1998.

Sudska praksa:

*Valjan je ugovor prema kome pravo vlasništva na nekretnini opterećenoj pravom plodouživanja stiže ono lice s kojim će živjeti plodouživalac u času smrti (takav ugovor je zaključen pod odložnim uslovom)*⁹⁰.

*Pobuda da se učini poklon ulazi u sam osnov ugovora o poklonu, pa kad pobuda otpadne, onda otpada i sam osnov ugovora, što vodi ništavosti ugovora*⁹¹.

*Povrat iznosa danog u svrhu igranja hazardne igre (kartanje) ne može se zahtijevati tužbom*⁹².

*Ništav je ugovor o darovanju kad je predmet darovanja nepostojeća nekretnina.*⁹³

*Nedopuštena je pobuda darodavca da učini poklon trećem licu da bi lišio nasljeđa zakonskog nasljednika i na taj način ga kaznio samo zbog toga što je zaključio brak sa pripadnikom druge nacionalnosti, jer je u suprotnosti sa moralnim načelima društva, pa ovakav darovni ugovor ne proizvodi pravno dejstvo i kada obdareni nije znao za nedopuštenu pobudu.*⁹⁴

3.5. Forma i tumačenje ugovora**a. Forma ugovora**

Pravilo je da se obligacioni ugovori mogu zaključivati bez pridržavanja bilo kakve forme. U tom smislu Zakon o obligacionim odnosima⁹⁵ određuje da se volja za zaključenje ugovora može izjaviti riječima, uobičajenim znacima ili drugim ponašanjem iz koga se sa sigurnošću može zaključiti o njenom postojanju. Ugovarači svoju volju mogu izraziti na onaj način kako to njima najbolje odgovara: usmeno, pismeno, konkludentnom radnjom, a u izvjesnim slučajevima i šutnjom. Znači, obligacioni ugovori su, u pravilu, neformalni ugovori⁹⁶. Neformalnost ugovora ne znači da takvi ugovori nemaju forme, jer se svi obligacioni ugovori zaključuju u određenoj formi. Razlika je u tome što ugovarači neformalne ugovore mogu zaključiti na bilo koji način, a formalne ugovore moraju zaključiti u tačno određenoj formi.

⁹⁰ VS BiH, Rev. 95/90, od 19.10.1990. – Bilten SP VS BiH 1/91-37.

⁹¹ VS S, broj Rev. 4409/99, od 20.10.1999.

⁹² VS RH, Rev. 68/92, od 29.01.1992. – Izbor odluka 1993 – 49/83.

⁹³ VS RH, Rev. 902/00, od 17.1. 2000. – Izbor odluka 1/2002 – 35.

⁹⁴ VS BiH, Rev. 484/84, od 18.10. 1984. Bilten SP VS BiH 1/85 – 1.

⁹⁵ Vidi čl. 28. ZOO.

⁹⁶ Princip neformalnosti ugovora predviđen je i u drugim zakonodavstvima. Tako je npr. prema čl. 11. st. 1. Švicarskog zakonika o obligacijama za punovažnost ugovora potrebna naročita forma samo onda kada to zakon propisuje.

Da bi jedan ugovor nastao moraju se ispuniti određene pretpostavke vezane za sposobnost i saglasnost volja ugovornih strana, predmet i osnov (kauzu) ugovora. Za pojedine ugovore traži se i dodatni uslov, a to je da je taj ugovor zaključen u određenoj formi. Pod formom jednog ugovora podrazumjeva se način, odnosno oblik postizanja saglasnosti izjavljenih volja ugovornih strana.

Naš ZOO postavio je pravilo u čl. 67. da zaključenje ugovora ne podliježe nikakvoj formi, osim ako je zakonom drugačije određeno. Iz ovoga se vidi da naš zakonodavac usvaja princip neformalnosti ugovora.

Od pravila neformalnosti postoji niz izuzetaka predviđenih u ZOO, ali i drugim propisima. ZOO propisuje posebnu formu kod prodaje nepokretnosti (čl. 455). Pismena forma predviđena je i za ugovor o prodaji sa obročnim otplatama (čl. 543). Prema čl. 630. st. 2. ZOO ugovor o građenju mora biti zaključen u pismenoj formi, a shodno članu 687. ZOO ista forma traži se i za ugovor o licenci. Pored nabrojanih, ZOO zahtjeva i kod nekih drugih ugovora, pismenu formu⁹⁷.

Kad govorimo o formi ugovora, tada je potrebno razlikovati zakonsku od ugovorne forme. Naime, zaključenje ugovora može biti uslovljeno ispunjavanjem posebne forme zbog toga što to zakon zahtijeva ili su zaključenje ugovora u tačno predviđenoj formi ugovarači sporazumno odredili. Formalni ugovori (zakonski ili ugovorno formalni) mogu biti jednostrano i dvostrano formalni. Kod jednostrano formalnih ugovora dovoljno je da jedna strana svoju izjavu da u predviđenoj formi (npr. ugovor o jemstvu obavezuje jemca samo ako je izjavu o jemčenju učinio pismeno; ili ako poklonodavac pismeno obeća predaju poklona), dok kod dvostarno formalnih ugovora obje strane izjavu volje moraju dati u predviđenoj formi (npr. davalac i sticalac licence moraju zaključiti ugovor u pismenoj formi).

Zakonski propisana forma služi, prije svega, jasnoći pravnog odnosa u određenim ugovorima. Forma doprinosi lakšem obezbjeđivanju dokaza o zaključenom ugovoru. Forma može imati i zaštitnu funkciju i to na taj način što ugovornu stranu štiti od prebrzog prihvatanja određenog ugovora iz kojeg za nju proizilaze materijalne obaveze bez primanja protučinidbe (npr. kod ugovora o poklonu)⁹⁸.

Kad se radi o formalnim ugovorima za njihov nastanak nije dovoljno da su se ugovarači sporazumjeli o bitnim sastojcima ugovora, nego je uz to potrebno ispoštovati i zakonsku ili ugovorenu formu. Na primjer, *kod prodaje nekretnine nije dovoljno da su se prodavac i kupac sporazumjeli o predmetu prodaje (nekretnini) i cijeni, nego je uz tu saglasnost potrebno ugovor pismeno sastaviti, a potpisi ugovarača moraju biti ovjereni kod nadležnog organa (suda). Ako ugovor o prometu nekretnina nije pismeno sastavljen i potpisi ugovarača ovjereni od strane suda, takav ugovor ne proizvodi pravno dejstvo i nijedna strana ne može zahtijevati njegovu prinudnu realizaciju.*

⁹⁷ Vidjeti npr. čl. 791, 886, 901, 998, 1053, 1066, 1070. ZOO.

⁹⁸ K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, Allgemeiner Teil, München, 1979, str. 59.

Ako je za zaključenje određenog ugovora predviđena zakonska forma, tada i ponuda za zaključenje takvog ugovora, da bi obvezivala ponudioca, mora biti data u toj formi. To isto važi i za prihvatanje ponude⁹⁹. Takvo stanovište zauzela je i sudska praksa u bivšoj Jugoslaviji i prije donošenja Zakona o obligacionim odnosima¹⁰⁰. Prije zaključenja glavnog ugovora strane mogu zaključiti predugovor, koji isto tako mora biti zaključen u određenoj formi, ako je forma uslov punovažnosti ugovora.

Hipotetički slučaj¹⁰¹:

Prodavac je s kupcem zaključio pismeni predugovor o prodaji nekretnine. Prilikom zaključenja ugovora kupac je predao kupcu 1.000 KM na ime kapare. Ugovor su strane potpisale, ali svoje potpise nisu ovjerile u nadležnom sudu. Poslije izvjesnog vremena prodavac ne želi da zaključi glavni ugovor. Može li kupac može zahtijevati zaključenje glavnog ugovora?

Obrazloženje:

*U ovom slučaju zaključen je predugovor o prometu nekretnina, a prema čl. 45. st. 1 i 2. ZOO određeno je da propisi o formi glavnog ugovora važe i za predugovor. Ugovor o prometu nekretnina mora biti zaključen u pismenoj formi, a potpisi ugovarača ovjereni u nadležnom sudu. U našem slučaju predugovor je morao biti zaključen u pismenom obliku i potpisi ugovarača ovjereni u nadležnom sudu. S obzirom da forma za zaključenje predugovora nije ispoštovana, takav ugovor je ništav. Kod ništavih ugovora svaka strana dužna je vratiti drugoj strani sve što je primila po osnovu takvog ugovora. **Kupac neće uspjeti sa zahtjevom za zaključenje glavnog ugovora, a prodavac će biti obavezan vratiti primljeni iznos kapare.** Kapara je akcesorni (sporedni) ugovor i kao takav dijeli sudbinu glavnog ugovora. S obzirom da je ugovor ništav i da kao takav ne proizvodi pravna dejstva i kapara ne proizvodi ona dejstva kakva bi imala da je zaključen valjan ugovor. Zbog toga primalac kapare (prodavac) je istu dužan vratiti davaocu kapare (kupcu).*

Ugovorne strane svoje međusobne odnose mogu odrediti na način koji njima u konkretnim okolnostima najviše odgovara. Tako one su slobodne da ugovor, za koji zakon ne predviđa nikakvu formu, zaključe u posebnoj formi (čl. 69. st. 1. ZOO). Ako se ugovarači sporazumiju da će ugovor zaključiti u posebnoj formi (npr. pismenoj) to ne mora da znači da će uistinu i doći do zaključenja ugovora. S druge strane ako je jedna strana u usmeno zaključenom dvostranom ugovoru, za čiju se punovažnost zahtijeva pismena forma, ispunila svoju obavezu, ona nema pravo zahtijevati od druge strane da i ova ispuni svoju obavezu, nego samo pravo zahtijevati povrat onoga što je dala na ime

⁹⁹ Vidi čl. 38. ZOO.

¹⁰⁰ Tako je u Odluci bivšeg Vrhovnog suda Jugoslavije, Rev. 57/65 od 30.4.1966. godine, navedeno da "kad je jedna strana drugoj uputila pismenu ponudu za zaključenje ugovora o prodaji nekretnine, takvu ponudu može povući samo u pismenom obliku."

¹⁰¹ Uporedi sa Odlukom VS BiH, Rev. 558/85, od 28.02.1986. – Bilten SP VS BiH 2/86-3.

ispunjenja, izuzev ako je forma ustanovljena samo radi njene zaštite, i ako je u datom slučaju moguće odricanje od te zaštite¹⁰².

Ako je forma predviđena kao bitan uslov zaključenja ugovora, tada se radi o tzv. formi *ad solemnitatem*. Ugovor koji nije zaključen u predviđenoj formi, a forma se javlja kao uslov punovažnosti ugovora, ne proizvodi pravna dejstva. Takav ugovor je ništav i ugovarači nisu dužni ispuniti svoje obaveze iz tog ugovora. Pored ove forme koja se javlja kao bitan element ugovora postoji i tzv. forma *ad probationem*, koja služi kao dokaz da je ugovor zaključen. Nepridržavanje ove forme ne povlači ništavost ugovora, ali se ispunjenje takvog ugovora ne može zahtijevati prinudnim putem. Na primjer, ugovor o poklonu mora biti zaključen u pismenoj formi, osim u onim slučajevima kad je predmet poklona poklonodavac odmah predao poklonoprimcu. Međutim, ako ugovor o poklonu nema pismenu formu, tada se na strani poklonodavca stvara naturalna (prirodna, a ne prinudna) obaveza i ispunjenje takve obaveze ne može se zahtijevati putem suda. Ali, ako bi poklonodavac ispunio svoju obavezu ne bi se poslije toga mogao pozivati na to da ugovor nije zaključen u propisanoj formi.

Kad je forma ugovora propisana zakonom, tada i sve kasnije izmjene i dopune takvog ugovora moraju biti u toj propisanoj formi. Od prednjeg pravila postoje dva izuzetka. Prvi izuzetak se odnosi na to da su valjane *usmene dopune* koje se odnose na *sporedne tačke* o kojima ugovarači nisu ništa odredili u formiranom ugovoru, ako to nije protivno cilju radi kojega je forma propisana. Drugi izuzetak predviđa da su punovažne i kasnije usmene pogodbe kojima se *smanjuju ili olakšavaju obaveze jedne ili druge strane*, a posebna forma je propisana samo u interesu ugovornih strana¹⁰³. Na primjer, *jemac se mora pismeno obavezati, ali mu povjerilac i usmeno može smanjiti njegovu obavezu*.

Formalni ugovori mogu se raskinuti neformalnim sporazumom ugovarača, izuzev ako zakon ne predviđa šta drugo. Ako je posebna forma ugovora određena saglasnošću ugovarača (ugovorna forma), tada su oni ovlašteni svojim neformalnim sporazumom takav ugovor raskinuti, dopuniti ili izmjeniti.

Sudska praksa:

Ugovor o prodaji automobila ne mora biti zaključen u posebnoj formi, pa je kupac postao vlasnik automobila u času kada mu ga prodavac preda u posjed, po osnovu usmeno zaključenog kupoprodajnog ugovora. Na sticanje prava svojine (vlasništva) automobila nema uticaja okolnost što nije plaćen porez na promet i što automobil nije registrovan na novog vlasnika¹⁰⁴.

Kada za ugovor nije propisana posebna forma, pravovaljana je usmena cesija¹⁰⁵.

¹⁰² Vidi čl. 44. st. 2. Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima.

¹⁰³ Član 67. st. 2 – 4. ZOO.

¹⁰⁴ VS BiH, Rev. 136/85, od 11.04.1985. – Bilten SP VS BiH 2/85-6; kao i VS BiH, Rev. 170/90, od 29.03. 1991. – Bilten SP VS BiH 2/91-29.

¹⁰⁵ VS BiH, Pž. 436/86, od 27.05.1987. – Bilten SP VS BiH 3/878-5.

Ugovorne stranke se mogu i usmeno sporazumjeti o otpustu duga koji se sastoji od dospjelih zateznih kamata¹⁰⁶.

Stranke mogu i prećutno, dužom pasivnošću, ispoljiti volju da raskinu ugovor, pa i kada je ovaj zaključen u pismenom obliku¹⁰⁷.

Ugovor o isporuci koncentrata za tov pilića, izmijenjen je time što je kooperant primio i upotrijebio kvalitetniji koncentrat, iako pri tome nije sačinjena pismena isprava kako je to bilo ugovoreno¹⁰⁸

Konvalidacija ugovora. Postavlja se pitanje može li i pod kojim uslovima ugovor koji nije zaključen u propisanoj formi konvalidirati¹⁰⁹, tj. može li takav ugovor postati naknadno valjanim poslom.

Pravilo je da pobjorni ugovori mogu konvalidirati i to najčešće protekom određenog vremena ili naknadnim odobrenjem ovlaštenog lica. Za razliku od pobjornih ugovora ništavi ugovori ne mogu konvalidirati. Ali i ovo pravilo trpi izuzetke. Tako, zabranjeni ugovori mogu konvalidirati ako je zabrana bila manjeg značaja i ako je ugovor izvršen¹¹⁰. Pod izvjesnim uslovima i ugovori koji nisu zaključeni u propisanoj formi mogu konvalidirati. To će biti u onim slučajevima kad su ugovorne strane u cijelosti ili u pretežnom dijelu ispunile svoje obaveze.

Hipotetički slučaj:

Prevodilac P je sa izdavačkom kućom IK zaključio usmeni ugovor o prevodu knjige. Ugovorne obaveze (prevod knjige i isplatu cijene) obje strane su ispunile. Poslije izmjene vremena P traži poništenje ugovora, jer isti nije zaključen u zakonom propisanoj formi¹¹¹.

Obrazloženje:

U našem primjeru očito je da ugovor nije zaključen u zakonom predviđenoj formi, što za posljedicu ima ništavost takvog ugovora. Međutim, prema odredbi čl. 73. ZOO ugovor će, ipak, biti punovažan iako nije zaključen u zahtijevanoj pismenoj formi, ako su ugovorne strane u cijelosti ili u pretežnom dijelu ispunile svoje obaveze. To znači, da u našem primjeru P neće uspjeti sa zahtjevom za poništenje ugovora kojem nedostaje forma, jer je isti u cijelosti ispunjen¹¹².

Ako bi se u ovakvim slučajevima dopustilo poništenje ugovora, tada bi se ugrozilo načelo savjesnosti i poštenja, jer bi jedna od ugovornih strana uvijek mogla da se pozove na nedostak forme i na taj način izigra prvobitni cilj

¹⁰⁶ VS BiH, Pž. 818/89, od 29.10.1990. – Bilten SP VS BiH 4/90-34.

¹⁰⁷ VS BiH, Pž. 285/86, od 19.06.1987. – Bilten SP VS BiH 3/87-4.

¹⁰⁸ VS BiH, Rev. 437/90, od 05.07.1991. – Bilten SP VS BiH 3/91-35.

¹⁰⁹ Lat. convalescere – ozdraviti, osnažiti.

¹¹⁰ Član 107. st. 2. ZOO.

¹¹¹ Prema Zakonu o autorskom pravu autorski ugovori sklapaju se u pismenoj formi, a autorski ugovor koji nije sklopljen u pisanom obliku nema pravni učinak.

¹¹² Usporedi sa Odlukom Vps H, Pž. 2627/85, od 04.11.1986. – Bilten 10/1987 – 7.

zaključenja ugovora. Naravno, to bi za posljedicu imalo i narušavanje pravne sigurnosti, jer bi poslije dugo godina strana mogla tražiti poništenje ugovora obzirom da se radi o ništavosti ugovora, a zahtjev za isticanje ništavosti ne zastarijeva. Konvalidacija je moguća samo kod onih ugovora kod kojih su ugovorne strane u cijelosti ili u pretežnom dijelu ispunile svoje ugovorne obaveze.

Sudska praksa:

*Kad je svoju obavezu iz usmenog ugovora o prijenosu vlasništva nekretnina izvršio samo kupac, plaćanjem cijene, a ne i prodavac bilo u cijelosti bilo u pretežnom dijelu (predaju nekretnine), nisu ispunjene pretpostavke koje bi ugovor učinile valjanim usprkos nedostatku pismene forme*¹¹³.

*Ne proizvodi pravno dejstvo ugovor (ili predugovor) o prometu nepokretnosti, zaključen iza 15.07.1994. godine, i kada je zaključen između pravnih osoba, ako potpisi (zastupnika) ugovornih strana nisu ovjereni pred nadležnim sudom. Ovakav ugovor se ne može konvalidirati*¹¹⁴.

*Iako ugovor o zakupu poslovne prostorije nije bio izmijenjen u pogledu visine zakupnine, u zakonom propisanoj pismenoj formi zakupac nema pravo da traži vraćanje više plaćene zakupnine za period u kome je dobrovoljnim ispunjenjem usmeno zaključenog ugovora, plaćao povećanu zakupninu, jer je u tom obimu ugovor konvalidiran*¹¹⁵.

Konvalidaciju treba razlikovati od konverzije. **Konverzija** ugovora znači pretvaranje ništavog ugovora u drugi punovažan ugovor. Prema odredbi čl. 106. Zakona o obligacionim odnosima ako ništav ugovor ispunjava uslove za valjanost nekog drugog ugovora, tada će među ugovaračima važiti taj drugi ugovor. Da bi nastupila konverzija ništavog ugovora potrebno je da se ispune i dodatni uslovi. Prvo, da je drugi važeći ugovor u saglasnosti s ciljem koji su ugovarači imali u vidu i drugo, da bi strane zaključile konvertirani ugovor da su znale za ništavost svog ugovora.

Sudska praksa:

*Ukoliko davalac izdržavanja ne ispunjava obaveze iz ugovora o doživotnom izdržavanju a primalac izdržavanja se takvim ponašanjem saglašava, to ugovor o doživotnom izdržavanju mijenja u ugovor o darovanju pod pretpostavkom da je primalac izdržavanja za života prenio svoju imovinu ili njen dio, u skladu sa ugovorom, na davaoca izdržavanja (čl. 106. ZOO)*¹¹⁶.

¹¹³ VS H, Rev. 775/86, od 08.07.1986. – PSP 32.

¹¹⁴ VS FBiH, Pž. 39/96, od 30.06. 1997. – Bilten SP VS FBiH 2/97-28.

¹¹⁵ VS BiH, Pž. 289/86, od 05.11. 1986. – Bilten SP VS BiH 4/86-3.

¹¹⁶ KS Sarajevo – Bilten SP KsS 1/2002, str. 21.

Ako je prvi ugovor o zakupu stana zaključen na period kraći od godinu dana, trajanje zakupa se produžava na godinu dana, koliko čl. 59. st. 2. ZSO, propisuje kao minimalno trajanje zakupnog odnosa (čl. 106. ZOO)¹¹⁷.

b. Tumačenje ugovora

Zaključenjem ugovora ugovorne strane preuzimaju određena prava i obaveze. Ponekad je sporno šta su ugovarači svojim izjavama volja htjeli da postignu. Pojedine ugovorne odredbe mogu biti sporne. U ovakvim slučajevima potrebno je tumačenjem ugovora istražiti zajedničku namjeru ugovornih strana. Tumačiti se mogu samo punovažno zaključeni ugovori i to najčešće samo njegove pojedine odredbe. Jasne i nesporne odredbe ne mogu biti predmet tumačenja¹¹⁸, nego se one primjenjuju kako glase.

Postoje različiti načini tumačenja ugovora, a najpoznatiji su. Subjektivno tumačenje (subjektivna kriterijum ili subjektivna teorija) poklanja isključivu pažnju volji ugovornih strana. Odnosno cilj tumačenja je pronaći zajedničku volju ugovornih strana. Objektivno tumačenje (objektivni kriterijum ili objektivna teorija) veću pažnju poklanja značenju upotrijebljenih riječi i radnji s obzirom na njihovo uobičajeno značenje u pravnom prometu.

ZOO, kao i većina drugih savremenih zakonodavstava, usvaja mješovito tumačenje. Prema ovom kriterijumu pri tumačenju spornih odredbi ne treba se držati doslovnog značenja upotrijebljenih izraza, već treba istražiti zajedničku namjeru ugovarača i odredbu tako razumjeti kako to odgovara načelima obligacionog prava (čl. 99. st. 2. ZOO).

Hipotetički slučaj:

P (koji se profesionalno bavi prodajom automobila) prodaje K-u automobil marke MX za ugovorenu cijenu od 27.000 KM. U ugovoru stoji odredba da P priznaje K-u za njegov stari automobil marke M iznos od 7.000 KM. Poslije zaključenog ugovora K prodaje svoj stari automobil trećem licu T-u za 10.000 KM i isti mu predaje u posjed. Poslije isporuke novog automobila (marke MX) P zahtjeva od K isplatu 20.000 KM i predaju starog automobila ili umjesto auta primljenu cijenu (10.000 KM). K je spreman isplatiti P-u samo iznos prodajne cijene od 27.000 KM. S pravom?

Obrazloženje:

U ovom slučaju mora se istražiti zajednička volja ugovornih strana. Ovdje se može raditi o ugovoru o prodaji ili ugovoru o razmjeni (sa naplatom razlike). Ukoliko se radi o razmjeni P bi mogao zahtjevati predaju stvari (starog automobila). Međutim, iz sadržaja ugovora se vidi da se P bavi prodajom automobila, tako da je njemu u interesu da dobije gotov novac nego manje novca i još jedan stari automobil. Može se isto zaključiti da je ugovorena cijena

¹¹⁷ Stav Građansko-privrednog odjeljenja VS BiH, od 24.06. 1986. – Bilten SP VS BiH 2/86, str. 33.

¹¹⁸ Tako i pravilo iz člana 994 OIZ: “Što svak jednako razumije, tome tumača ne treba”.

27.000 KM, a da je pravo K (ali ne i obaveza) da on prilikom isplate cijene (što mu je primarna obaveza) uračuna i vrijednost svog polovnog automobila. Koju će od alternativa K koristiti (facultas alternativa) na njemu je da odluči. **U ovom slučaju radi se o ugovoru o prodaji i K je ovlašten da isplati punu ugovornu cijenu bez predaje starog auta.**

U slučaju kada je ugovor zaključen prema unaprijed odštampanom sadržaju, ili kad je ugovor na drugi način pripremljen i predložen od jedne ugovorne strane, nejasne odredbe tumačiće se u korist druge strane (čl. 100. ZOO).

Za opšta pravila tumačenja može se reći da dvosmislene ili nejasne klauzule treba tumačiti onako da one više ide u prilog njihovog punovažnog dejstva. Ovo isto važi i za tumačenje cjelokupnog ugovora, jer se pretpostavlja da su ugovorne strane zaključujući ugovor htjele da on bude valjan¹¹⁹. Isto tako, kod tumačenja ugovora mora se voditi računa i o međusobnom povjerenju ugovornih strana, brižljivosti, kao i savjesnosti i poštenju¹²⁰. Prema čl. 101. ZOO nejasne odredbe u ugovoru bez naknade treba tumačiti u smislu koji je manje težak za dužnika, a u teretnom ugovoru u smislu kojim se ostvaruje pravičan odnos uzajamnih davanja.

Hipotetički slučaj:

Anton i Boris su komšije i s vremena na vrijeme jedan drugome pomažu oko određenih poslova. Ipak moglo bi se reći da je u zadnje dvije – tri godine Boris više pomagao Antonu nego ovaj njemu (Boris je vrsni mehaničar). U maju Anton je dao Borisu mašinu za savijanje lima. O uslovima (eventualnog) povrata nisu se ništa posebno dogovorili. Poslije pet mjeseci Anton traži vraćanje mašine nazad, jer ju je on (prema njegovim riječima) dao samo na posudbu. Boris odbija vraćanje mašine ističući da nema govora o posudbi, nego da mu je Anton dao mašinu kao razliku za sve one usluge koje mu je Boris u zadnje vrijeme učinio.¹²¹

Pitanje: Riješite nastali spor?

I. Između strana (Antona i Borisa) je sporno da li je zaključen ugovor o posudbi ili o naknadi za izvršene poslove (djelo). Od rješenja ovog pitanja zavisi i rješenje slučaja.

II. Između strana nema izričitog sporazuma o kakvom se pravnom poslu (ugovoru) radi, ali se volja za sklapanje ugovora može izjaviti riječima, uobičajenim znacima ili drugim ponašanjem iz kojeg se sa sigurnošću može zaključiti o njezinu postojanju

III. Iz tumačenja volje i ponašanja stranaka ne može se zaključiti da je zaključen ugovor o djelu, nego više da se radi o ugovoru o posudbi. Naime, strane su (kao komšije) i prije pomagale jedna drugoj što je uobičajena pojava, te se u nedostatku izričite volje ne može pretpostaviti da je mašina data kao

¹¹⁹ U tom smislu i § 914 OGZ-a

¹²⁰ O tome npr. uzansa br. 3 OUPR, čl. 524 OIZ, § 242 BGB.

¹²¹ Vrhovni sud Srbije, Rev. 684/98.

protunaknada za pruženu komšijsku pomoć. Isto tako, nejasne odredbe u ugovoru bez naknade (posudba) treba tumačiti u smislu koji je manje težak za dužnika (Antona), a u teretnom ugovoru (djelo) u smislu kojim se ostvaruje pravičan odnos uzajamnih davanja (čl. 101. ZOO).

IV. Dalje, ako jedna strana vjeruje da se radi o posudbi a druga o djelu, tada se radi o nesporazumu (čl. 63. ZOO) i u tom slučaju ugovor ne nastaje. Iz ovoga proizilazi i obaveza strane (Boris) koja je nešto primila (mašinu) da to i vrati, jer tu stvar drži bez pravnog osnova.

Sudska praksa:

Kod tumačenja ugovora sud se ne ograničava samo na objašnjavanju riječi i izraza u ugovoru, nego se ispituje i zajednička namjera stranaka i ugovor mora razumjeti tako kako odgovara poštenju i savjesnosti u pravnom prometu.¹²²

Ugovorna klauzula prema kojoj povjerilac pristaje da za dio cijene izvršene usluge primi avalirane mjenice sa rokom dospijeća od 60 dana od nastanka dužničko-povjerilačkog odnosa, te da na tako plaćeni dio cijene nema pravo na zatezne kamate, predstavlja sporazum ugovornih strana o produženja roka plaćanje cijene do dospijeća mjenice, a nema karakter odricanja od prava na zatezne kamate koje teku od docnje dužnika.¹²³

Pošto je prodavalac po samom zakonu obveznik plaćanja poreza na promet nepokretnosti, ugovornu obvezu kupca da će on platiti porez na promet treba shvatiti tako da će nadoknaditi prodavcu iznos koji ovaj plati u ispunjenju poreske obaveze.

Zato pravo prodavca da zahtijeva ovu naknadu nastaje i dospijeva tek kada on plati porez.¹²⁴

Nejasne odredbe tipskog ugovora o prodaji stana za tržište koji je unaprijed pripremila i predložila na prihvaćanje pravna osoba koja se bavi prodajom stanova za tržište valja tumačiti u korist kupca stana.¹²⁵

¹²² Vs RS, Rev. 81/94, od 12.9.1994. i Rev. 53/95 od 15.3.1996. – Bilten 1/1999 – 54.

¹²³ Vs BiH, Pž. 361/86, od 18.02.1987. – Bilten SP Vs BiH 2/87 – 19.

¹²⁴ Vs BiH, Rev. 180/85, od 16.05.1985. – Bilten Vs BiH 2/85 – 12.

¹²⁵ Vs H, Rev. 1201/86, od 12.11.1986. – Psp 33- 79.

B. POSEBNA DEJSTVA DVOSTRANIH UGOVORA

1. PROMIJENJENE OKOLNOSTI

Hipotetički slučaj 1.

Rafinerija (R) je sa zakupcem (Z) zaključila ugovor o zakupu benzinske pumpe na period od 10 godina, s tim da Z, pored plaćanja zakupnine, na benzinskoj pumpi prodaje isključivo R-ove naftne derivate i da ostvarenu dobit R i Z dijele (npr. u omjeru 50% - 50%). Zbog poremećaja na tržištu i administrativnih mjera R nije u mogućnosti Z-a snabdijevati naftnim derivatima. R bi želio održati ugovor ali pod drugačijim uslovima. Hoće li s tim uspjeti?

Hipotetički slučaj 2.

Atif (A) i Branko (B) su zaključili ugovor kojim se A obavezao za određenu cijenu iskopati bunar (ili tome slično). Ali, rad je trajao duže vrijeme jer izvršilac (A) nije mogao naći vodu, a i zemlja je bila tvrđa nego što se to (objektivno) moglo pretpostaviti. A je završio posao u koji je uložio više napora i rada nego što je to na početku mogao pretpostaviti. A želi veću naknadu zbog promjenjenih okolnosti. S pravom?

Hipotetički slučaj 3.

Štediša (Š) je sa bankom (B) 15.06.2001. godine, zaključio ugovor o oročavanju deviznih sredstava na rok od 36. mjeseci sa kamatom od 12,5%. Poslije toga B je potpisala sporazum zajedno sa ostalim bankama o visini kamatnih stopa koja ne mogu biti veće od 10%. Banka zahtijeva raskid ugovora o oročavanju sredstava zbog promijenjenih okolnosti, čemu se Š protivi. Hoće li B uspjeti sa svojim zahtjevom?

Prilikom zaključenja određenog ugovora ugovorne strane moraju imati u vidu određene okolnosti koje mogu utjecati na valjano ispunjenje preuzetih obaveza. Kod pojedinih ugovora između vremena zaključenja i izvršenja ugovora može proći duži vremenski period. U tom periodu mogu nastati veće ili manje promjene u odnosu na okolnosti koje su ugovorne strane imale u vidu kad su zaključivale ugovor. Postavlja se pitanje utjecaja novih okolnosti na važnost i dalje izvršenje zaključenog ugovora.

U našem pravu promjena okolnosti (klauzula *rebus sic stantibus*) prvi se put uvažava u Opštim uzansama za promet robom¹²⁶. Zakonom o obligacionim odnosima regulisano je pitanje promjenjenih okolnosti i to u čl. 133 – 136. Da bi se govorilo o promijenjenim okolnostima, potrebno je da su te okolnosti nastupile nakon zaključenja ugovora, a zatim da su te okolnosti takve da otežavaju ispunjenje

¹²⁶ Ove uzanse donesene su 1954. godine i primijenjivale su se na ugovore zaključene između privrednih organizacija. Promijenjene okolnosti bile su regulisane pod nazivom "Izmjena i raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti", i to u uzansama br. 55 – 59.

obaveze jedne ugovorne strane ili se zbog tih okolnosti ne može ostvariti svrha ugovora.

Npr., povećanje kamatne stope za 1 – 2 % ne bi predstavljalo promijenjene okolnosti, ali povećanje cijena na tržištu za više od 20 % je već okolnost o kojoj bi sud morao voditi računa.

Dalji uslov koji se mora ostvariti je da je nakon nastupanja novih okolnosti očigledno da ugovor više ne odgovara očekivanjima ugovornih strana i da bi ga po općem mišljenju, bilo nepravično održati na snazi. Taj dodatni uslov se primjenjuje bez obzira da li se radi o otežavanju ispunjenja obaveze ili onemogućavanju postizanja svrhe ugovora.

Na promijenjene okolnosti se ne može pozivati ona strana koja je te okolnosti morala uzeti u obzir prilikom zaključenja ugovora. Znači, okolnosti koje bi eventualno vodile raskidu ili izmjeni ugovora moraju biti nepredvidive i neotklonjive. Ako je dužnik u docnji, tada on ne može tražiti raskid ugovora, bez obzira što su nastupile okolnosti koje otežavaju ispunjenje obaveze.

Strana koja se poziva na promijenjene okolnosti mora tražiti raskid ugovora putem nadležnog suda. Ona može tražiti samo raskid, a ne i izmjenu ugovora. Pravo na zahtjev za izmjenu ugovora ostavljeno je drugoj, u ovom slučaju tuženoj strani. Ugovor se neće raskinuti ukoliko druga strana pristane da se ugovor pravično izmijeni.

Ako sud donese odluku o raskidu ugovora, tada će na zahtjev strane koja nije tražila raskid ugovora (nevine strane) obavezati drugu stranu (tužioca) da naknadi pravičan dio štete.

Postavlja se pitanje mogu li se ugovorne strane unaprijed odreći prava da se pozivaju na promijenjene okolnosti. Ovo je pitanje riješeno u članu 136. ZOO, i to tako što se kaže da se ugovorne strane mogu unaprijed odreći pozivanja na *određene* promjene okolnosti, osim ako to nije u suprotnosti sa načelom savjesnosti i poštenja.

Rješenje hipotetičkog slučaja 1.

I. Zaključen je ugovor o zakupu na određeno vrijeme i takav ugovor traje dok ne istekne ugovoreno vrijeme. Međutim, ovdje je po zaključenju ugovora došlo do promjenjenih okolnosti koje otežavaju ispunjenje R-ove obaveze.

II. R može tražiti da se ugovor raskine, ali druga strana (Z) može ponuditi da se ugovor pravično izmijeni. Na primjer, da Z nabavlja naftne derivate od drugih lica dok traju promjenjene okolnosti i sl. (člč. 133. st. 1 i 4. ZOO). Ako Z na to pristane sud će svojom odlukom pravično izmijeniti ugovor kojom se postiže svrha ugovora.

III. Raskid ugovora zbog promjenjenih okolnosti moguće je ako se ispune objektivni i subjektivni elementi. Objektivni elementi su:

- otežano ispunjenje obaveze jedne strane ili
- nemogućnost ostvarivanja svrhe ugovora, a u oba slučaja je potrebno da ugovor prema općem mišljenju ne odgovara očekivanjima ugovornih strana.

Prema subjektivnom elementu: raskid ugovora ne može zahtijevati ona ugovorna strana koja je u vrijeme zaključenja ugovora bila dužna da uzme u obzir te okolnosti ili ih je mogla izbjeći ili savladati (čl. 133. st. 2. ZOO).

Rješenje hipotetičkog slučaja 2.

I. U ovom slučaju zaključen je ugovor o djelu koji je od strane izvođača radova (A) u cijelosti ispunjen. Istovremeno A želi veću naknadu i to zbog promjenjenih okolnosti.

*II. Izvođač (A) postavio je zahtjev za plaćanje razlike u cijeni tek poslije okončanja, odnosno poslije ispunjenja svoje obaveze u cijelosti. **S obzirom da je A u cijelosti ispunio svoju ugovornu obavezu to on ne može zahtijevati niti raskid ugovora niti izmjene ugovora zbog promjenjenih okolnosti.** Odrebe čl. 133 i 134. predviđaju samo one situacije koje su nastupile poslije zaključenja ugovora, a takve okolnosti otežavaju ispunjenje obaveze, a na ove okolnosti strana se ne može pozivati kad je ugovor ispunila nego prije ispunjenja. U ovom slučaju izvođaču ne pomaže ni čl. 624. st. 3. ZOO.*

Rješenje hipotetičkog slučaja 3.

I. U ovom slučaju zaključen je ugovor o oročavanju novčanih sredstava sa fiksnom kamatnom stopom. Usporedbom kamatne obaveze tužitelja (banke - B) iz Ugovora i Sporazuma banaka nedvojbeno je da su kamatne obaveze prema Ugovoru teže od onih iz Sporazuma. Ova promjena uslijedila je nakon zaključenja Ugovora između B i Š.

II. Logično pravno pitanje koje se nameće glasi: da li su samim tim – nastupanjem promijenjenih okolnosti nakon zaključenja Ugovora – ispunjene pretpostavke za raskid Ugovora?

III. Prema odredbi iz st. 2. čl. 133. ZOO raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti ne može se zahtijevati ako je strana koja se poziva na te okolnosti bila dužna u vrijeme zaključenja ugovora uzeti u obzir te okolnosti, ili ih je mogla izbjeći ili savladati. Tužitelj B je ove okolnosti mogao izbjeći, i to na dva načina: a) tako da je umjesto fiksne kamatne stope ugovorio promjenjivu kamatnu stopu i/ili b) da nije zaključio Sporazum, odnosno da mu nije pristupio.

*IV. Zaključak: **nisu ispunjene pretpostavke za raskid ugovora.***

Sudska praksa:

Ne može se tražiti raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti nakon ispunjenja ugovorne obaveze. U ovom slučaju između parničnih stranaka zaključen je ugovor o djelu. Po završetku posla tužilac je podnio konačni obračun (viši od ugovorenog) i postavio zahtjev za plaćanje razlike u cijeni. Sud je odbio ovakav zahtjev tužioca¹²⁷.

¹²⁷ VS BiH, Pž. 255/88, od 25.04.1989. – Bilten SP VS BiH 2/89-41. Isto tako i VS S, broj Prev.81/99. – Bilten 2/1999.

Promjena propisanih kamatnih stopa nije okolnost koju banka kao ugovorna strana iz ugovora o deviznom štednom ulogu nije mogla predvidjeti¹²⁸.

Znatno povećanje cijena (220% plaće i 600% cijena materijala) u razdoblju od osam mjeseci može biti razlog zbog kojeg izvođač ima pravo zahtijevati raskid ugovora¹²⁹.

Izmijenjen je ugovor o građenju u pogledu visine cijene u prvobitno ugovorenom roku za ispunjenje ugovora, ako je prije isteka ovog roka izvođač dopisom zatražio povišenje cijene pozivajući se na promijenjene okolnosti, stavljajući do znanja da će u suprotnom raskinuti ugovor, a naručilac u odgovoru na dopis pristao da se razlika u cijeni odredi po kriterijima iz čl. 637. ZOO¹³⁰.

Odredbe o raskidu ili izmjeni ugovora zbog promijenjenih okolnosti primjenjuju se kod dvostrano obveznih ugovora pa se stoga neće primijeniti na ugovor o darovanju. Naime, u ovom sporu tužilac (otac) zatijeva raskid ugovora o poklonu (zbog promijenjenih okolnosti nastalih poslije zaključenja ugovora) zaključenim s tuženim (sinom), kojim ugovorom je tuženom poklonio određene nekretnine. To čini zbog nezahvalnosti, jer je utvrđeno da je sin nakon učinjenog poklona tužiocu nanio lake tjelesne povrede (utvrđeno u krivičnom postupku). Tužilac neće uspjeti sa ovako postavljenim tužbenim zahtjevom, jer se u ovom slučaju ne mogu primijeniti odredbe o promijenjenim okolnostima zato što se te odredbe primjenjuju samo kod ugovora sa naknadom (teretnih ugovora). Ugovor o poklonu, po svojoj pravnoj prirodi, ne predstavlja dvostrano obvezni teretni ugovor.¹³¹

Naručilac specijalnih uređaja izrađenih po posebnoj narudžbi i skici poručioaca, ne može zahtijevati raskid ugovora nakon izrade uređaja, a prije isporuke dijela naručene robe, pozivom na promijenjene okolnosti, ako je on mogao u vrijeme zaključenja ugovora predvidjeti poremećaje na tržištu koji su doveli do eliminisanja upotrebe naručenih uređaja.¹³²

Sporazum o naknadi za ekspropisane nekretnine zaključen pred organom uprave može se raskinuti po odredbama Zakona o obligacionim odnosima¹³³. Naime, sporazum o naknadi zaključen pred nadležnim organom uprave po odredbama Zakona o eksproprijaciji ima karakter poravnanja kojim stranke uređuju međusobna prava i obaveze nastale povodom eksproprijacije nekretnina. Za poravnanje važe odredbe Zakona o obligacionim odnosima koje se odnose na dvostrane ugovore, te je tužilac ovlašten pobijati zaključeni sporazum zbog izmijenjenih okolnosti.

Pravosnažno odbijanje tužbenog zahtjeva da se zbog promijenjenih okolnosti raskine ugovor nije zapreka da se s istim zahtjevom pokrene nova parnica zbog naknadno promijenjenih okolnosti.¹³⁴

¹²⁸ VS RH, Rev. 2521/95, od 07.02.1996. – Izbor odluka 2/1996-10/53.

¹²⁹ VTS RH, I Pž. 3456/93-2, od 23.08.1994. Praxis 2.

¹³⁰ VS BiH, Pž. 555/88, od 16.11. 1989. – Bilten SP VS BiH 1/90-59.

¹³¹ VSH, Rev. 2154/86. od 05.05. 1987. PSP – 36.

¹³² VS BiH, Pž.532/90, od 23.04. 1991. – Bilten SP VS BiH 3/91 – 41.

¹³³ VS BiH, Rev. 130/88, od 19.05. 1988. – Bilten SP VS BiH 3/88 – 30.

¹³⁴ VS H, Rev. 1281/85, od 23.10. 1985. – PSP 30 – 101.

2. PREKOMJERNO OŠTEĆENJE (laesio enormis)

Hipotetički slučaj 1.

P je K-u, 15. maja 2001. godine, prodao nekretninu za 50.000 KM, a stvarna vrijednost nekretnine iznosila je 80.000 KM. P smatra da je nekretninu prodao za suviše nisku cijenu i 20. juna 2002. godine traži poništenje ugovora zbog prekomjernog oštećenja. Hoće li uspjeti sa zahtjevom?

*Hipotetički slučaj 2.*¹³⁵

P je K-u prodala nekretninu (kuću i zemljište oko 10.000 m²) za prodajnu cijenu od 20.000 KM. P je u poodmakloj životnoj dobi, živi sama na selu i nije znala za realnu vrijednost nekretnine (oko 60.000 KM). Realnu vrijednost cijene je saznala tek kad je 15 dana poslije zaključenja ugovora pokušala kupiti jednosoban stan (oko 40.000 KM). P se interesira za svoja prava?

*Hipotetički slučaj 3.*¹³⁶

P želi prodati svoju nekretninu i između nekoliko ponuda odlučio se za ponudu kupca K, koja je iznosila 30% manje od visine druge dvije ponude. Dogovorom sa K-om P je ostao stanovati u prizemlju kuće do isplate pune cijene. Poslije izvjesnog vremena P želi raskinuti ugovor smatrajući da je oštećen zbog nižeg iznosa prodajne cijene. Hoće li uspjeti sa svojim zahtjevom?

*Hipotetički slučaj 4.*¹³⁷

Prodavac P je dao oglas za prodaju tri umjetničke slike. Na taj oglas javilo se više lica, a kupcu K koji je prvi došao prodao je i predao jednu sliku za 10.000 KM. Poslije toga, od drugih zainteresiranih lica kao i od nekih poznanika, saznao je da prodana slika vrijedi više od 50.000 KM. P želi poništiti ugovor zbog prekomjernog oštećenja. Hoće li uspjeti u sporu?

Jedno od osnovnih načela obligacionog prava je načelo jednake vrijednosti davanja (čl. 15. ZOO). To znači da kod dvostranih ugovora jedna strana za svoju činidbu dobiva odgovarajuću protučinidbu. Zakonom su predviđene određene pravne posljedice kada se povrijedi ovo načelo i to kod prekomjernog oštećenja (čl. 139. i 140. ZOO) i zelenaškog ugovora (čl. 141. ZOO).

Prekomjerno oštećenje postoji kad je između obaveza ugovornih strana koje proizlaze iz dvostranih ugovora u vrijeme zaključenja tih ugovora postojala očigledna nesrazmjera. U tom slučaju oštećena strana može zahtijevati poništenje

¹³⁵ Usporedi sa Odlukom VS BiH, Rev. 236/87. od 11.02. 1988. – Bilten SP VS BiH 2/88 – 18.

¹³⁶ Vidi VS BiH, Rev. 118/88, od 08.12. 1988. – Bilten SP VS BiH 1/89 – 37.

¹³⁷ Vidi VS RH, Rev. 1281/91, od 20.06. 1991. Izbor 93.

ugovora ako za pravu vrijednost tada nije znala niti je morala znati. Da bi se radilo o prekomjernom oštećenju, moraju biti ispunjene određene pretpostavke, i to:

◆ Mora se raditi o dvostranom, odnosno naplatnom (teretnom) ugovoru. Prekomjerno oštećenje nije moguće kod dobroćinih ugovora, kod igara na sreću, javne prodaje, kao ni onda kada je za stvar plaćena viša cijena zbog posebne naklonosti prema toj stvari. Isto tako, ne može se tražiti poništenje ugovora o poravnanju zbog prekomjernog oštećenja (čl. 1094. ZOO).

◆ Između obaveza mora postojati očigledna nesrazmjera. Zakonom nije pobliže propisano šta se smatra "očiglednom nesrazmjerom" tako da je to faktičko pitanje koje će sud utvrđivati u svakom konkretnom slučaju. Očigledna nesrazmjera mora postojati u momentu zaključenja ugovora. U našem pravu do donošenja ZOO primjenjivan je institut oštećenja (prikrate) za više od polovine¹³⁸. Prema pravnim pravilima, kad vrijednost onoga što je jedna strana dala nije dostizala ni polovinu vrijednosti onoga što je ona primila, imala je pravo tražiti raskidanje ugovora i uspostavu ranijeg (prijašnjeg) stanja.

◆ Oštećena strana nije znala niti je morala znati za pravu vrijednost stvari (davanja), tj. oštećena strana nije znala za postojanje nesrazmjernosti.

Prava oštećene strane. Oštećena strana ima pravo tražiti da se ugovor poništi zbog prekomjernog oštećenja. Taj zahtjev oštećena strana može ostvariti podizanjem tužbe ili isticanjem prigovora na zahtjev za ispunjenje obaveze. Zahtjev za poništenje ugovora mora se podnijeti u roku od godinu dana, računajući od dana zaključenja ugovora, a ne od dana saznanja za prekomjerno oštećenje¹³⁹. Ovaj rok je prekluzivan.

Oštećena strana može tražiti samo poništenje, a ne i izmjenu ugovora. Međutim, druga strana može održati ugovor na snazi, i to tako što će ponuditi da ona dopuni svoju činidbu do prave vrijednosti. Druga strana, a ne oštećena, ima mogućnost izbora (*facultas alternativa*), i to tako što će pristati na poništenje ugovora ili će dopuniti svoju činidbu do stvarne vrijednosti i tako održati ugovor na snazi.

Mogu li se ugovorne strane unaprijed odreći prava na poništenje ugovora zbog prekomjernog oštećenja? Prema članu 139. st. 3. ZOO odricanje unaprijed od ovog prava nema pravni učinak¹⁴⁰.

Rješenje hipotetičkog slučaja 1.

I. U ovom slučaju zaključen je ugovor o prodaji pod relativno nepovoljnim uslovima za prodavca, jer je nekretninu očito nepovoljno prodao.

II. Ako prodavac uspije dokazati da je nesrazmjera između uzajamnih davanja postojala u vrijeme zaključenja ugovora (objektivni element) i da on kao oštećena strana pravu vrijednost nekretnine nije znao niti je morao znati (subjektivni element).

¹³⁸ Vidjeti §§ 934. i 935. OGZ-a, kao i §§ 559. i 600. SGZ-a, tzv. *laesio ultra dimidium*.

¹³⁹ Prema pravnim pravilima iz § 1487 OGZ-a i § 937 SGZ-a poništenje ugovora moglo se tražiti u roku od tri godine računajući od dana zaključenja ugovora.

¹⁴⁰ Prema § 935 OGZ-a i § 560 SGZ-a ugovarači su se mogli odreći prava pozivanja na promijenjene okolnosti.

U ovom slučaju se ne može reći da postoji očigledan nesrazmjer (čl. 139. st. 1. ZOO).

III. Ali, bez obzira na to da li postoji ili ne očigledna nesrazmjera uzajamnih davanja, **prodavac P je zakasnio sa podnošenjem tužbe**. Naime, oštećena strana (P) zahtjev za poništenje ugovora mora podnijeti u roku od godine dana od zaključenja ugovora (čl. 139. st. 2. ZOO).

Rješenje hipotetičkog slučaja 2.

I. U ovom slučaju zaključen je ugovor o prodaji nekretnine, koji je odmah realiziran.

II. S obzirom na prezentirano činjenično stanje može se tvrditi da postoji očita nesrazmjera između vrijednosti uzajamnih davanja. **P može zahtijevati poništenje ugovora** i to: zbog očite nesrazmjere između uzajamnih davanja (objektivni kriterij) i neznanja oštećene strane za postojanje tog nesrazmjera (subjektivni kriterij).

Rješenje hipotetičkog slučaja 3.

I. Iz utvrđenog činjeničnog stanja da se zaključiti da P želi poništiti ugovor zbog prekomjernog oštećenja.

II. S takvim zahtjevom P će teško uspjeti. On je zaista prodao nekretninu nešto jeftinije nego što joj je bila tržišna vrijednost (30%), ali je druga strana (K) pristala na modificovane uslove prodaje. Naime, prodavac je mogao još određeno vrijeme koristiti prodatu nekretninu.

III. U našem slučaju **nisu ispunjeni uslovi za pobijanje ugovora** zbog očigledne nesrazmjere uzajamnih davanja (čl. 139. ZOO).

Rješenje hipotetičkog slučaja 4.

I. Prodavac P (u ovoj pravnoj stvari tužilac) očito je prodao sliku ispod njene stvarne vrijednosti. Prema odredbi člana 139. st. 1. ZOO ako je između obaveza ugovornih strana u dvostranom ugovoru postojala u vrijeme zaključenja ugovora očigledna nesrazmjera, oštećena strana (u našem slučaju P) može zahtijevati poništenje ugovora ako za pravu vrijednost nije znala, niti je morala znati.

II. Međutim, **prodavac P neće uspjeti sa svojim zahtjevom** jer je on morao prije nego je objavio prodaju slika, odnosno prije nego je zatražio kupoprodajnu cijenu znati vrijednost slike koju prodaje, a ne da vrijednost slike utvrđuje nakon što ju je prodao.

Sudska praksa:

Ne postoji razlog za poništenje ugovora o prodaji zbog prekomjernog oštećenja ako je prodavac prodao stvar za nižu cijenu ali pod povoljnijim drugim uslovima nego što su mu nudila druga lica¹⁴¹.

¹⁴¹ VS BiH, Rev. 118/88, od 08.12. 1988. – Bilten SP VS BiH 1/89-37.

Zbog prekomjernog oštećenja tuženik ne može pobijati ugovor prigovorom u parnici, već jedino podnošenjem tužbe radi donošenja konstitutivne odluke o poništenju ugovora¹⁴².

Prodavac koji je kupcu na licu mjesta pokazao međe prodane površine zemljišta, može pobijati ugovor zbog prekomjernog oštećenja ako je bio u zabludi u pogledu površine zemljišta, a cijena je određena po metru kvadratnom¹⁴³.

Kad je između obaveza ugovornih strana postojao u vrijeme sklapanja ugovora očiti nesrazmjer, a druga strana ponudi dopunu do prave vrijednosti, ne može se u parnici s osnovom ustrajati kod zahtjeva za poništenje ugovora, već su ispunjene pretpostavke za preinačenje tužbe u skladu s kojom će sud obavezati dužnika na isplatu novčane svote u visini razlike između ugovorne cijene i prave vrijednosti¹⁴⁴.

Kad su stranke u ugovor o prodaji unijele manji iznos cijene od stvarno ugovorene, prodavac može zahtijevati izvršenje ugovora u visini stvarno ugovorene cijene koja je odlučna i za pitanje postojanja prekomjernog oštećenja¹⁴⁵.

3. ZELENAŠKI UGOVOR

Hipotetički slučaj

P (penzionerka, starija osoba, živi sama i bez bliže je rodbine) je zaključila ugovor o prodaji stana svojim komšijama K i to za ugovorenu cijenu od 30.000 KM, pod uslovom doživotnog korištenja predmetnog stana. U pismeni ugovor nije unijeta obaveza K-a da P-a nakon njene smrti sahrane, iako su strane takav sporazum postigle. P želi naknadno u ugovor ubaciti klauzulu kojom se K-a obavezuju istu sahraniti poslije njene smrti, što K-a odbijaju. Inače tržišna vrijednost stana u vrijeme zaključenja ugovora o prodaji iznosila je oko 100.000 KM. P se interesira za svoja prava?

Prema čl. 141. st. 1. ZOO zelenaški ugovor je takav ugovor kojim jedno lice koristeći se stanjem nužde ili teškim materijalnim stanjem drugog, njegovim nedovoljnim iskustvom, lakomislenošću ili zavisnošću, ugovori za sebe ili za nekog trećeg korist koja je u očiglednoj nesrazmjeri sa onim što je on drugom dao ili učinio, ili se obavezao da će dati ili učiniti. Da bi jedan ugovor bio zelenaški, moraju postojati za to određene pretpostavke i to:

◆ Između činidbe i protivčinidbe mora postojati očigledna nesrazmjera i to u vrijeme zaključenja ugovora i

¹⁴² VS RH, Rev. 369/94, od 09.03. 1994. – Izbor odluka 2/1995 – 22/65.

¹⁴³ VS BiH, Rev. 699/89, od 28.06. 1990. – Bilten SP VS BiH 4/90-39.

¹⁴⁴ VS RH, Rev. 1809/90, od 16.04. 1991. – Izbor odluka 1993 – 59/90.

¹⁴⁵ VS H, Rev. 2099/85, od 09.04. 1986. – PSP 32 – 80.

- ◆ Jedna je strana iskoristila određeno stanje nužde druge ugovorne strane.

Oštećena strana mora dokazati navedene pretpostavke i ako ih dokaže ima pravo tražiti poništenje ugovora. Međutim, oštećena strana može zahtijevati da se njena obaveza smanji na pravičan iznos. Ako sud nađe za shodno, on će udovoljiti zahtjevu oštećene strane i u tom slučaju će ugovor, sa promjenom, ostati na snazi. Oštećena strana mora ovaj zahtjev podnijeti u roku od pet godina računajući od dana zaključenja ugovora.

Rješenje hipotetičkog slučaja

I. U ovom slučaju zaključen je ugovor o prodaji s pravom doživotnog uživanja nekretnine. Ali, u pismeni ugovor nisu unijeti svi elementi (dogovori, sporazumi) stranaka o kojima su oni postigli usmenu saglasnost.

II. Iz činjeničnog stanja može se zaključiti da su K iskoristili nedovoljno iskustvo P-a, njenu lakomislenost, te činjenicu da je stara i bolesna osoba. P je osnovano očekivala da će je K-a poslije smrti sahraniti jer nema bliže rodbine. Prometna vrijednost stana je daleko veća od ugovoreno cijene, pa ni činjenica da P ima pravo doživotnog uživanja ne mijenja puno na stvari, jer se pretpostavlja da se K-ova obaveza, s obzirom na P-ovu bolest i godine, javlja kao očigledna nesrazmjera u odnosu na to da K za relativno mali novca dobijaju stan.

*III. U ovom slučaju K-a su iskoristili stanje nužde i neznanje druge strane, njenu zavisnost i za sebe ostvario nesrazmjernu korist, što se javlja kao zelenaški ugovor. Posljedica toga je, da je **ugovor o prodaji zaključen između P i K ništav**, shodno čl. 141. ZOO.*

Sudska praksa:

Ugovorena kamata od 14% i 15% na mjesečnom nivou na glavnici u devizama je špekulativna kamata bez odgovarajućeg pokrića iz međusobnih odnosa po ugovoru o oročavanju deviznih sredstava, pa je zbog toga ugovor u tom dijelu za kamatu preko iznosa domicilne stope ništav¹⁴⁶.

Okolnost da je rok isplate ugovorene cijene (za otkupljeno grožđe) određen sedam mjeseci nakon isporuke, ne ukazuje sama po sebi na zelenaški karakter ugovora¹⁴⁷.

Nagodba koja ima svojstvo zelenaškog ugovora ništava je i stoga ne utječe na pravo i obavezu stranaka koje su je sklopile¹⁴⁸.

¹⁴⁶ VS S, broj Prev. 728/97. – Bilten 1/1998.

¹⁴⁷ VS H, Rev. 626/90, od 12.07. 1990. – PSP 52.

¹⁴⁸ VS RH, Rev. 2519/94, od 02.04. 1997. – Izbor odluka 2/1997 – 58.

Okolnosti koje nastupe nakon sklapanja ugovora, a koje otežavaju ispunjenje obaveze jedne strane, nisu odlučne za ocjenu je li neki ugovor zelenaški ili nije. To je zato što je za ocjenu radi li se o zelenaškom ugovoru potrebno da ugovor već u vrijeme njegova sklapanja ima sve objektivne i subjektivne elemente propisane odredbom čl. 141. ZOO. Naknadno otežanje ispunjenja obaveze može biti razlog za raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti u smislu čl. 133. ZOO, ali ne i razlog za poništaj ugovora kao zelenaškog¹⁴⁹

4. PRAVO ZADRŽAVANJA

Pravo zadržavanja (*ius retentionis*) je pravo povjerioca da nakon dospelosti potraživanja zadrži dužnikovu stvar, koja je u njegovom posjedu, sve dok mu ne bude isplaćeno to potraživanje. Ako dužnik ne ispuni svoju obavezu, povjerilac se može namiriti iz zadržane stvari istim postupkom kao založni povjerilac. Pravo zadržavanja je također jedno od sredstava obezbjeđenja ispunjenja ugovornih obaveza, jer je povjerilac ovlašten zadržati dužnikovu stvar u svojim rukama, sve dok mu dužnik ne ispuni obavezu.

Da bi se povjerilac mogao koristiti pravom zadržavanja, potrebno je da se ispune određene pretpostavke:

- ◆ Povjeriočevo potraživanje mora biti *dospjelo*. Kad je jedno potraživanje dospjelo regulirano je u čl. 314. i sl. ZOO. Izuzetak od dospelosti potraživanja predviđen je za slučaj kada je dužnik postao nesposoban za plaćanje. U takvoj situaciji povjerilac ne mora čekati na dospelost potraživanja da bi se mogao služiti pravom zadržavanja.

- ◆ Pravo zadržavanja se može vršiti na *stvari*. Stvar mora imati određenu prometnu vrijednost, jer se u protivnom ne bi mogla prodati. ZOO ne određuje da li ta stvar mora biti pokretna i nepokretna. Smatramo da stvar može biti kako pokretna, tako i nepokretna.

- ◆ Stvar mora biti u *posjedu povjerioca*.

Da bismo lakše razumjeli pravo zadržavanja, poslužimo se jednim primjerom.

A (zakupodavac) je izdao B-u (zakupoprimalac) u zakup poslovne prostorije za mjesečnu zakupninu od 500 KM, na rok od 5 godina. A je vlasnik nekretnine. Tokom trajanja zakupa B je uz A-ovu suglasnost uložio 5 000 KM u adaptaciju prostora. Nakon isteka roka od 5 godina A traži povrat nekretnine. B ne želi vratiti nekretninu dok mu A ne isplati iznos od 5 000 KM za uloženu investiciju.

Ima li B pravo zadržati nekretninu, odnosno nakon isteka roka odbiti vratiti istu A-u ili mora ostvarenje svojih prava tražiti u novoj parnici, u kojoj će se on pojaviti kao tužilac?

¹⁴⁹ VS RH, Rev. 1243/91, od 25.06. 1991. - Izbor odluka 1993 – 91.

Ovdje se, prije svega, postavlja pitanje *sticanja prava retencije*, i to na nekretnini, odnosno može li se retencija sticati samo na pokretnim stvarima ili može i na nekretninama. Vidjeli smo da se pravo zadržavanja odnosi na stvar i to: i na pokretnu i na nepokretnu. B ne može biti iseljen iz poslovnih prostorija prije nego što mu A isplati 5 000 KM. Naime, pravo zadržavanja (pravo retencije) ima dvije funkcije:

- ◆ služi kao *sredstvo prinude* koje osigurava uredno ispunjenje obaveze od strane dužnika – čl. 286. ZOO (u ovom slučaju protiv A – zakupodavca, da isplati 5 000 KM); i
- ◆ služi kao *sredstvo namirenja potraživanja* iz zadržane stvari, ako dužnik (A) ne namiri svoju obavezu (čl. 289. ZOO).

Kod prava zadržavanja se postavlja i pitanje da li stvar koja je u posjedu povjerioca i koju on “zadržava”, mora poticati iz istog obligacionog odnosa iz kojeg povjerilac ima potraživanje prema dužniku. Drugim riječima je li *koneksitet* uslov prava zadržavanja.

Prema pravnim pravilima, a i prema nekim zakonima donosenim prije ZOO¹⁵⁰, koneksitet je uslov prava zadržavanja¹⁵¹.

ZOO ne zahtijeva koneksitet kod ovog prava i dužnik ne može povjeriocu istaknuti prigovor da stvar koja je u njegovom posjedu nije predmet obligacije (pravnog posla) čije namirenje traži povjerilac. U posebnom dijelu ZOO se navode neki ugovori kod kojih se najčešće javlja pravo zadržavanja, npr. pravo poslenika (izvođača radova, preduzimača) na stvarima naručioca kod ugovora o djelu¹⁵²; pravo prijevoznika na stvarima predatim na prijevoz kod ugovora o prijevozu¹⁵³ i u drugim slučajevima¹⁵⁴.

Povjerilac koji drži dužnikovu stvar ima se pravo namiriti iz vrijednosti te stvari na isti način kao založni povjerilac, s tim da je povjerilac (retinent) dužan o svojoj namjeri pravovremeno obavijestiti dužnika.

Od prava zadržavanja postoje i izuzeci navedeni u članu 287. ZOO-a. Tako povjerilac nema pravo zadržavanja stvari koje su od dužnika oduzete protiv njegove volje. Povjerilac ne može zadržavati ni one stvari koje su mu predate na čuvanje ili poslugu. Isto tako, povjerilac ne bi mogao zadržati ni dužnikovu punomoć, isprave, legitimacije i slične stvari. Predmet zadržavanja ne mogu biti ni one stvari koje se ne mogu izložiti prodaji.

Pravo zadržavanja prestaje isplatom potraživanja ili nekim drugim načinom prestanka obaveze. Pravo zadržavanja prestaje i faktičkim gubitkom vlasti (posjeda) nad stvari.

¹⁵⁰ Npr., prema članu 46 Zakona o advokaturi (“Sl. list FNRJ” broj 15/57), advokat je mogao zadržati novac od svog klijenta prema kome on ima potraživanje do visine troškova i naknade za zastupanje.

¹⁵¹ Vidi npr. §§ 471 i 970 OGZ-a.

¹⁵² Član 628. ZOO.

¹⁵³ Član 679. ZOO

¹⁵⁴ Vidi npr. članove 736. st. 2.; 763.; 809.

Hipotetički slučaj:

Adnan je kod svog poznanika i prijatelja Bojana ostavio, bez naknade, na čuvanje određeni građevinski materijal. Kada je Adnan došao po svoje stvari Bojan ih je odbio dati ističući da će ih on zadržati kod sebe sve dok mu Adnan ne plati raniji dug po osnovu ugovora o zakupu. Nezadovoljan ovakvim postupkom Adnan podnosi tužbu nadležnom sudu tražeći da sud obaveže Bojana da mu vrati građevinski materijal. Kakvu će odluku donijeti sud?¹⁵⁵

Obrazloženje:

I. U ovom slučaju zaključen je ugovor o besplatnoj ostavi između Adnana (ostavodavca) i Bojana (ostavoprimca). Bojan ne želi vratiti građevinski materijal, jer protiv Adnana ima dospjelo potraživanje iz njihovog dugog obligacionog odnosa (ugovor o zakupu). Znači Bojan se želi koristiti institutom prava zadržavanja.

II. Prema odredbi člana 286. st. 1. ZOO povjerilac dospjelog potraživanja (Bojan) u čijim se rukama nalazi neka druga dužnikova (Adnan) stvar (građevinski materijal) ima pravo zadržati je dok mu ne bude isplaćeno potraživanje.

III. Međutim, prema odredbi člana 287. st. 1. ZOO povjerilac nema pravo zadržavanja kad dužnik zahtijeva da mu se vrati stvar koja je izašla iz njegove državine protiv njegove volje, ili kad dužnik zahtijeva da mu se vrati stvar koja je predata povjeriocu na čuvanje ili na poslugu.

IV. Rješenje: Adnan je predao Bojanu stvar na čuvanje, tako da je Bojan ne može zadržati dok mu ne bude isplaćeno njegovo potraživanje iz nekog drugog odnosa prema Adnanu. Bojan je dužan vratiti Adnanu primljene stvari (građevinski materijal).

Sudska praksa:

Budući da Zakon o obligacionim odnosima ne čini izuzetak (član 286 – 289. i 725.) u načelu se može steći pravo zadržavanja na osnovnim sredstvima. Ali s obzirom da ovo pravo ovlašćuje povjerioca da se naplati iz vrijednosti predmeta prava zadržavanja na isti način kao i založni povjerilac, to pravo se ne može steći na stvarima koja su osnovno sredstvo dužnika ukoliko su neophodna za vršenje njegove djelatnosti (čl. 210 i 211. ZIP-a).¹⁵⁶

Nasljednici nemaju pravo zadržavanja na stvari koja je bila objekat prava doživotnog uživanja ostavioca.

Iz obrazloženja

U konkretnom slučaju primjenjuje se institut prava zadržavanja. Prema odredbi čl. 38. st. 7. Zakona o osnovnim-svojinsko pravnim odnosima, koja je u saglasnosti sa odredbom člana 287. ZOO, pravo zadržavanja nema nesavjesni posjednik, a i savjesni posjednik postaje nesavjestan od trenutka kad mu je tužba dostavljena (čl. 39. st. 7. ZOSPO-a). Prema odredbi čl. 287. ZOO povjerilac nema pravo zadržavanja kada

¹⁵⁵ VS FBiH, Pž. 78/97, od 10.6. 1997. – Bilten SP VS FBiH 2/97 – 38.

¹⁵⁶ Stav sjednice Građansko-privrednog odjeljenja Vrhovnog suda BiH, od 26.2. 1988. – Bilten SP VS BiH 1/88 – 121.

dužnik zahtijeva da mu se vrati stvar koja je iz njegove državine izašla protiv njegove volje. Naime, ostavilac tuženog imao je pravo doživotnog uživanja na predmetnoj zgradi, koje se ugasilo njegovom smrću (strogo lično pravo), što znači da tuženi zadržava predmetne nekretnine bez pravnog osnova, protivno volji tužioca, pa nedostaje pravna pretpostavka za sticanje prava zadržavanja. Tuženi je bio dužan nakon smrti ostavioca, kada se ugasilo pravo doživotnog uživanja, koje je bilo usko vezano za ostavioca, preda zgradu tužiocu bez obzira što prema njemu ističe zahtjev za isplatu novčanog potraživanja.¹⁵⁷

Pravo zadržavanja može postojati (i) na nekretninama ako se smiju izložiti prodaji.¹⁵⁸

Pravo zadržanja (retencije) pripada samo savjesnom posjedniku.¹⁵⁹

5. POBIJANJE DUŽNIKOVIH PRAVNIH RADNJI

Hipotetički slučaj 1:

Tužilac T pobija ugovor o poklonu zaključen između Dušana D (T-ovog dužnika) i Dušanove supruge S, kojim ugovorom je Dušan poklonio svu svoju imovinu supruzi. Zbog toga T ne može da naplati od D-a svoje potraživanje u iznosu od 20.000 KM. Hoće li tužilac T uspjeti sa tužbom?¹⁶⁰

Hipotetički slučaj 2:

Predrag (povjerilac, P) potražuje od Dragana (dužnika, D) 50.000 KM. Tarik (treći, T) je od D-a kupio kuću za 80.000 KM i odmah isplatio cijelu kupoprodajnu cijenu. T se uknjižio kao vlasnik kuće, ne znajući za postojanje D-ovog duga prema P-u. P je tužio T-a i D-a, tražeći naplatu svog potraživanja u iznosu od 50.000 KM. Kakvu će odluku donijeti sud?

Obligacioni odnos je relativan odnos i on se, u pravilu, ne tiče trećih lica (*res inter alios acta*). To dalje znači da povjerilac iz jednog obligacionog odnosa ne može svog(a) dužnika ograničiti u njegovom pravu, da on i s drugim licima zaključuje pravne poslove (npr. ugovore). Međutim, nesavjestan dužnik može zloupotrijebiti slobodu zaključenja ugovora i to tako da s drugim licima zaključuje ugovore (teretne ili besplatne) u cilju onemogućavanja naplate već dospjelih potraživanja drugih lica. Naime, dužnik može drugom licu fiktivno prodati ili pokloniti svoju imovinu i na taj način postati insolventan. U takvim slučajevima povjerilac neće moći realizirati svoje pravo (npr. naplatiti potraživanje), jer dužnik nema imovine, a za neizvršenje obaveze moguće je prema dužniku poduzeti samo imovinske sankcije, a ne i sankcije na ličnosti (npr. dužnički zatvor). Da bi se dužniku onemogućilo otuđenje imovine i olakšala naplata povjeriočevih potraživanja, data je mogućnost povjeriocu da, pod izvjesnim uslovima, pobija dužnikove pravne radnje učinjene na štetu povjerioca.

¹⁵⁷ VS BiH, Gvl. 19/89, od 25.1. 1990. – Bilten SP VS BiH 2/90 – 24.

¹⁵⁸ VS H, Rev. 829/87, od 17.9. 1987. – PSP 39 – 64.

¹⁵⁹ VS H, Gzz. 35/87, od 20.1. 1988. – PSP 39 – 53.

¹⁶⁰ VS RH, Rev. 1342/98, od 11.11. 1999. – Izbor odluka 1/2000 – 16.

Pobijanje dužnikovih pravnih radnji regulirano je u čl. 280 – 285. ZOO. Prije donošenja ZOO na ovu materiju primjenjivana su pravna pravila Zakona o pobijanju pravnih djela izvan stečaja iz 1931. godine¹⁶¹. Pobijanje dužnikovih pravnih radnji može se javiti u stečaju i izvan stečaja. ZOO regulira samo one slučajeve kad nije pokrenut stečajni postupak. Svrha pobijanja izvan stečaja je namirenje jednog povjerioca i pravna radnja se samo prema njemu proglašava nevažećom i to samo do iznosa potrebnog za namirenje njegovog potraživanja. Pobijanje u stečaju se vrši da bi se namirili svi povjerioci, a pravna radnja se u potpunosti poništava i vrijednost raspolaganja se u cijelosti vraća u stečajnu masu¹⁶². Mi ćemo obraditi samo pobijanje izvan stečaja.

Pobijanje dužnikovih pravnih radnji je institut obligacionog prava putem kojeg svaki povjerilac dospelog potraživanja može pobijati pravnu radnju svog dužnika koja je poduzeta na štetu povjerioca. Pobijanjem se povjerilac miješa u pravne poslove svog dužnika i to u onim slučajevima kad se dužnikova imovinska aktiva smanjila ili pasiva povećala, a povjerilac se iz preostale dužnikove imovine ne može u potpunosti namiriti. Povjerilac će najčešće tužbom zahtijevati pobijanje dužnikovih pravnih radnji i to tako što će tražiti da se dužnikove pravne radnje oglase prema njemu bez pravnog dejstva i to u onom obimu koji je potreban da se povjeriočevo potraživanje u potpunosti podmiri. Za razliku od rimskog prava u našem pravu povjerilac ima pravo pobijanja bez obzira da li je njegovo potraživanje nastalo prije ili poslije pobijane radnje dužnika.

Povjerilac koji vrši pobijanje zove se **pobijač**, a njegov zahtjev je usmjeren protiv trećeg lica s kojim je dužnik poduzeo osporavanu pravnu radnju. To treće lice naziva se **protivnik pobijanja**. Pobijanje se može vršiti tužbom ili prigovorom. Ako se pobijanje vrši tužbom nesporno je da se treće lice javlja kao pasivno legitimirana strana, jer je na njega prešla imovinska korist dužnikovom pravnom radnjom. Pod “trećim licem” se podrazumjevaju univerzalni i singularni pravni sljednici protivnika pobijanja. Univerzalni sljednici jednog fizičkog lica su njegovi nasljednici, dok se kao univerzalni sljednici pravnog lica javljaju odgovarajući pravni subjekti koji su preuzeli prava i obaveze pravnog lica koje je prestalo postojati. Singularni sljednici su ona lica na koja je treće lice (protivnik pobijanja) prenio stečenu korist (npr. treće lice zaključi ugovor s novim licem). Ako je treće lice korist primljenu od dužnika dalje otuđilo moramo razlikovati da li je to otuđenje izvršeno teretnim ili besplatnim poslom. Ako je korist stečena od dužnika prenesena na pribavioca (singularnog sljednika) teretnim poslom tužba se protiv njega može podnijeti samo pod uslovom da je on znao da se pribavljanje njegovih prethodnika moglo pobijati. Ako je pribavilac korist stekao besplatnim pravnim poslom tužba se protiv njega može podići bez obzira da li je on znao ili nije znao da se pribavljanje njegovih prethodnika moglo pobijati.

Ako je nesporno da se treće lice mora naći u ulozi tužene strane, sporno je da li pored njega, treba tužiti i dužnika. Mišljenja o tome su podijeljena. Jedni¹⁶³ smatraju da se kao tužena strana može javiti samo treće lice ili umjesto njega njegovi univerzalni ili

¹⁶¹ Vidi čl. 4. Zakona o nevažnosti pravnih propisa donijetih prije 6. aprila 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije (“Sl. list FNRJ”, broj 86/46.).

¹⁶² Više o tome: B. Marković, U Komentaru Zakona o obligacionim odnosima (Redaktori: B. Blagojević – V. Krulj), Beograd, 1980., str. 700 i 701.

¹⁶³ B. Vizner, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Zagreb, 1978., str. 1130 i 1131.; M. Vedriš – P. Klarić, Građansko pravo, Zagreb, 2000., str. 169.

singularni pravni sljednici, a da dužnika ne treba tužiti jer je on ionako insolventan. Drugi¹⁶⁴ smatraju da pored trećeg treba tužiti i dužnika, jer u kondemnatornom dijelu tužbenog zahtjeva, u pravilu, postoji deklaracija o postojanju potraživanja, a utvrđivanje postojanja potraživanja može biti upućeno samo prema dužniku. Smatramo da je drugo mišljenje ispravnije i da pored protivnika pobijanja treba tužiti i dužnika, jer će često u postupku utvrđivanja biti potrebno utvrditi i znanje dužnika da preduzetom radnjom oštećuje povjerioca, a to se u postupku može utvrditi samo ako se dužnik javlja kao tužena strana.

Pobijanje dužnikovih pravnih radnji, mada rjeđe, može se vršiti i tako što će povjerilac istaći prigovor protivniku pobijanja. Pobijanje prigovorom moguće je u dvije situacije. Prvo, u onim slučajevima kad protivnik pobijanja traži od dužnika ispunjenje obaveze (npr. predaja stvari), a povjerilac prigovorom pobija to traženje. Druga je situacija kad je protivnik pobijanja stekao starije i jače pravo na nekom predmetu koji se nalazi u dužnikovoj imovini i zahtijeva da se taj predmet izuzme od izvršenja, a povjerilac ističe prigovor protivniku pobijanja da je on to pravo stekao dužnikovom pravnom radnjom koja podliježe pobijanju (npr. protivnik pobijanja stekao stvar na osnovu ugovora o poklonu s dužnikom)¹⁶⁵.

5.1. Uslovi pobijanja

Za uspješno pobijanje dužnikovih pravnih radnji potrebno je da se ispune opći i posebni uslovi pobijanja i to na taj način što se opći uslovi pobijanja moraju kumulativno ispuniti, a od posebnih uslova dovoljno je da se ispuni alternativno bilo koji od uslova. Opći uslovi pobijanja su: dospjelost povjeriočevog potraživanja i pravna radnja dužnika preduzeta na štetu povjerioca. Posebni uslovi pobijanja sadržani su u četiri posebne paulijanske tužbe i to: doložna, kulpozna, porodična i kvazi paulijanska tužba.

a. Opći uslovi pobijanja

aa. Dospjelost potraživanja.

Prema članu 280. st. 1. ZOO da bi povjerilac mogao pobijati dužnikove pravne radnje potrebno je da je njegovo potraživanje dospjelo. Potraživanje se smatra dospjelim od momenta kad povjerilac može tražiti njegovo izvršenje, a istovremeno dužnik je obavezan ispuniti dužnu činidbu¹⁶⁶.

Naravno povjerilac ne može uvijek i odmah da pobija dužnikove pravne radnje ako ima dospjelo potraživanje prema njemu, jer bi u tom slučaju povjerilac zloupotrebjavao svoje pravo. Povjerilac koji ima dospjelo potraživanje mora u postupku pobijanja dokazati insolventnost dužnika. Ako ne uspije dokazati insolventnost dužnika povjerilac neće uspjeti sa zahtjevom za pobijanje pravnih radnji.

¹⁶⁴ A. Radolović, Pobijanje dužnikovih pravnih radnji, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, br. 2/1999., str. 637.

¹⁶⁵ B. Marković, op. cit. str., 720.

¹⁶⁶ O dospelosti potraživanja vidjeti čl. 314 – 318. ZOO.

Prema ZOO svaki povjerilac koji ima dospjelo potraživanje može pobijati dužnikove pravne radnje i to bez obzira kad je nastalo njegovo potraživanje; prije ili poslije dužnikove pravne radnje.

a.b. Pravna radnja dužnika na štetu povjerioca.

Da bi povjerilac mogao pobijati pravne radnje dužnika, takve radnje moraju biti poduzete na štetu povjerioca. To su sve radnje kojima se umanjuje dužnikova imovina, tj. tim radnjama se smanjuje aktiva ili povećava njegova pasiva. Kao dužnikove pravne radnje koje se mogu pobijati će se najčešće javljati pravni poslovi, zatim faktičke radnje i na kraju dužnikova propuštanja. Od pravnih poslova najčešće će se raditi o teretnim ili dobroćinim ugovorima. Povjerilac može pobijati i dužnikovo propuštanje pod uslovom da je zbog takvog propuštanja dužnik izgubio neko materijalno pravo ili je za njega nastala materijalna obaveza. Kao tipična dužnikova propuštanja napomenimo: neisticanje prigovora zastarjelosti, neprijavlivanje potraživanja u stečajnu masu, nepodnošenje žalbe i sl. S druge strane ne mogu se pobijati dužnikove radnje kojima je on propustio da poveća svoju imovinu (npr. dužnikovo odbijanje da zaključi ugovor o poklonu ili da opozove poklon zbog neblagodarnosti poklonoprimeca i sl.).

Povjerilac može pobijati samo one pravne radnje koje su učinjene na njegovu štetu. To će biti u onim slučajevima kad je dužnik raspolagao svojom imovinom, a preostala imovina nije dovoljna da se povjerilac u potpunosti namiri. Naime, potrebno je da je dužnik insolventan i to baš zbog toga što je raspolagao sa svojom imovinom. Ako dužnik posjeduje imovinu iz koje se povjerilac može namiriti, tada on ne može pobijati dužnikove pravne radnje.

Da bi postojalo oštećenje povjerioca njegovo potraživanje mora biti dospjelo, a istovremeno i dužnik mora biti insolventan. Kad je potraživanje dospjelo a dužnik insolventan, tada je zakonska pretpostavka da je dužnikovo raspolaganje usmjereno na oštećenje povjerioca. U takvim slučajevima tuženi ne može dokazivati suprotno, jer prema čl. 280. st. 2. ZOO smatra se da je pravna radnja preduzeta na štetu povjerioca ako usljed njenog izvršenja dužnik nema dovoljno sredstava za ispunjenje povjeriočevog potraživanja.

Oštećenje povjerioca je uvijek individualno i vezano je za određenog povjerioca i za tačno određeno potraživanje. Ako povjerilac želi da se naplati za više svojih potraživanja, a dovoljno mu je da pobije jednu dužnikovu radnju, tada će on morati podnijeti onoliko tužbi koliko ima posebnih potraživanja bez obzira što pobija samo jedan dužnikov akt. Isto tako ako dva ili više povjerilaca pobijaju istu dužnikovu radnju morat će podnositi svaki za sebe posebnu tužbu i posebno dokazivati ne samo dospjelost svoga potraživanja nego i insolventnost dužnika¹⁶⁷. Pobijanje dužnikovih pravnih radnji ne sprječava ni činjenica da je treće lice steklo izvršni naslov ili je svoj zahtjev u potpunosti naplatio od dužnika.

b. Posebni uslovi pobijanja

¹⁶⁷ B. Marković, op. cit., str. 706 i 707.

Kako smo već napomenuli, da bi povjerilac uspio sa zahtjevom za pobijanje pravnih radnji, potrebno je da se pored općih uslova ispuni i jedan od posebnih uslova. Posebni uslovi se tiču objektivnih i subjektivnih okolnosti na strani dužnika i protivnika pobijanja, te posebnih rokova podizanja paulijanske tužbe. Isto tako razlikujemo da li se pobija teretno ili besplatno raspolaganje. Posebne uslove možemo podijeliti u četiri grupe, koje predstavljaju četiri razrađene latinske paulijanske tužbe.

aa. Doložna paulijanska tužba (*actio Pauliana dolosa*)

Podizanje doložne paulijanske tužbe moguće je u onim slučajevima kad je dužnik svjesno poduzeo pravnu radnju da takvom radnjom nanosi štetu povjeriocu. U tom smislu ZOO u čl. 281. st. 1. navodi da je “dužnik znao” da svojim raspolaganjem nanosi štetu svojim povjericima. Izuzev dužnikove namjere oštećenja povjerilaca kod doložne tužbe moraju se ostvariti i drugi uslovi.

Prije svega mora se raditi o *teretnom raspolaganju*, kod kojeg dužnik od protivnika pobijanja (druge strane) dobija određenu naknadu ili drugu protučinidbu za ono što daje toj strani. Teretno raspolaganje može biti preduzeto od dužnika ili njegovog zastupnika. Ako se radi o zakonskom zastupanju (npr. roditelji zastupaju dijete) svijest o nanošenju štete povjericima mora postojati kod zastupnika, a kod voljnog zastupanja putem punomoćnika povjerilac mora dokazati postojanje ove svijesti ili kod zastupnika ili kod zastupanog. Svijest o oštećenju povjerilaca radnjom koja se pobija, kod dužnika mora postojati u momentu preduzimanja te radnje¹⁶⁸.

Drugi uslov se tiče subjektivnog elementa protivnika pobijanja, odnosno trećeg lica. Naime, potrebno je da je i tom trećem licu bila poznata namjera dužnika da ošteti povjerioca. Tako se u čl. 281. st. 1. ZOO-a navodi da je “i trećem licu to bilo poznato”.

Povjerilac mora doložnu tužbu podnijeti u roku od godinu dana od poduzete pravne radnje, odnosno od dana kad je trebalo preduzeti propuštenu radnju¹⁶⁹.

bb. Kulpozna paulijanska tužba (*actio Pauliana culposa*)

Da bi povjerilac mogao podići tzv. kulpoznu paulijansku tužbu potrebno je isto tako da se ispune određeni uslovi:

Prije svega je potrebno da se, kao kod doložne tužbe, radi o teretnom raspolaganju dužnika na štetu povjerioca.

Zatim, da u vrijeme raspolaganja dužnik nije znao da pravnom radnjom (raspolaganjem) nanosi štetu svojim povjericima, ali je mogao znati da je upotrijebio pažnju dobrog domaćina, odnosno dobrog privrednika¹⁷⁰. S obzirom da je prilikom poduzimanja pravne radnje propustio upotrijebiti potrebnu pažnju, to je on odgovoran

¹⁶⁸ B. Marković, op. cit., str. 710 – 712.

¹⁶⁹ Prema pravnim pravilima Zakona iz 1931. godine, rok za podnošenje doložne tužbe iznosio je 10 godina računajući od učinjenog djela do tužbe.

¹⁷⁰ Član 18. ZOO.

za takvo svoje skrivljeno neznanje i zbog toga treba da snosi štetne posljedice svoje obične nepažnje (*culpa levis*)¹⁷¹.

Rok za podizanje kulpozne tužbe iznosi, kao i kod dolozne tužbe, godinu dana od dana kada je poduzeta pobijana radnja, odnosno od dana kada je trebalo poduzeti propuštenu radnju¹⁷².

Zakon o obligacionim odnosima je pravila o doloznoj i kulpoznoj paulijanskoj tužbi regulirao u jednoj odredbi (čl. 281. st. 1.), te je na taj način omogućio povjeriocu alternativno korištenje svog prava: prema čisto doloznim elementima ili prema čisto kulpoznim elementima ili kombinacijom ovih elemenata. Tako povjerilac može koristiti elemente iz dolozne i kulpozne tužbe ili ih kombinirati na taj način što će iz jedne tužbe uzeti jedan (npr. da je dužnik znao da oštećuje povjerioce), a iz druge tužbe drugi element (npr. da protivnik pobijanja nije znao da povjerilac želi oštetiti povjerioce, ali je iz okolnosti slučaja morao znati). Ovim je Zakon o obligacionim odnosima poboljšao položaj povjerioca.

cc. Porodična paulijanska tužba (*actio Pauliana familiaria*)

Kad dužnik poduzme pravnu radnju u korist svog bračnog druga (supruga) ili nekog člana bliže familije, tada se opravdano pretpostavlja da je takva radnja poduzeta na štetu povjerioca ako ne postoji dovoljno druge imovine iz koje bi se on mogao namiriti. U takvim slučajevima povjerilac može podići porodičnu paulijansku tužbu. Za uspjeh ove tužbe potrebno je da se ispune određeni uslovi:

Za uspjeh porodične paulijanske tužbe, kao i kod dolozne i kulpozne paulijanske tužbe, potrebno je da je protivnik pobijanja dužnikovu imovinu stekao teretnim raspolaganjem.

Zatim, da je pobijano raspolaganje učinjeno u korist dužnikovog bračnog druga (supruga), ili srodnika po krvi u pravoj liniji, ili u pobočnoj liniji do četvrtog stepena, ili po tazbini do istog stepena. Životno iskustvo pokazuje da insolventan dužnik često pokušava izbjeći svoje obaveze. U tom slučaju njemu je najlakše zaključiti teretan ili besplatan pravni posao sa nekim od članova svoje porodice. Na članove bliže dužnikove porodice Zakon, s pravom, gleda s određenim “podozrenjem”, ako dužnik s njima poduzima pravne radnje, te se zbog toga gore nabrojani članovi porodice često nazivaju “sumnjiva porodica” (*familia suspecta*)¹⁷³.

Kod porodične tužbe zakonska oboriva pretpostavka (*praesumptio iuris tantum*) je da su dužnik i članovi njegove “sumnjive porodice” znali da dužnik raspolaganjem nanosi

¹⁷¹ Prema Zakonu iz 1931. godine, da bi povjerilac uspio sa svojim zahtjevom kod dužnika se zahtijevao (tražio) teži stepen nepažnje, tj. povjerilac je morao dokazati da je dužnik postupao sa krajnjom nepažnjom (*culpa lata*).

¹⁷² Rok za podnošenje kulpozne paulijanske tužbe prema pravnim pravilima Zakona iz 1931. godine, iznosio je dvije godine.

¹⁷³ Prema odredbi § 4. Zakona iz 1931. godine, “sumnjivom porodicom” se označavaju bliski svojaci u koje pored bračnog druga spadaju lica koja su s dužnikom ili njegovim bračnim drugom u srodstvu ili tazbini u pravoj liniji ili do četvrtog stepena pobočne linije, zatim usvojenik (posinak, pokćerka), poočim ili pomajka, hranitelj ili hranjenik ili vanbračni drugu (koji s dužnikom živi u vanbračnoj zajednici).

štetu svojim povjeriocima. S tim u vezi povjerilac ne mora dokazivati svijest dužnika i protivnika pobijanja o nanošenju štete povjeriocu. Teret dokazivanja prebačen je na protivnika pobijanja koji mora dokazati da niti on, a niti dužnik nisu znali niti su mogli znati da se u vrijeme raspolaganja njime nanosi šteta povjeriocu. Protivnik pobijanja će vrlo teško uspjeti dokazati da ni on ni dužnik nisu mogli znati da se povjeriocu dužnikovim raspolaganjem nanosi šteta.

Porodična paulijanska tužba se mora podnijeti u roku od tri godine od poduzimanja pravne radnje ili od kad je trebalo poduzeti propuštenu radnju¹⁷⁴.

dd. Kvazipaulijanska tužba

Kvazipaulijanskom tužbom se pobijaju besplatna raspolaganja dužnika na štetu povjerioca. Ako dužnik besplatnim raspolaganjem dovodi sebe u insolventno stanje tako da nije u mogućnosti ispuniti svoje obaveze prema povjeriocima, tada se pretpostavlja da i on i treće lice znaju da se ovakvim radnjama nanosi šteta. Ova pretpostavka je neoboriva (*praesumptio iuris et de iure*) i protivnik pobijanja ne može dokazivati suprotno, tj. on ne može dokazivati da dužnik i on nisu znali da se raspolaganjem nanosi šteta povjeriocima. Ovo je sasvim opravdano, jer dužnik ne može poklanjati svoju imovinu na teret svojih povjerilaca. Prije svega dužnik je dužan podmirivati svoje obaveze, pa tek potom činiti poklone.

Da bi uspio s tužbom povjerilac mora dokazati da je dužnik besplatno raspolagao svojom imovinom i on tužbu mora podnijeti u roku od tri godine, od poduzimanje pravne radnje, odnosno od dana kad je trebalo poduzeti propuštenu radnju¹⁷⁵. Pod besplatnim raspolaganjem posebno se podrazumijevaju ugovor o poklonu, odricanje od nasljedstva, oprost duga, beskamatni zajam, preuzimanje duga i sl.

Pobijati se, ipak, ne mogu sva besplatna raspolaganja dužnika. Povjerioci ne mogu pobijati tri posebna vida ugovora o poklonu zaključena između dužnika, kao poklonodavca i trećeg lica kao poklonoprimeca i to: uobičajeni prigodni darovi, nagradni darovi i darovi učinjeni iz zahvalnosti. Ova besplatna dužnikova raspolaganja ne mogu se pobijati zbog toga što njima dužnik ispunjava određene moralne, socijalne, porodične ili druge dužnosti, odnosno zahtijeve pristojnosti. Pored toga, ovakvim raspolaganjima se dužnikova imovina značajno ne umanjuje, jer svi učinjeni pokloni moraju biti srazmjerni materijalnim mogućnostima dužnika. Koji pokloni su srazmjerni materijalnim mogućnostima dužnika je faktičko pitanje i sud će to cijeliti u svakom konkretnom slučaju. Ako se ustanovi da je dužnik učinjenim poklonima prekoračio uobičajenu visinu poklona pobijati će se samo to prekoračenje, a ne i cjelokupno raspolaganje¹⁷⁶.

5.2. Dejstvo pobijanja

¹⁷⁴ Prema pravnim pravilima rok za pobijanje kod porodične paulijanske tužbe iznosio je dvije godine.

¹⁷⁵ Prema pravnim pravilima Zakona iz 1931. godine, rok pobijanja besplatnih raspolaganja iznosio je dvije godine.

¹⁷⁶ B. Marković, op. cit., str. 719; B. Vizner, op. cit., 1128.

Pobijanjem dužnikovih pravnih radnji želi se dati mogućnost povjeriocu da naplati svoje potraživanje iz dužnikove imovine. Ako povjerilac uspije sa zahtjevom za pobijanje, tada dužnikova pravna radnja gubi dejstvo samo prema konkretnom povjeriocu i samo do onog iznosa koji je potreban za namirenje povjeriočevog potraživanja. Znači, pobijanje dužnikovih pravnih radnji djeluje relativno i to samo prema konkretnom povjeriocu, a prema svim drugim licima dužnikova pravna radnja proizvodi pravno dejstvo. Na primjer, *P potražuje od D-a 2.000 KM. D je T-u poklonio 10.000 KM. Kada je P želio naplatiti potraživanje ispostavilo se da D nema imovine (insolventan). P može pobijati ugovor o poklonu i to tako što će zahtijevati da se ugovor o poklonu u visini od 2.000 KM proglasi bez pravnog dejstva i da se P naplati iz tog dijela. U preostalom dijelu od 8.000 KM ugovor je valjan i T će moći zadržati tih preostalih 8.000 KM. Protivnik pobijanja može izbjeći pobijanje ako on ispuni dužnikovu obavezu. U tom slučaju dolazi do zakonske personalne subrogacije i na protivnika pobijanja prelazi povjeriočevo pravo.*

Pobijanje dužnikovih pravnih radnji ima određenih sličnosti, ali i razlika u odnosu na poboynost (rušljivost) ugovora. Pobijati ugovor može samo ugovorna strana, dok je na pobijanje dužnikovih pravnih radnji ovlašten dužnikov povjerilac koji nije učestvovao u pravnom odnosu koji se pobija. Ako strana koja se poziva na poboynost ugovora uspije sa svojim zahtjevom, tada taj ugovor ne proizvodi pravno dejstvo uopće i prema svim licima. S druge strane, ako pobijač uspije s pobijanjem dužnikovih pravnih radnji, tada takva radnja ne proizvodi pravno dejstvo samo prema povjeriocu (pobijaču) i samo do određenog iznosa koji je potreban za njegovo namirenje.

Na kraju treba napomenuti da su jednogodišnji i trogodišnji rokovi kod paulijanskih tužbi prekluzivni. Po proteku tih rokova povjerilac gubi pravo podnošenja tužbe, a sud na njih pazi po službenoj dužnosti. Na prekluzivne rokove se ne primjenjuju pravila o zastoju ili prekidu zastarijevanja.

Rješenje hipotetičkog slučaja 1:

I. Tužilac pobija ugovor o poklonu zbog toga što ne može naplatiti potraživanje od dužnika koji je cjelokupnu svoju imovinu poklonio supruzi. Očito je da je dužnik to učinio da bi onemogućio naplatu potraživanja tužioca.

II. Tačno je da povjerilac može pobijati pravnu radnju dužnika koja je preduzeta na štetu povjerioca (čl. 280. st. 1. ZOO). Međutim, prema odredbi člana 284. ZOO pobijani pravni posao dužnika i treće osobe (u ovom slučaju ugovor o poklonu) nije pravno nevaljan, već on gubi učinak samo prema tužiocu i samo koliko je potrebno za ispunjenje njegovih tražbina.

III. Zbog toga, tužilac u ovom sporu ne može uspjeti s paulijanskom tužbom kojom zahtijeva utvrđenje ništavosti pobijanog darovnog ugovora.

Rješenje hipotetičkog slučaja 2:

I. U postupku je nesporno utvrđeno da D duguje P-u 50.000 KM, te da je D svoju kuću prodao T-u. Isto je tako utvrđeno da T nije imao saznanja o pravnom odnosu između P-a i D-a.

II. P ima pravo pobijati pravne radnje D-a ako je u vrijeme raspolaganja T znao ili mogao znati da svojim radnjama (ugovor o prodaji) nanosi štetu povjeriocu P.

III. Obzirom da je u toku postupka utvrđeno da T u vrijeme zaključenja ugovora o prodaji **nije znao niti mogao znati** za D-ove dugove prema P-u, sud je pravilno postupio kad je **tužioca P-a odbio sa zahtjevom** da od T-a naplati svoje potraživanje iz vrijednosti nekretnine.

Sudska praksa:

*Ako dužnik izvrši svoju transformaciju u holding ili osnuje nova preduzeća i na njih prenese svoju imovinu i time onemogućí povjerioca da se u postupku izvršenja namiri iz njegove imovine, ispunjeni su uslovi za poništaj pravne radnje prenosa imovine na nova preduzeća.*¹⁷⁷

*Za pobijanje dužnikovih pravnih radnji nije pretpostavka da je vjerovnikovo potraživanje utvrđeno pravomoćnom presudom.*¹⁷⁸

*Izvršnost tražbine vjerovnika nije pretpostavka za pobijanje pravnih radnji dužnika.*¹⁷⁹

*Tužba za pobijanje pravnih radnji dužnika podnosi se protiv osobe s kojom je ili u čiju je korist poduzeta pravna radnja koja se pobija, odnosno protiv njezinih univerzalnih pravnih sljednika.*¹⁸⁰

*Da bi vjerovnik mogao sa uspjehom pobijati pravnu radnju dužnika poduzetu na njegovu štetu, potrebno je da tužitelj u tužbenom zahtjevu tačno navede visinu tražbine za koju pravna radnja dužnika gubi učinak prema tužitelju.*¹⁸¹

Iz obrazloženja:

Prema odredbi čl. 284. Zakona o obveznim odnosima, ako sud usvoji tužbeni zahtjev, pravna radnja dužnika gubi učinak samo prema tužitelju i to samo koliko je potrebno za ispunjenje njegovih potraživanja. Iz sadržaja ovog zakonskog propisa i po ocjeni ovog suda jasno proizlazi da je tužitelj u svom tužbenom zahtjevu dužan navesti koliko je to njegovo potraživanje zbog kojih pravna radnja tuženika gubi učinak prema tužitelju. Navođenje tužitelja da se radi o tražbini u ovršnom postupku pod brojem Ovr. 1257/99 doista nije navođenje tražbine na način kako to predviđa odredba čl. 284. ZOO i na temelju takvog zahtjeva tužitelja doista nije moguće usvojiti tužbeni zahtjev. Takav zahtjev mora biti tačno određen i tražbina mora biti tačno naznačena, jer upravo za taj iznos pravna radnja dužnika gubi učinak prema tužitelju. Zbog toga je i po ocjeni ovog suda pravilno postupio prvostupanjski sud kada je odbio tužbeni zahtjev tužitelja, čime je pravilno primijenio odredbu čl. 284. ZOO. Kako tužitelj u svojoj žalbi kao žalbeni razlog nije naveo pogrešno i nepotpuno utvrđeno činjenično stanje, ovaj sud žalbu tužitelja nije mogao ispitivati u odnosu na taj žalbeni razlog, a sve to temeljem odredbe čl. 365. st. 2. ZPP-a.

¹⁷⁷ Vs S, broj Prevl. 52/00. – Bilten 4/2000.

¹⁷⁸ Vs RH, Rev. 1074/98, od 4.7.2001. – Izbor odluka 2/2001 – 13.

¹⁷⁹ Vs RH, Rev. 836/90, od 13.6.1991. – Izbor odluka 1993 – 38/77.

¹⁸⁰ Vs H, Rev. 2730/82, od 5.5.1983. – Zips, broj 617, Psp 23 – 93.

¹⁸¹ Izbor odluka 1/2002 – 24.

6. UGOVOR U KORIST TREĆEG LICA

U pravilu, ugovori proizvode pravno dejstvo između ugovornih strana, i to tako što je dužnik obavezan ispuniti povjeriocu ugovorenu obavezu. Ugovor se može zaključiti i putem punomoćnika, ali i u tom slučaju ugovor djeluje samo prema gospodararu posla, odnosno davaocu punomoći, a ne prema punomoćniku, koji je u ime i za račun drugoga zaključio ugovor. Samo izuzetno, ugovor može proizvoditi određena dejstva i prema trećim licima. To se postiže ugovorom u korist trećeg lica.

Npr., A zaključi ugovor o osiguranju za slučaj smrti sa osiguravajućim društvom O u korist svoga sina S. Ako A smrtno strada, tada je O obavezan S-u isplatiti ugovorenu premiju osiguranja, mada S nije bio ugovorna strana.

Ugovorom u korist trećeg lica jedna ugovorna strana (dužnik – u našem slučaju O) obavezuje se drugoj ugovornoj strani (povjeric - A) da će izvršiti određenu radnju u korist trećeg lica (S). Ugovorna strana koja se obavezuje na izvršenje određene obaveze naziva se **promitent** ili **obećavalac**. Druga ugovorna strana (povjeric), koja sa dužnikom ugovara ispunjenje obaveze prema trećem licu naziva se **promisar** ili **stipulant**. Na kraju, treće lice u čiju se korist zaključuje ugovor naziva se **korisnik** ili **beneficijar**.

Korisnik može biti bilo koje lice, pa i ono koje nema poslovnu sposobnost. To je i razumljivo jer se od korisnika ne zahtijeva ispunjenje bilo koje obaveze, nego se u njegovu korist ugovaraju samo prava. U skladu s tim korisnik ne mora ni znati za postojanje ugovora u njegovu korist. Za valjanost toga ugovora ne zahtijeva se korisnikova saglasnost. Ali, korisnik je ovlašten odbiti prijem ispunjenja takvog ugovora, jer se nikome protivno njegovoj volji ne može nametnuti primanje poklona ili druge koristi. Ako korisnik odbije prijem ispunjenja, smatra se da ugovor nije ni zaključen. U tom slučaju, korist koja je bila ugovorena za treće lice pripada promisararu (stipulantu), ako šta drugo nije ugovoreno ili ne proizlazi iz prirode posla.

Kod ovog ugovora korisnik stječe pravo da od ugovarača (dužnika) zahtijeva ispunjenje obaveze. Isto tako, i promisar može zahtijevati od dužnika (promitenta) ispunjenje ugovorne obaveze prema trećem licu. Ugovor na temelju kojeg sam korisnik može zahtijevati od dužnika ispunjenje obaveze naziva se “pravi” ugovor u korist trećeg ili ugovor u korist trećeg u pravom smislu te riječi.

Za razliku od ovog, “pravog” ugovora u korist trećeg lica poznat je i “nepravi” ugovor u korist trećeg lica. Na osnovu “nepravog” ugovora u korist trećeg korisnik je ovlašten primiti, ali nije ovlašten tražiti prisilno ispunjenje obaveze.

Npr., A želi svojoj dugogodišnjoj poznanici P pokloniti za rođendan buket ruža. Iz tog razloga A kod cvjećara C naruči buket i ugovori da C taj buket odnese na kućnu adresu P-a.

U ovom slučaju P je ovlaštena da primi buket ruža, ali ga ona ne može zahtijevati. Samo je A ovlašten zahtijevati ispunjenje od C.

Naš ZOO je regulisao samo “pravi” ugovor u korist trećeg lica.

Već smo vidjeli da se ovakav ugovor zaključuje samo između promitenta (dužnika) i promisara (povjerioca), ali kod ovog ugovora postoje tri međusobna odnosa i to:

1) Odnos promitenta i promisara je odnos nastao iz osnovnog ugovora. Npr., na temelju ugovora o kupoprodaji, A (prodavac – promisar) prodava i preda stvar B (promitent - kupac), i oni se međusobno dogovore da B isplati cjelokupnu cijenu C-u. U ovom slučaju prava i obaveze A i B-a cijene se po njihovom osnovnom poslu, tj ugovoru o kupoprodaji. Na osnovu ovakvog ugovora i A i C su ovlašteni zahtijevati od B isplatu kupoprodajne cijene u korist C-a.

2) Iz odnosa promitenta i korisnika proizlazi pravo korisnika da od promitenta zahtijeva ispunjenje ugovorene obaveze. Korisnik je ovlašten da zahtijeva ispunjenje obaveze, ali on ne može utjecati na oblik i sadržaj ugovora jer on nije ugovorna strana. Promitent može isticati korisniku sve prigovore koje on ima prema promisaru (povjeriocu) a koji proizlaze iz osnovnog pravnog posla. Npr., promitent može istaći prigovor neurednog ispunjenja ili da stvar ima određene nedostatke i sl. Isto tako promitent može korisniku istaći i prigovore koje on ima prema njemu iz nekog drugog odnosa (npr. prigovor kompenzacije i sl.).

3) Međusobni odnos promisara i korisnika može biti različit, a temelji se na motivima zbog kojih promisar ugovara neko pravo u korist korisnika. To može biti poklon, isplata duga, davanje zajma i sl. Taj se odnos ne tiče promitenta i on na njega ne može utjecati.

Nasuprot ugovoru u korist trećeg lica bio bi ugovor na teret trećeg lica. Kada jedno lice obeća drugom licu da će treći nešto učiniti ili propustiti, to trećeg ne obavezuje. Ipak, ako bi drugo lice pretrpjelo štetu zbog toga što se treći nije obavezao, obećavalac bi bio dužan naknaditi nastalu štetu. Međutim, treći ne odgovara za štetu ukoliko se on samo obavezao da će se zauzeti kod trećeg da se taj treći obaveže da nešto učini ili propusti, pa u tome, i pored svog zalaganja, ne uspije (čl. 153. ZOO).

Hipotetički slučaj:

Radnik R je zaključio sa bolnicom B, u kojoj je inače stalno zaposlen, Ugovor o upućivanju zdravstvenog radnika na ugovoreni rad u inostranu bolnicu. Ugovorom je predviđena mjesečna plata R u iznosu od 1.000 DM, koje će plaćati inostrana bolnica. R je za period od 18 mjeseci primao mjesečnu platu u iznosu od 700 DM od inostrane zdravstvene ustanove.

Prava R?¹⁸²

Obrazloženje:

¹⁸² KS u Sarajevu – Bilten sp Ks S 3/1999, str. 23.

I. Obzirom da se ovdje radi o ugovornom odnosu između R i B, to R može postaviti zahtjev za nakandu štete samo prema B a ne prema inostranoj bolnici. Ugovornom odredbom tuženi B je obećao R da će mu inostrana bolnica isplatiti mjesečnu platu u iznosu od 1.000 DM.

II. U ovom slučaju pravilno je primjeniti čl. 153. st. 1. ZOO, jer prema toj odredbi regulisano je obećanje radnje treće osobe. Prema toj odredbi **obećavalac (B) odgovara za štetu koju bi drugi pretrpio zbog toga što treći neće da izvrši određenu (obećanu) radnju.**

Sudska praksa:

Ako jedno lice bez protunaknade kupi za trećeg određenu stvar tada predmet poklona nije kupljena stvar nego ona suma novca koja je plaćena prodavcu na ime kupovne cijene, pa ukoliko postoji razlog za opoziv poklona, poklonodavac može tražiti da mu poklonoprimac vrati tu sumu novca.¹⁸³

Kod ugovora o darovanju s nalogom treća osoba, u čiju se korist ima izvršiti nalog, može samostalno i neposredno zahtijevati od daroprimatelja ispunjenje ugovora.¹⁸⁴

Ne može se tražiti ispunjenje pismenog predugovora o kupovini nekretnina ako potpisi ugovarača nisu ovjereni u roku od šest mjeseci po stupanju na snagu Zakona o prometu nepokretnosti.¹⁸⁵

Valjan je ugovor kojim je ostavitelj ugovorio s bankom da za slučaj njegove smrti prava s njegovih računa kod te banke prelaze na određenu osobu (sestru).¹⁸⁶

Obećanje učinjeno drugom da će treći nešto učiniti ili propustiti, trećeg ne obavezuje, a obećavalac odgovara za štetu koju bi drugi pretrpio zbog toga što treći neće da se obaveže ili da izvrši ili propusti određenu radnju.¹⁸⁷

Kada jedan od organizatora muzičke turneje garantuje drugim ugovornim strankama da će obezbijediti određeni iznos sredstava od sponzora turneje, odgovara saugovaračima za štetu koju bi pretrpjeli ako sponzori ne uplate obećana sredstva.¹⁸⁸

¹⁸³ VS BiH, Rev. 60/89, od 21.09. 1989. – Bilten SP VS BiH 4/89 – 108.

¹⁸⁴ VS H, Rev. 118/84, od 25.04. 1984. – PSP 27 – 66.

¹⁸⁵ VS BiH, Rev. 362/87, od 21. 04. 1988. – Bilten SP VS BiH 3/88 – 16.

¹⁸⁶ VS RH, Rev. 960/90. – Izbor odluka 1993 – 166.

¹⁸⁷ VS S, broj Rev. 6310/97, od 28.04. 1998. – Gp, broj 6/00.

¹⁸⁸ VS BiH, Pž. 212/87, od 3.6. 1988. – Bilten SP VS BiH 2/88 – 19.

C. SREDSTVA OBEZBJEĐENJA UGOVORA

UVOD

Prilikom zaključenja ugovora obje ugovorne strane žele da svoja prava koja proizlaze iz takvog pravnog posla (ugovora) što je moguće lakše realiziraju. Ukoliko obje strane ispune svoje obaveze, tada je to priželjkivani način okončanja njihovog obligacionog odnosa. Međutim, događa se da jedna ili obje ugovorne strane nisu u mogućnosti ispuniti svoje obaveze ili da, protivno ugovoru, izvrše radnju koju su se obavezali propustiti. U ovakvim slučajevima jedna strana – povjerilac, može drugu ugovornu stranu - dužnika prisiliti na izvršenje svoje obaveze. Povjerilac mora podnijeti tužbu sudu radi ispunjenja ugovora ili eventualno tražiti naknadu štete zbog neispunjenja, odnosno zbog lošeg (nepravilnog) ispunjenja. Nakon toga, ukoliko dužnik dobrovoljno ne postupi po sudskoj odluci, povjerilac može tražiti, ponovo putem suda, prisilno izvršenje te odluke.

Tek okončanjem izvršnog postupka povjerilac je namiren, izuzev ako dužnik nije insolventan. Ukoliko je dužnik insolventan, povjerilac ni putem suda ne može ostvariti svoja prava. Da bi se izbjegli problemi vezani za neispunjenje ili neuredno ispunjenje ugovornih obaveza često se ugovaraju posebna sredstva kojima se obezbjeđuje pravilno ispunjenje ugovora.

Sredstva obezbjeđenja imaju jedinstvenu preventivnu funkciju jer jačaju prije svega povjeriočev položaj u obligacionom, odnosno ugovornom odnosu.

1. STVARNA SREDSTVA OBEZBJEĐENJA UGOVORA

Kod stvarnih sredstava obezbjeđenja povjerilac stiče stvarno pravo na stvari dužnika ili nekog trećeg. Ukoliko dužnik ne izvrši svoju obavezu, povjerilac se može namiriti iz tih stvari. U tom slučaju povjerilac je sigurniji, jer zna da se, ukoliko mu dužnik ne ispuni obavezu, može namiriti iz stvari koju drži kod sebe. Mi ćemo obraditi kaparu i zalogu.

1.1. Kapara

Hipotetički slučaj 1.

Prodavac (P) je usmeno zaključenim ugovorom prodao kupcu (K) poslovni prostor za ukupan iznos od 50.000 KM. K je tom prilikom, na ime kapare, predao P-u iznos od 5.000 KM. Poslije izvjesnog vremena P je trećem licu (T) prodao i predao poslovni prostor. K želi za sebe poslovni prostor, a ako to nije moguće traži povrat kapare u dvostrukom iznosu, jer je P odgovoran za neizvršenje prvozaključenog ugovora. Hoće li K uspjeti sa svojim zahtjevom?

Hipotetički slučaj 2.

Kupac K je s prodavcem P-om zaključio ugovor o prodaji automobila u iznosu od 15.000 KM. Prilikom zaključenja ugovora K je predao P-u iznos od 5.000 KM (ali nije rečeno na ime čega se daje taj iznos: na ime kapare ili kao djelimično ispunjenje ugovora). Ugovor nije izvršen krivicom P-a. K traži povrat dvostruke kapare. S pravom?

Hipotetički slučaj 3.

P i K su zaključili ugovor o prodaji vikendice. K je dao određeni novčani iznos na ime kapare, a ostatak novca se obavezao predati do 31.12.2002. godine, od novca koji dobije od prodaje kuće svoje supruge. Do navedenog vremena K-ova supruga nije uspjela prodati kuću, tako da K nije isplatio preostali iznos prodajne cijene. P želi zadržati primljenu kaparu, čemu se K protivi. Kako riješiti nastali spor?

Hipotetički slučaj 4.

P i K su se pismeno sporazumjeli da K preda P-u putnički automobil i 25.000 KM u zamjenu za P-ovu nekretninu. Istog dana K je predao P-u putnički automobil i 2.000 KM na ime kapare. K nije ispunio svoju ugovornu obavezu na vrijeme. Obzirom da K nije ispunio obavezu na vrijeme P želi raskinuti ugovor (primljene stvari: auto i nekretnina trebaju biti vraćene) i zadržati primljeni iznos novca na ime kapare. S pravom?

Hipotetički slučaj 5.

Prodavac P je prodao kupcu K kamion za 35.000 KM, a isti dan kupac je predao prodavcu 10.000 KM na ime kapare. Ostatak cijene kupac je trebao isplatiti u roku od 2 mjeseca. Međutim, kupac nije uspio sakupiti potreban novac tako da je prodavac odlučio zadržati kaparu. Kupac je nezadovoljan ovakvim ponašanjem prodavca i od suda traži sniženje kapare čemu se prodavac protivi. Riješite nastali spor?

Kapara (*arrha*) je određeni iznos novca ili drugih zamjenljivih stvari koje jedna ugovorna strana daje drugoj strani kao znak da je ugovor zaključen i u cilju obezbeđenja izvršenja ugovora. Kapara je akcesoran (sporedan) ugovor, gdje jedna ugovorna strana daje najčešće novac ili druge zamjenljive stvari. Budući da se radi o akcesornom ugovoru, on se može zaključiti najranije zajedno sa glavnim ugovorom. Isto tako, ugovor o kapari se može zaključiti i nakon zaključenja glavnog ugovora, ali ne i prije zaključenja glavnog ugovora.

Ugovor o kapari je realan ugovor, jer nije dovoljno da se ugovarači saglase samo o bitnim svojstvima ugovora, nego predmet ugovora (novac ili zamjenljiva stvar) mora biti predat drugoj ugovornoj strani. Ugovor o kapari nije zaključen ako su se ugovorne strane sporazumjele da će jedna od njih dati kaparu, pa se nakon toga kapara ne preda. Vrijedi napomenuti da je ZOO kod ugovora o kapari odstupio od načela konsenzualizma (*solo konsensu*) i ovaj ugovor regulirao kao realan, dok su drugi tradicionalno realni ugovori (npr. ugovor o zalozi, ugovor o zajmu, ugovor o ostavi) regulirani kao konsenzualni.

Kapara ima najmanje dvije svrhe, a uslovno se može reći da ima i tri.

Prvo, kapara je znak da je ugovor zaključen. Kapara nije uslov nastanka ugovora. Ugovor (glavni) nastaje i bez kapare, ali ukoliko se dokaže da je data kapara, samim tim je dokazano i da je zaključen ugovor. U antičkom pravu davanje kapare je bila i manifestacija prema trećim licima da je ugovor zaključen.

Drugo, kapara služi obezbjeđenju ispunjenja ugovora i svrha kapare je da se podstakne dužnika na ispunjenje obaveze. U pravilu, kaparu daje jedan od ugovarača, ali nema smetnje niti da oba ugovarača daju kaparu. U tom slučaju bi bilo najprikladnije predmete kapare predati trećem licu.

Kapara može imati i još jednu svrhu, ali ne uvijek. Kad je kaparu dao ugovarač koji je nakon toga ispunio svoju obavezu, tada se kapara, ukoliko je istovrsna sa predmetom ugovora, uračunava u izvršenje. U ovom slučaju kapara predstavlja djelimično ispunjenje obaveze.

Pravno dejstvo kapare se razlikuje prema tome je li ugovorna obaveza u cijelosti ili djelimično ispunjena ili obaveza uopće nije ispunjena.

❖ Ako je ugovor u cijelosti valjano ispunjen, tada se kapara ima vratiti onoj strani koja ju je dala ili se uračunati u ispunjenje obaveze. Hoće li se kapara vratiti ili uračunati u ispunjenje je relativno i zavisi od slučaja do slučaja. Ukoliko je kaparu dao kupac (npr. 100 KM) tada će se taj dio uračunati u cijenu. Drugačije je ako je isti predmet (100 KM), kao kaparu dao prodavac. Njemu bi se iznos kapare morao vratiti.

❖ Ako je ugovor djelimično ispunjen, tada savjesna strana ne može zadržati kaparu. Savjesna strana ima dvije mogućnosti. Prvo, ona može tražiti potpuno ispunjenje ugovora i naknadu štete koju je pretrpjela zbog neurednog ispunjenja dužnikove obaveze ili drugo, može tražiti naknadu štete zbog nepotpunog ispunjenja obaveze.

❖ Ukoliko ugovor nije ispunjen, tada se mora razlikovati da li je za neizvršenje ugovora odgovorna ugovorna strana koja je dala kaparu ili ona strana koja je primila kaparu. Moguće je da za neizvršenje ugovora nije odgovorna nijedna strana ili da su odgovorne obje strane. Razmotrit ćemo svaku od ovih mogućnosti:

1. Ako se ugovor ne može izvršiti, a za neizvršenje nije odgovorna nijedna strana (npr. naknadna nemogućnost ispunjenja), kapara se mora vratiti. To je i razumljivo, jer nemogućnost izvršenja ima za posljedicu prestanak glavnog ugovora, a slijedom toga i ugovora o kapari, kao akcesornog ugovora.

2. Ako su za neizvršenje ugovora odgovorne obje ugovorne strane, kapara se također vraća.

3. Ako je za neizvršenje ugovora odgovorna strana koja je *dala* kaparu, druga strana može tražiti ispunjenje ugovora ako je to još moguće i naknadu štete zbog zakašnjenja u ispunjenju obaveze ili se zadovoljiti primljenom kaparom (*facultas alternativa*).

4. Ako je za neizvršenje ugovora odgovorna strana koja je *primila* kaparu, tada drugoj nevinoj strani stoje na raspolaganju tri mogućnosti: prvo, tražiti izvršenje ugovora (ako je još moguće) i naknadu štete zbog zakašnjenja; drugo, odustati od ugovora i tražiti naknadu štete zbog neispunjenja ugovora; treće, odustati od ugovora i tražiti od druge strane kaparu u dvostrukom iznosu.

Treba napomenuti da nevina strana pod 3. i 4. ima pravo izabrati jednu, a ne više mogućnosti. Npr., ne može istovremeno tražiti ispunjenje ugovora i povrat kapare u dvostrukom iznosu. Isto tako, jedanput izvršeni izbor ne može se mijenjati.

Rješenje hipotetičkog slučaja 1.

I. U ovom slučaju zaključen je usmeni ugovor o prodaji nekretnine. Da bi proizvodio pravno dejstvo ovakav ugovor mora biti zaključen u pismenoj formi, a potpisi ugovarača ovjereni u sudu.

II. Ugovarači (P i K) nisu ispoštovali traženu formu, te je ugovor nevažeći, odnosno ništav i kao takav ne proizvodi pravno dejstvo.

III. Rješenje: **P je obavezan vratiti primljeni iznos kapare od 5.000** i to po pravilima sticanja bez osnova. P nije dužan vratiti dvostruku kaparu jer je ugovor o prodaji ništav, a kapara kao akcesoran ugovor prati sudbinu glavnog.

Rješenje hipotetičkog slučaja 2.

I. Iz činjeničnog stanja je jasno da je zaključen ugovor o prodaji. Ali, nije jasno na šta se odnosi iznos od 5.000 KM, koje je dao K. Obzirom da ugovor nije izvršen to bi K imao pravo na povrat dvostruke kapare, ako je za neispunjenje ugovora odgovoran P. U protivnom ako je K iznos od 5.000 KM dao na ime isplate dijela cijene, tada K ne može tražiti povrat dvostruke kapare, jer i nije dao kaparu.

II. Da bi postojala kapara ona se mora uvijek izričito ugovoriti, a nikada se ne pretpostavlja (čl. 79. ZOO). U našem slučaju strane nisu ništa ugovorile, tako da se ne može pretpostaviti da se radi o kapari. Isto tako visina iznosa predata prodavcu upućuje na to da se radi o djelimičnom ispunjenju.

III. U našem slučaju **K ne može zahtijevati povrat dvostruke kapare**, nego samo iznos djelimične isplate od 5.000 KM.

Rješenje hipotetičkog slučaja 3.

I. U ovom slučaju zaključen je ugovor o prodaji uz davanje kapare. Prema članu 80. st. 1. ZOO, ako je za neizvršenje ugovora kriva strana koja je dala kaparu, druga strana može po svom izboru tražiti ispunjenje ugovora, ako je to još moguće ili tražiti naknadu štete ili se zadovoljiti primljenom kaparom.

II. U konkretnom slučaju P se ne može koristiti pravima iz čl. 80. st. 1. ZOO, jer je neizvršenje ugovora od strane K-a rezultat objektivnih tržišnih uslova – nemogućnost prodaje kuće K-ovog bračnog druga. Ovakva nemogućnost ne može se

prepisati krivici ni jedne ugovorne strane, te je **prodavac P dužan vratiti primljeni iznos kapare kupcu K-a.**

Rješenje hipotetičkog slučaja 4.

I. U ovom slučaju zaključen je ugovor o razmjeni (zamjeni) i svaka ugovorna strana ima prava i obaveze prodavca iz ugovora o prodaji. P je u cijelosti ispunio svoju obavezu, dok je K to samo djelimično učinio.

II. Bez obzira što je P u cijelosti ispunio svoju obavezu on ne može zadržati primljeni iznos novca na ime kapare, jer je druga strana (K) djelimično ispunila svoju obavezu. U tom slučaju povjerilac (P) može samo **tražiti ispunjenje ostatka obaveze i naknadu štete** zbog zakašnjenja ili tražiti naknadu štete zbog nepotpunog ispunjenja (čl. 262. ZOO), ali u svakom slučaju kapara se uračunava u naknadu, a ne može se zadržati (čl. 81.)¹⁸⁹.

Rješenje hipotetičkog slučaja 5.

I. Zaključen je valjan ugovor o prodaji, koji nije realiziran krivicom dužnika – tužioca (kupca). Kupac je, kao obezbjeđenje, predao prodavcu kaparu (10.000 KM) koji može, u slučaju neispunjenja obaveze od druge strane (što se u ovom slučaju i desilo), primljeni iznos zadržati.

II. Međutim, u ovom slučaju kupac je dao veliku kaparu (oko 1/3-e od ukupne cijene), te na osnovu čl. 80. st. 4. ZOO ima pravo tražiti od suda sniženje kapare na primjereni iznos. Obzirom na visinu kupoprodajne cijene nepravedno je da tuženi (prodavac) zadrži cijeli iznos primljene kapare, jer bi to predstavljalo visoku dobit na strani tuženog, a nesrazmjerno visoku štetu za tužioca.

III. **Tužilac (kupac) ima pravo na sniženje pretjerano velike kapare, a prema sudskoj praksi primjerena kapara ne bi trebala prelaziti iznos od 10% od ugovorene kupoprodajne cijene. U ovom slučaju primjerena kapara bi iznosila 3.500 KM.**¹⁹⁰

Sudska praksa:

Ako je za neizvršenje ugovora odgovorna strana koja je dala kaparu, druga strana može po svojem izboru tražiti izvršenje ugovora, ako je to još moguće, i tražiti naknadu štete, a kaparu uračunati u naknadu, ili vratiti kaparu ili se zadovoljiti primljenom kaparom. Znači, pravo na kaparu pripada ovlaštenoj strani samo onda ako se ona zadovolji primljenom kaparom, ali ne i onda kad je učinjen izbor za ispunjenje ugovora ili na naknadu štete. Ako se traži naknada štete, onda se primljena kapara može uračunati u naknadu, ali kapara nema značenje naknade štete te ona pripada stranci koja nije kriva za neispunjenje ugovora i onda kad ta strana nije pretrpjela nikakvu štetu zbog neispunjenja ugovora¹⁹¹.

¹⁸⁹ Vidi VS BiH, Rev. 184/90, od 21.12. 1990. – Bilten SP VS BiH broj 2/91.

¹⁹⁰ Vidi VS RH, Rev. 2229/93, od 16.06. 1994. – Izbor 2/95.

¹⁹¹ VS H, Rev. 966/80, od 14.10. 1980. – PSP – 18.

Pitanje opravdanosti zadržavanja i davanja dvostruke kapare pretpostavlja postojanje određenog pravno valjanog ugovora (glavnog ugovora) radi koga je i u vezi sa kojim je kapara ugovorena i data. Ako je glavni ugovor ništav primalac kapare dužan je vratiti drugoj strani cjelokupan iznos primljene kapare koju je primio na osnovu tog ugovora¹⁹².

Pored vraćanja kapare tuženi, kao primalac kapare i odgovoran za neizvršenje ugovora, duguje i kamatu kao naknadu pretrpljene štete¹⁹³.

1.2. Zalog

Hipotetički slučaj 1.

Drvosječa (D) je vlasniku pilane (V) predao na rezanje određeni broj trupaca. Nakon završetka posla V je složio izrezanu građu, a od D-a je primio samo djelimičnu isplatu cijene. Poslije dvije bezuspješne opomene V je prodao određeni dio građe (5 m³) kako bi za obavljeni posao dobio ostatak ugovorene cijene. Ostalu građu je stavio D-u na raspolaganje. D je nezadovoljan ovakvim postupkom V-a (prodaja građe) i traži naknadu štete vlasnika pilane. Riješite nastali spor?

Hipotetički slučaj 2.

Amir (A) je dao Budimiru (B) na zajam iznos od 2.000 KM, a kao sredstvo obezbjeđenja primio je (od B-a) u zalogu sliku u vrijednosti od oko 3.000 KM. Pri zaključenju ugovora ugovarači (A i B) su se sporazumjeli da A može zadržati primljenu stvar (sliku) ukoliko B ne vrati zajam do 15.06. Budimir nije vratio dug u predviđenom roku, te ga je Amir 20.06. obavijestio da zadržava sliku, istovremeno ga oslobađajući obaveze vraćanja primljenog iznosa od 2.000 KM, a sve u skladu sa njihovim sporazumom. Budimir nije saglasan sa ovakvim Amirovim postupkom i interesira se za svoja prava.

Pitanje: Može li Amir zadržati primljenu stvar (sliku) umjesto pozajmljenog novca (2.000 KM)?

Hipotetički slučaj 3.

Dužnik Dušan predao je povjeriocu Peri svoju pokretnu stvar radi obezbjeđenja duga u iznosu od 15.000 KM. Vrijednost stvari predate kao zalog iznosi oko 25.000 KM, a potraživanje dospijeva 1. marta 2000. godine. Dana 3. maja 2005. godine, povjerilac Pero zahtijeva naplatu svog potraživanja zajedno sa kamatama od Dušana, ali to Dušan odbija ističući prigovor zastarjelosti i istovremeno traži povrat založene stvari. Pero nija saglasan da ne može naplatiti svoje potraživanje s kamatama i obraća se sudu za zaštitu svojih prava. Kakvu će odluku donijeti sud?

¹⁹² VS RS, Rev. 71/93, od 19.10. 1993. – Bilten 1/1999 – 52.

¹⁹³ VS RCG, Rev. 392/97, od 22.06. 1998. – Gp, broj 6/00.

Zakonom o obligacionim odnosima regulirana je zaloga u dvadesetosmoj glavi, i to kao založno pravo na pokretnoj stvari (čl. 966 – 988), kao i zalaganje potraživanja i drugih prava (čl. 989 – 996). Založno pravo na nekretninama (hipoteka) regulirano je pravilima stvarnog prava, i to Zakonom o osnovnim vlasničkopravnim odnosima¹⁹⁴. Ovdje će biti obrađeno samo založno pravo na pokretnim stvarima i zalaganje potraživanja i prava, kao sredstava obezbjeđenja ispunjenja ugovora, a o hipoteci se govori u oblasti stvarnog prava.

Založno pravo služi osiguranju povjeriočevog potraživanja, i to kao jedno od stvarnih sredstava obezbjeđenja. Naime, kao i kod ostalih stvarnih obezbjeđenja tako i kod zaloge, povjerilac dobija dužnikovu stvar iz koje se može namiriti, ako dužnik na vrijeme ne ispuni svoju obavezu. Stvarna sredstva obezbjeđenja su jača nego lična sredstva obezbjeđenja¹⁹⁵.

Zaloga (ručna zaloga) je založno pravo na pokretnoj stvari i najčešće se zasniva ugovorom. Pored ugovora, zaloga može nastati, ali mnogo rjeđe, i na osnovu zakona i sudske odluke.

Ugovorom o zalozi dužnik ili neko treće lice se obavezuju da će povjeriocu predati neku pokretnu stvar, iz koje se on može namiriti ukoliko mu potraživanje ne bude isplaćeno o dospelosti. Ovdje se vidi da se u ZOO ugovor o zalozi posmatra kao *konsenzualan ugovor*, za razliku od pravnih pravila gdje se ovaj ugovor posmatra kao realan ugovor¹⁹⁶.

Prema tome, založno pravo se *zasniva* obligacionim ugovorom, a *stiče* se izvršenjem tog ugovora, tj. predajom stvari povjeriocu. Ugovor je pravni osnov (*titulus*), a *modus acquirendi* ili način sticanja je predaja stvari. Povjerilac stiče založno pravo kada mu stvar koja je predmet ugovora bude predata¹⁹⁷. Sve dotad on nije stekao založno pravo, nego ima prema drugoj ugovornoj strani obligacionopravni zahtjev (potraživanje), usmjeren na izvršenje obligacionog ugovora, tj. zahtjev za predaju stvari.

Ugovor o zalozi je *akcesoran* ugovor i kao takav zavisen od glavnog ugovora. Založno pravo može postojati samo ako postoji glavno potraživanje. Postojanje glavnog obligacionog potraživanja javlja se kao *conditio sine qua non* za nastanak, trajanje i prestanak založnog prava. Ukoliko prestane glavno potraživanje ili je ono ništavo, prestaje i založno pravo. Suprotno od toga, ako prestane založno pravo, glavna tražbina (potraživanje) ostaje na snazi.

Objekt založnog prava može biti svaka pokretna stvar, koja se nalazi u prometu i kojoj se može odrediti vrijednost. To je važno zbog svrhe (kauze) založnog prava,

¹⁹⁴ Zakon je važio, kao jedinstven, na području bivše Jugoslavije, a objavljen je u "Sl. list SFRJ", broj 6/80 i 36/90. Ovaj Zakon je BiH preuzela u svoj pravni sistem, a kasnije je donesen i Zakon na nivou FBiH ("Sl. novine FBiH", broj 6/98).

¹⁹⁵ *Plus est cautio in re quem in persona* – Pomponius, D.50.17, 25.

¹⁹⁶ Tako je npr. prema § 447 OGZ-a predviđeno da je založno pravo stvarno pravo, prema kome je povjerilac ovlašćen da se iz stvari namiri, ako obaveza u određeno vrijeme ne bi bila ispunjena. Slična pravila sadržavali su i OIZ (čl. 865 – 867), kao i SGZ (§ 304 – 330).

¹⁹⁷ Član 968. ZOO.

jer se u protivnom ta stvar ne bi mogla prodati i povjerilac ne bi mogao biti namiren. Zatim, založiti se može i suvlasnički (aliquotni) dio, kao i tuđa stvar. U pravilu, stvar koja se zalaže mora biti određena, ali se pod određenim uslovima može založiti i generička stvar. Zalog se može dati za buduću, kao i za uslovnu obavezu. Pored stvari, založiti se mogu i potraživanja i neka druga prava.

Subjekti založnog prava su *zalogoprimac* i *zalogodavac*. Zalogoprimac se još naziva i založni povjerilac i na njegovoj strani se nalazi obligaciono- pravni zahtjev usmjeren protiv dužnika. Zalogodavac je lice koje je dalo stvar u zalogu i on se naziva još i založni dužnik. Ono je najčešće i dužnik iz obligacionopravnog odnosa, ali to ne mora uvijek biti tako. Zalogodavac može biti i treće lice.

Naprimjer, A želi posuditi od B 100 KM, koji novac će mu A vratiti u roku od tri mjeseca. B sumnja u A-ovu solventnost i zato traži neko osiguranje. A-ov poznanik P zalaže (daje u zalog) svoj novi bicikl B-u, kao sigurnost da će A u roku vratiti svoj dug.

U gornjem primjeru B je zalogoprimac, a P je zalogodavac, mada on nije dužnik iz glavnog obligacionopravnog odnosa (zajma). Ovdje su tri lica i moramo razlikovati dva dužnika. A je glavni dužnik i on se još naziva *lični dužnik*, koji povjeriocu B jemči uredno ispunjenje svoje obaveze (100 KM) svom svojom imovinom. P je *stvarni (realni) dužnik* prema B i on mu jemči samo sa svojom stvari (bicikl), a ne sa svom svojom imovinom, da će A uredno i na vrijeme ispuniti svoju obavezu.

Ukoliko dužnik ne ispuni svoju dospjelu obavezu, povjerilac se može namiriti iz založene stvari. Postavlja se pitanje kako će se povjerilac namiriti iz založene stvari? Može li je on sam prodati ili možda za sebe zadržati založenu stvar? *Vidi hipotetički slučaj 1.*

Odgovor na to pitanje sadrži član 980. ZOO. Naime, ukoliko povjeriočevo potraživanje ne bude namireno o dospelosti, on može zahtijevati od *suda* da se stvar proda na javnoj prodaji ili po tekućoj cijeni, ako stvar ima berzansku ili tržišnu cijenu. Da bi se jedna stvar mogla prodati, povjerilac mora prvo dobiti izvršni naslov. To će postići na taj način što će kod nadležnog suda podići tužbu¹⁹⁸, ishoditi presudu i poslije toga u izvršnom postupku tražiti prodaju stvari. Za podizanje te tužbe trebaju se ispuniti određene pretpostavke, i to: povjeriočevo potraživanje mora biti dospjelo i dužnik se mora nalaziti u zakašnjenju sa ispunjenjem obaveze.

Pravilo da se založni povjerilac namiruje prodajom sudskim putem (*načelo oficijelnosti*) ima nekoliko izuzetaka:

❖ Ako bi troškovi javne prodaje bili nesrazmjerno veliki naspram vrijednosti založene stvari, sud može odlučiti da povjerilac proda stvar po cijeni koja je utvrđena procjenom stručnjaka, ili da je ako hoće zadrži za sebe po toj cijeni¹⁹⁹;

¹⁹⁸ Tzv. založna tužba (*actio pignoratitia*)

¹⁹⁹ Član 980. st. 2. ZOO.

❖ Ako je u zalogu data stvar čija je cijena propisana, ugovarači se mogu sporazumjeti da povjerilac založenu stvar proda po propisanoj cijeni ili je po toj cijeni zadrži za sebe²⁰⁰.

Naš ZOO u ostvarivanju založnog prava, polazi od principa oficijelnosti, što znači da je zabranjeno da se povjerilac jednostrano namiri iz založene stvari. Ugovarači ne mogu u ugovor o zalozi unijeti klauzulu prema kojoj će založena stvar automatski preći u vlasništvo povjerioca ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti. Znači, odredbama ZOO-a zabranjuje se tzv. *lex commisoria*. Vidjeti *hipotetički slučaj 2*.

Pored toga što se ovakve klauzule protive načelu oficijelnosti, one su protivne i načelu savjesnosti i poštenja. Ponekad dužnik, da bi došao do gotovog novca pristaje na vrlo nepovoljne ugovorne odredbe nadajući se da će izbjeći njihovu primjenu. *Lex commisoria* je sigurno jedna od tih odredbi. Ako bi se ove zabranjene odredbe ugovorile prilikom zaključenja ugovora, tada bi ugovor bio valjan, ali bile bi ništave samo te odredbe.

Međutim, ukoliko ugovarači ovakvu odredbu ugovore nakon zaključenja ugovora o zalozi, tada će ona biti valjana. To se opravdava činjenicom da dužnik više nije pod pritiskom zaključenja ugovora, a i sama naplata iz predate stvari može uštedjeti vrijeme i novac ugovornim stranama. To stanovište zauzeo je i Vrhovni sud BiH u jednoj svojoj odluci²⁰¹.

Primarna obaveza zalagodavca je predaja založene stvari bez materijalnih ili pravnih nedostataka na njoj. Ukoliko založena stvar ima materijalni ili pravni nedostatak, založni povjerilac ima pravo zahtijevati od zalagodavca drugu odgovarajuću zalogu.

S druge strane, zalogoprimac je založenu stvar dužan čuvati s pažnjom dobrog domaćina kada se radi o fizičkim licima, odnosno s pažnjom dobrog privrednika kod pravnih lica. To znači da zalogoprimac mora pokloniti veću pažnju založenoj stvari nego što bi poklonio svojim stvarima. Ukoliko zalogoprimac ne čuva založenu stvar kako je ugovoreno, što je faktičko pitanje u svakom slučaju, sud mu je može, na zahtjev zalagodavca, oduzeti i predati je nekom trećem licu da je drži za njegov račun. Možemo reći da se zalogoprimčeva pažnja mjeri pažnjom brižljivog i urednog čovjeka.

Osnovno pravo zalogoprimca je da se namiri iz založene stvari, ukoliko njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti.

Postavlja se pitanje kojim će se redom namirivati založni povjerioci, za slučaj ako je jedna stvar data za obezbjeđenje više potraživanja. Tu imamo višestruko zalaganje

²⁰⁰ Član 973. st. 2. ZOO.

²⁰¹ Kada je tužiočev otac, poslije dospelosti potraživanja (dugovanja), uviđajući da je to za njega povoljno, dao izjavu o prepuštanju svojih parcela, onda bi takav ugovor u smislu pravnog pravila građanskog prava (§§ 1371 i 1414 OGZ-a) bio dopušten. Rješenje Vrhovnog suda NR Bosne i Hercegovine Gzz 13/57, objavljeno u ZSO knjiga II, sv. 1, odluka br. 80.

jedne te iste pokretne stvari većem broju povjerilaca. U tom slučaju pravo prvenstvene naplate određuje se prema vremenu nastanka *založnog prava*²⁰², a ne prema vremenu nastanka glavnog *obligacionog prava* (zahtjeva).

Založno pravo se može sticati i na potraživanjima i drugim pravima. U tom se slučaju govori o založnom pravu na pravima. Založno pravo na pravima stiče se ugovorom o prijenosu potraživanja na založnog povjerioca. Ovim ugovorom založni dužnik prenosi na svoga založnog povjerioca određeno svoje pravo, koje on ima prema trećem licu. Založni dužnik mora pismeno obavijestiti svoga dužnika o sklopljenom ugovoru o zalogu²⁰³ i naložiti mu da obavezu koju je trebao njemu ispuniti sada ispuni drugom licu, tj. založnom povjeriocu. Poslije ove obavijesti treće lice, tj. dužnikov dužnik svoju obavezu mora ispuniti založnom povjeriocu.

Kada se radi o zalaganju potraživanja i prava (založnog prava na pravima) tu, kao i kod cesije, postoje tri lica i to: zalogoprimac ili založni povjerilac (cesionar); zalogodavac, tj. lice koje je istovremeno i dužnik zalogoprimčev i povjerilac onog potraživanja koje se zalaže (cedent); te se kao treći javlja zalogodavčev dužnik (cesus). Kao i kod cesije, i kod založnog prava na pravima dužnikov dužnik (cesus) može novom sticaocu (založnom povjeriocu – cesionaru) istaknuti sve one prigovore koje je mogao istaknuti i svome povjeriocu (dužniku – zalogodavcu).

Najčešća prava koja se daju u zalog su: autorsko pravo, pravo licence, pravo patenta i sl. Da bi se mogla zalagati, ta prava moraju imati imovinski karakter, odnosno imovinsku vrijednost, te to da su samostalna i prenosiva.

Sve ono što je rečeno o zalaganju pokretnih stvari, važi i primjenjuje se i na založno pravo na pravima ukoliko za njih nije propisano nešto drugo²⁰⁴

Rješenje hipotetičkog slučaja 1.

I. *Između drvosječe D i vlasnika pilane V zaključen je ugovor o djelu, kojim se V (poslenik, preduzimač, izvođač radova) obavezao D-u (naručiocu) obaviti određeni posao (rezanje trupaca da bi se dobila građa). Za taj rad D je dužan platiti naknadu (čl. 600. ZOO).*

II. *V je u potpunosti ispunio svoju obavezu. S druge strane D je samo djelimično ispunio svoju obavezu. Prema članu 613. st. 1. ZOO poslenik (u našem slučaju V) je bio dužan naručiocu (D-u) predati svu izrezanu građu. On to nije učinio.*

III. *U našem slučaju vlasnik pilane V je na osnovu čl. 628. ZOO, radi obezbjeđenja naplate potraživanja naknade za rad, imao pravo zaloge na stvarima koje su predmet posla (drvena građa). Pravo zaloge ne daje pravo vlasniku pilane V da sam prodaje građu kako bi namirio svoje potraživanje. Prodaju založene stvari (građe) V je mogao izvršiti samo putem suda. Na osnovu člana 980. st. 1. ZOO V je morao zahtijevati sudsku odluku o prodaji građe na javnoj prodaji. Ako bi troškovi javne prodaje bili previsoki sud je mogao odlučiti da V građu proda bez javne*

²⁰² *Prior tempore potior iure.*

²⁰³ Član 989. ZOO

²⁰⁴ Član 996. ZOO

prodaje po cijeni utvrđenoj procjenom stručnjaka ili da tu ggrađu, ako želi zadrži za sebe po toj cijeni.

IV. Obzirom da je povjerilac (vlasnik pilane V) postupio protivno odredbi člana 980. ZOO, to je on povrijedio svoju ugovornu obavezu, te je shodno čl. 262. st. 2. u vezi sa čl. 266. st. 1. **obavezan drugoj ugovornoj strani (D-u) nadoknaditi štetu.**²⁰⁵

Rješenje hipotetičkog slučaja 2.

I. U ovom slučaju zaključen je ugovor o zajmu, a zajmodavčevo (Amir) potraživanje obezbijeđeno je zalogom (slika). Istovremeno ugovarači su ugovorili da zajmodavac može zadržati primljenu stvar ako zajmoprimac (Budimir) ne vrati pozajmljeni novac do određenog vremena.

II. Ovakava klauzula, kojom založena stvar prelazi u imovinu zalogoprimca (Amir) ako druga strana na vrijeme ne izvrši svoju obavezu naziva se **lex commisoria** i takva klauzula prema našem pravu nije dozvoljena. Naime, prema odredbi člana 973. st. 1. ZOO ništava je odredba ugovora o zalozi da će založena stvar preći u imovinu povjerioca ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti.

III. U našem slučaju povjerilac (Amir) **ne može zadržati primljenu stvar (sliku) kao svoju, nego mora tražiti vraćanje pozajmljenog iznosa novca.**

Rješenje hipotetičkog slučaja 3.

I. Između stranaka je nesporno da dužnik (Dušan) duguje povjeriocu (Pero) iznos od 15.000 KM, te da je dužnik kao obezbjeđenje povjeriocu predao svoju pokretnu stvar.

II. Dužnik ističe da je potraživanje zastarjelo jer je protekao Opći zastarni rok u smislu odredbi člana 360. st. 1. u vezi sa članom 371. ZOO. Zastarjelostu potraživanja prestaje pravo (prisilnim putem) zahtijevati ispunjenje obaveze.

III. U ovom slučaju dužnik zaista može istaći prigovor zastarjelosti, ali kod povjerioca se nalazi dužnikova pokretna stvar kao sredstvo obezbjeđenja. Povjerilac će ipak **imati pravo da se namiri iz založene pokretne stvari na osnovu odredbi člana 368. st. 1. ZOO, jer je njegovo potraživanje obezbijeđeno zalogom.**

IV. Povjerilac **nema pravo na kamate** shodno čl. 368. st. 2. ZOO.

Sudska praksa:

U odnosu na založnog dužnika koji je ujedno i osobni dužnik, založni vjerovnik može po svojoj volji izabrati hoće li zahtijevati namirenje svojih potraživanja ponajprije iz vrijednosti zaloga ili iz imovine dužnika ili istodobno iz zaloga i imovine dužnika²⁰⁶.

²⁰⁵ Vidi VS H, Rev. 88/87, od 28.04. 1987. – PSP 35/88 – 50.

²⁰⁶ VS RH, Rev. 973/96, od 12.04. 2000. – Izbor odluka 2/2000 – 6.

Činjenica što su stranke radi osiguranja ispunjenja ugovorne obaveze ugovorile pravo zaloga ne isključuje vođenje parnice da bi se ishodila izvršna isprava²⁰⁷.

Zalogoprimac pokretnih stvari iz ugovora o zalozi, pa i kada je ugovor zaključen radi obezbjeđenja potraživanja iz ugovora u privredi, može zahtijevati samo predaju stvari radi sticanja prava zaloge ali je preuranjena tužba i za predaju stvari u posjed radi prodaje²⁰⁸.

Ništavost ugovorne odredbe da će predmet založnog prava prijeći u vlasništvo povjerioca ako dužnik ne ispunji svoju obavezu u roku, ustanovljena je upravo da bi ugovor bio oslobođen te odredbe i važio bez nje²⁰⁹.

Vjerovnik – zalogoprimac ovlašten je zatražiti prodaju založene stvari (kamion) istovremeno s podnošenjem tužbe za naplatu potraživanja (iz ugovora o zajmu) osiguranog zalogom koje mu nije isplaćeno o dospelosti. Naime, u konkretnom slučaju tužilac (zalogoprimac) je podnio tužbu kojom je tražio da mu tuženi (dužnik – zalagodavac – zajmoprimac) isplati iznos od 32.000, s tim da se ukoliko u roku od 30 dana ne plati taj iznos ovlašćuje tužitelj da može prodati tuženikov kamion. Sud je udovoljio ovakvom zahtjevu²¹⁰.

1.3. Lična sredstva obezbjeđenja ugovora

Za razliku od stvarnih sredstava, kod ličnih sredstava obezbjeđenja dužnik ne predaje povjeriocu nikakvu stvar u posjed, nego se *obavezuje* da će dati povjeriocu određenu stvar (najčešće novac), ukoliko ne ispunji svoju obavezu. Dakle, ostvarenje prava iz stvarnih sredstava obezbjeđenja vrši se po pravilima stvarnog, a iz ličnih sredstava obezbjeđenja po pravilima obligacionog prava. U lična sredstva obezbjeđenja spadaju: ugovorna kazna, jemstvo i odustanica.

1. Ugovorna kazna

Ugovornom kaznom se obavezuje jedan ugovarač (dužnik) da će drugom ugovaraču (povjeriocu) isplatiti određeni novčani iznos ili mu pribaviti neku drugu materijalnu korist ako ne ispunji ili zakasni sa ispunjenjem svoje ugovorne obaveze.

Adi (A) se obavezao Branku (B) da će mu za određenu cijenu renovirati stan najkasnije do 30. aprila, jer B želi stan povoljno izdati u zakup. Strane su se dogovorile da u slučaju zakašnjenja A mora za svaki dan B-u platiti po 50 KM. Stan je završen tek 15. maja. U ovom slučaju A je obavezan platiti B-u 750 KM na ime ugovorne kazne.

Ugovorna kazna se može ugovoriti za slučaj da dužnik svoju obavezu uopće *ne ispunji* ili za slučaj da *zakasni* sa ispunjenjem svoje obaveze. U našem primjeru, ugovarači su se odlučili za drugu verziju. Visina i način određivanja ugovorne kazne

²⁰⁷ VS H, Rev. 1023/90, od 20.09. 1990. – PSP 53 – 105.

²⁰⁸ VS FBiH, Pž. 66/00, od 27.02.2001. – Bilten SP VS FBiH 1/01 – 41.

²⁰⁹ VS BiH, Gvl. 30/88, od 27.10.1988. – Bilten SP VS BiH 1/89 – 23.

²¹⁰ Vidi VS H, Rev. 125/85, od 06.02. 1985. – PSP – 29.

prepušteni su ugovaračima. Oni mogu visinu kazne odrediti u jednom ukupnom (paušalnom) iznosu, ili u procentima, ili za svaki dan zakašnjenja ili na neki drugi način.

Ugovornu kaznu ugovarači mogu utanačiti tokom postizanja sporazuma o glavnoj obavezi, što je i najčešći slučaj. U ovakvim slučajevima ugovorna kazna se određuje u posebnoj tački ugovora. Međutim, ugovarači mogu saglasnost o ugovornoj kazni posebno postići i regulirati je posebnim ugovorom. U tom se slučaju postavlja pitanje forme u kojoj mora biti ugovorena ugovorna kazna. U ZOO je ovo pitanje riješeno na taj način što je određeno da ugovorna kazna mora biti u istoj formi koja je propisana i za ugovor iz kojeg je nastala glavna obaveza²¹¹.

Ugovorna kazna je *akcesorne prirode*, što pretpostavlja postojanje glavne obaveze. Ugovorna kazna dijeli sudbinu obaveze iz glavnog ugovora (tzv. glavne obaveze). Ukoliko je obaveza iz glavnog ugovora ništava, odnosno ukoliko je glavni ugovor ništav, bit će ništave i odredbe o ugovornoj kazni. Ukoliko ispunjenje glavne obaveze postane nemoguće iz razloga koji se dužniku ne mogu staviti na teret, tada će dužnik biti oslobođen i plaćanja ugovorne kazne. Na kraju, ako povjerilac ustupi svoje glavno potraživanje trećem licu, s tim ustupanjem glavnog potraživanja na to treće lice prelaze i sporedna prava, znači i ugovorna kazna²¹².

Ovdje treba napomenuti da se ugovorna kazna uglavnom određuje i plaća u novcu, ali nema smetnje da se ona ugovori i u drugim stvarima. U principu, ugovornom kaznom se može obezbijediti svako potraživanje povjerioca. Od tog pravila u našem ZOO je odstupljeno kod novačnih obaveza. Obezbjedenje se kod tih obaveza za slučaj zakašnjenja postiže plaćanjem zatezних kamata²¹³.

Ugovorna kazna se može ugovoriti za slučaj neispunjenja ili za slučaj zakašnjenja ispunjenja obaveze. Pravne posljedice, koje se odnose na ugovornu kaznu, nisu iste kod neispunjenja i kod zakašnjenja ispunjenja obaveze.

Ukoliko je ugovorna kazna ugovorena za slučaj **neispunjenja** obaveze, tada povjerilac može *alternativno* zahtijevati ili ispunjenje ugovorne obaveze ili isplatu ugovorne kazne. U ovom slučaju povjerilac ne može zahtijevati i ispunjenje obaveze i ugovornu kaznu, nego se mora odlučiti između te dvije mogućnosti i odluku saopćiti dužniku. Jednom izvršen izbor je konačan. S druge strane, dužnik ne može platiti ugovornu kaznu i odustati od ugovora, jer pravo izbora nema dužnik, nego povjerilac.

Drugačija je situacija kad je ugovorna kazna ugovorena za slučaj **zakašnjenja** ispunjenja obaveza. Ukoliko dužnik zakasni sa ispunjenjem svoje obaveze, a za taj slučaj je ugovorena kazna, tada povjerilac ima *kumulativno* pravo prema dužniku. On može zahtijevati i isplatu ugovorne kazne i ispunjenje obaveze.

²¹¹ Član 271. st. 2. ZOO

²¹² Vidi član 437. st. 1. ZOO.

²¹³ Vidi član 277. ZOO.

Ukoliko su ugovorne strane samo ugovorile ugovornu kaznu, a nisu odredile je li to ugovorna kazna za slučaj neispunjenja ili za slučaj zakašnjenja, smatra se da je ugovorena kazna za slučaj zakašnjenja.

Zakonom o obligacionim odnosima nije regulirana situacija kada dužnik pravovremeno ispuni svoju obavezu, ali je ispuni neuredno. Smatramo da bi u tom slučaju povjerilac imao ista prava kao da se radi o zakašnjenju ispunjenja obaveze, tim prije jer je povjeriocu i prema Opštim uzansama za promet robom, za slučaj neurednog ispunjenja, pripadalo kumulativno pravo²¹⁴. Budući da se radi o dispozitivnim pravilima, ugovarači mogu svoja prava i obaveze regulirati na onaj način kako njima u trenutnoj situaciji najbolje odgovara.

Ugovorna kazna sadrži elemente obezbjeđenja izvršenja preuzetih obaveza, odnosno ona podstiče ugovarače da pravilno i u cijelosti ispune ugovor. U protivnom, prijeti im kazna. Ugovorna kazna sadrži i elemente naknade štete, jer se unaprijed propisuje određena visina koju plaća dužnik u slučaju neispunjenja ili zakašnjenja.

Odnos između ugovorne kazne i naknade štete reguliran je tako da povjerilac ima pravo zahtijevati ugovornu kaznu i kad uopće nije pretrpio štetu. Postavlja se pitanje ima li povjerilac pravo tražiti naknadu štete ako je ona veća od ugovorene kazne i ima li u tom slučaju pravo na cjelokupnu ugovornu kaznu i cjelokupnu naknadu štete.

Da bismo odgovorili na ovo pitanje poslužiti ćemo se već navedenim primjerom uz određenu dopunu. *Iz prethodnog se primjera vidi da B ima pravo na ugovornu kaznu od 750 KM. Ali ako je B pretrpio štetu u iznosu od 1.000 KM, jer je A zakasnio sa ispunjenjem svoje obaveze, tada B neće biti zadovoljan sa 750 KM. U tom slučaju B ima pravo na ugovornu kaznu u visini od 750 KM, bez bilo kakvog dokazivanja štete. B ima pravo i na naknadu štete u iznosu od dodatnih 250 KM, ali mora dokazati nastanak štete.*

B nema pravo na potpuno ispunjenje svojih kumuliranih zahtjeva. U gornjem primjeru B ne može zahtijevati 750 KM po osnovu ugovorne kazne i 1.000 KM po osnovu naknade štete, jer bi u tom slučaju imao pravo od dužnika zahtijevati iznos od 1.750 KM.

U principu, visina ugovorne kazne nije limitirana, tj. gornja granica kazne nije zakonom određena, nego je to ostavljeno na volju ugovornim stranama. To je i razumljivo, jer će visina ugovorne kazne od slučaja do slučaja biti različita. Međutim, ukoliko je ugovorna kazna određena previsoko i prelazi "razumnu mjeru", tada dužnik može od suda zahtijevati njezino smanjenje. U Zakonu je utvrđeno da će sud cijeliti visinu ugovorne kazne, odnosno njezinu nesrazmjernost, s obzirom na vrijednost i značenje predmeta obaveze²¹⁵.

²¹⁴ Vidi uzansu broj 245.

²¹⁵ Vidi član 274. ZOO.

Prema jednoj odluci²¹⁶, sud treba voditi računa o vrsti i veličini pravnog i ekonomskog interesa koji su povrijeđeni ili ugroženi neispunjenjem ili zakašnjenjem u ispunjenju obaveze, prema svrsi kazne u konkretnom slučaju, prema stepenu dužnikove nemarnosti i materijalnim mogućnostima stranaka.

Hipotetički slučaj

Prodavac P i kupac K zaključili su ugovor o prodaji kreča. U jednoj odredbi ugovora predviđena je obaveza kupca da u slučaju kašnjenja sa plaćanjem prodajne cijene, prodavcu za svaki dan zakašnjenja isplati po 100 KM. Kupac je zaksnio tri mjeseca sa isplatom cijene. Prodavac (u ovom slučaju tužilac) zahtijeva isplatu ugovorene kazne (90 dana x 100 KM). Kupac se tome protivi. Kakvu će odluku donijeti sud?²¹⁷

Obrazloženje

I. Između parničnih stranaka nesporno je da je ugovorena obaveza kupca (tuženog) u slučaju zakašnjenja sa plaćanjem cijene. Isto tako nesporno je da je kupac zakasnio sa plaćanjem. Analogno tome kupac bi trebao platiti ugovornu kaznu i to: 90 dana x 100 KM po danu zakašnjenja = 9.000 KM.

II. Međutim, u našem slučaju ugovorne strane (prodavac i kupac) sporazumjeli su se da kupac plati novčanu kaznu na novčanu obligaciju (plaćanje cijene). Prema odredbi člana 270. st. 1. ZOO ugovornom kaznom može se obezbijediti ispunjenje nenovčanih (naturalnih) obaveza. Istom odredbom u stavu 3. određeno je da ugovorna kazna ne može biti ugovorena za novčane obaveze. Ovakva odredba je razumljiva sama po sebi, jer je zakašnjenje u plaćanju novčanih obaveza sankcionirano plaćanjem zakonske zatezne kamate (član 277. ZOO).

III. Rješenje: Tužilac (prodavac) **nema pravo na ugovorenu kaznu**, jer je ista ugovorena protivno odredbi člana 270. st. 3. ZOO. Tužilac ima pravo na zakonske zatezne kamate od tuženog i to od momenta zakašnjenja.

Hipotetički slučaj

Nenad N je sa firmom F zaključio ugovor o izgradnji prizemne porodične zgrade. Pored ostalog ugovorena je i ugovorna kazna za slučaj da F zakasni sa ispunjenjem svoje obaveze. Obzirom da firma F nije započela na vrijeme sa radovima, to je N istu obavijestio da sa njom raskida ugovorni odnos i izvršenje radova povjerava drugom izvođaču. N od F-a traži ugovornu kaznu. Firma se tome protivi, te je N prinuđen podnijeti tužbu nadležnom sudu. Hoće li N uspjeti sa svojom tužbom?²¹⁸

²¹⁶ Odluka Vrh. suda NRH, Gž 1623-56.

²¹⁷ Vidi VS FBiH, Pž. 225/99, od 12.01. 2000. – Bilten SP VS FBiH 1/00 – 33.

²¹⁸ Vidi VS H, Rev. 123/86, od 18.03.1986. – PSP – 32; kao i KS Sarajevo – Bilten SP KsS 2/1999, str. 22/23.

Obrazloženje

I. Između parničnih stranaka je nesporno da je zaključen ugovor o građenju, te da su tim ugovorom precizirana prava i obaveze. Isto tako, ugovorom je predviđena i ugovorna kazna za slučaj izvođačevog (firma F) zakašnjenja s ispunjenjem obaveze. Nesporno je da je tužilac (N) raskinuo ugovor sa tuženim, koji nije bio niti započeo s radovima.

II. Kod ovakvog stanja stvari tužilac neće uspjeti sa tužbenim zahtjevom protiv tuženog za isplatu ugovorene kazne. U konkretnom slučaju, ugovorna kazna je, u smislu čl. 270. st.1. ZOO, ugovorena za slučaj zakašnjenja, a ne za slučaj neizvršenja ugovora.

III. Tužilac (N) **ne može naplatiti kaznu** koja je ugovorena za zakašnjenje u onoj situaciji u kojoj ugovor nije izvršen, jer se kazna može naplatiti samo za ono za što je ugovorena.

Hipotetički slučaj

Nadir kao naručilac posla (N) zaključio je sa majstorom Mehmedom (M) ugovor o popravci dvije građevinske mašine. Majstor je trebao završiti posao do 1. januara, a u slučaju zakašnjenja obavezao se naručiocu isplatiti ugovornu kaznu u iznosu od 20 KM po danu zakašnjenja. M je popravio i predao građevinske mašine naručiocu N 27. januara. Dana 15. aprila N traži isplatu ugovorne kazne od M-a za zakašnjenje od 27 dana. Majstor M smatra da nije dužan platiti ugovornu kaznu, te je naručilac N primoran podnijeti tužbu nadležnom sudu za isplatu ugovorne kazne. Kaku će odluku sud donijeti povodom ovog spora.²¹⁹

Obrazloženje

I. U ovom slučaju je zaključen ugovor o djelu, sa tačno određenim pravima i obavezama ugovornih strana (naručioca i izvođača posla). U istom ugovoru ugovarači su saglasno odredili i visinu ugovorne kazne za svaki dan zakašnjenja u ispunjenju ugovorne obaveze izvođača posla.

II. Izvođač posla (majstor M) je zakasnio 27 dana sa ispunjenjem svoje obaveze. S tim u vezi naručilac posla (Nadir) ima pravo na ugovornu kaznu.

III. Međutim, naručilac posla je svoje pravo na ugovornu kaznu zahtijevao nakon protoka više od dva mjeseca. Povjerilac (tužilac – naručilac posla) ima pravo na ugovornu kaznu samo **kad bez odlaganja** saopšti dužniku (tuženom – izvođaču posla) da zadržava svoje pravo na ugovornu kaznu (čl. 273. st. 5. ZOO). U ovom slučaju **povjerilac ne može zahtijevati isplatu ugovorene kazne**, obzirom da svoje pravo na ugovornu kaznu drugoj strani nije saopštio bez odlaganja.

Sudska praksa

Propis člana 270. st. 3. Zakona o obligacionim odnosima kojim je isključena mogućnost da se ugovara za novčane obaveze ugovorna kazna, predstavlja propis kogentne primjene čiju volju stranke ne mogu isključiti. Zakašnjenje sa ispunjenjem novčane obaveze sankcionisano je zateznom kamatom (član 277. ZOO). Ugovorne

²¹⁹ Vidi VS BiH, Rev. 4/89, od 17.08.1989. – Bilten SP VS BiH 4/89 – 64.

*klauzule o plaćanju uvećanog iznosa cijene zbog docnje ništave su i ne proizvode pravno dejstvo u slučaju kad se radi o plaćanju novčanih obaveza.*²²⁰

*Ugovorna kazna se može ugovoriti ako dužnik zakasni s ispunjenjem ugovorne obaveze, a vjerovnik u tom slučaju može zahtijevati ispunjenje obaveze i ugovornu kaznu. Iznos ugovorne kazne sud će na zahtjev dužnika smanjiti ako utvrdi da je nerazmjerno visok s obzirom na vrijednost i značenje predmeta obaveze.*²²¹

*Kazna ugovorena zbog "nepridržavanja ugovornih obaveza" ima karakter kazne ugovorene zbog neispunjenja.*²²²

*Okolnost što su stranke ugovornu kaznu pogrešno nazvale kamatama, nema uticaja na dužnikovu obavezu plaćanja ugovorne kazne.*²²³

Saopštenje o zadržavanju prava na ugovornu kaznu može se dati i usmeno ako stranke nisu ugovorile da se ta izjava može dati samo u određenoj formi. Naime, pravna sigurnost se postiže i neformalnim saopštenjem o zadržavanju prava na ugovornu kaznu, a da bi se postigla izvjesnost dovoljno je da "saopštenje" bude izričito i određeno. Budući da saopštenje ne kreira subjektivno pravo koje već postoji, već je saopštenje pretpostavka za njegovu realizaciju, a ta pretpostavka je nužan uslov da bi dužnik bio svjestan da će ga pogoditi ova sankcija, nema potrebe da se za saopštenje propiše ista forma kao i za ugovornu kaznu.

*Prema tome, ZOO ne propisuje formu za saopštenje o zadržavanju prava na ugovornu kaznu, pa se to saopštenje može dati i usmeno, osim u slučaju kad su se ugovorne strane sporazumjele da posebna forma bude uslov punovažnosti saopštenja (čl. 69. stav 1. ZOO).*²²⁴

*U slučaju kad je ugovorena zakupnina za poslovne prostorije u iznosu od 6.000 (tadašnjih) dinara mjesečno, nesrazmjerna je ugovorna kazna od 3.000 dinara za svaki dan zakašnjenja predaje predmeta zakupa, pa je povodom zahtjeva zakupnika, ugovorna kazna smanjena na primjeren iznos.*²²⁵

*Protivljenje dužnika obavezi plaćanja ugovorne kazne sadrži u sebi i protivljenje visini u kojoj je zatraženo plaćanje ugovorne kazne. U smislu čl. 274. ZOO, sud će na zahtjev dužnika smanjiti svotu ugovorne kazne ako nađe da je ta svota previsoka s obzirom na vrijednost i značenje činidbe, tj. obaveze koju dužnik nije ispunio.*²²⁶

²²⁰ Vs S, broj Prev. 40/98 od 18.3.1998. – Bilten 4/1998.

²²¹ Os sud Sisak, Gž. 1001/89 – 3, od 14.9.1989. – Psp 44 – 69.

²²² Presuda Vrh. priv. suda SI – 125/54.

²²³ Rješ. Vrh. priv. suda SI – 145/56.

²²⁴ Stav XL zajedničke sjednice bivših vrhovnih sudova, Ohrid 23 i 24. maj 1989. – Bilten SP VS BiH 3/89 – 122.

²²⁵ VS BiH, Rev. 181/86, od 16.07. 1986. – Bilten VS 4/86 – 27.

²²⁶ VS RH, Rev. 800/97, od 21.04.1998. – Izbor odluka 2/1998 – 47.

2. *Jemstvo*

Jemstvo je ugovor zaključen između povjerioca i jemca, kojim se jemac obavezuje da će povjeriocu ispuniti punovažnu i dospelu obavezu dužnika ukoliko to dužnik ne učini. Jemstvo je lično sredstv obezbjeđenja ispunjenja ugovornih obaveza, odnosno dužnikove ugovorne obaveze. Jemac, dakle, prema povjeriocu preuzima odgovornost za obavezu glavnog dužnika i on povjeriocu odgovara cjelokupnom svojom imovinom.

Jemstvo nastaje ugovorom zaključenim između jemca i povjerioca. Glavni dužnik ovdje nije ugovorna strana, te se njegov pristanak u tom slučaju i ne traži. Naprotiv, ugovor o jemstvu može se zaključiti i protiv volje glavnog dužnika. Ugovor o jemstvu je jednostrano obavezan i dobročin, jer se obavezuje samo jemac i on za svoju obavezu od povjerioca ne dobija nikakvu protuuslugu. Jemstvo može nastati i na osnovu zakona, ali je to veoma rijedak slučaj. Najpoznatije zakonsko jemstvo je ono koje daje država za štedne uloge građana kod banaka.

Za razliku od pravnih pravila, prema kojima je jemstvo neformalan ugovor, ZOO traži da ugovor o jemstvu bude sastavljen u pismenoj formi²²⁷. Dakle, za jemstvo nije dovoljno da ugovorne strane postignu saglasnost o bitnim elementima ugovora, nego taj svoj dogovor one moraju pismeno utanačiti. Tim zahtjevom forma postaje jedan od bitnih ili konstitutivnih elemenata ugovora o jemstvu. Ukoliko takav ugovor ne bi bio zaključen u pismenoj formi, on ne bi proizvodio pravna dejstva, odnosno bio bi ništav. Pismena forma je predviđena kao zaštita dužnika od prebrzog i lakomislenog obvezivanja. U skladu s tim, ukoliko je dužnik već ispunio obavezu proisteklu iz usmeno zaključenog ugovora o jemstvu, smatra se da je time ugovor konvalidiran, odnosno ugovor je punovažan²²⁸.

Jemstvo, kao i ostala sredstva obezbjeđenja ugovora služe boljem položaju povjerioca u obligacionom (ugovornom) odnosu. Naime, povjeriocu, pored njegovog prvobitnog dužnika, za obavezu sada odgovara i treće lice. Treće lice se naziva *jemac*, a prvobitni dužnik se označava i kao *glavni dužnik*. Obojica su dužnici i može se reći da se jemstvom povećava broj subjekata na dužničkoj strani. Ali jemac i glavni dužnik nisu dužnici istog ranga. Glavni dužnik odgovara na prvom mjestu, pa tek onda jemac - supsidijarno. Kad obaveza dospije, povjerilac je dužan, za namirenje iste, prvo se obratiti glavnom dužniku, pa je tek onda, ako se ne uspije namiriti od glavnog dužnika, ovlašten je ispunjenje obaveze zahtijevati od jemca.

Ova karakteristika jemstva da se obaveza pokuša prvo namiriti od glavnog dužnika, pa tek nakon toga od jemca naziva se *supsidijarnost*, odnosno podređenost ili uslovljenost jemstva. Postavlja se pitanje kad se smatra da se povjerilac nije mogao namiriti od glavnog dužnika?

²²⁷ Vidi član 998 ZOO.

²²⁸ Vidi član 73 ZOO.

Prema ZOO²²⁹, povjerilac se za ispunjenje dospjele obaveze mora prvo pismeno obratiti glavnom dužniku ostavljajući mu istovremeno određeni rok za ispunjenje obaveze. Po proteku toga roka povjerilac može od jemca tražiti ispunjenje obaveze. Znači, povjerilac ne mora putem suda zahtijevati ispunjenje obaveze od glavnog dužnika.

Pored supsidijarnosti, i *akcesornost* se javlja kao jedna od najvažnijih osobina jemstva. Jemstvom se obezbjeđuje punovažno potraživanje. To znači da je uslov postojanja jemstva postojanje punovažne obaveze glavnog dužnika. Ako je glavna obaveza ništava ili je prestala, ona se ne može osnažiti, odnosno učiniti punovažnom jemstvom.

Od načela akcesornosti prema kome jemčeva obaveza zavisi od obaveze glavnog dužnika, postoji jedan izuzetak, a to je slučaj kada se jemac obavezao povjeriocu za neko poslovno nesposobno lice. Tu bi se prije moglo reći da se radi o zasnivanju jedne samostalne obaveze jemca, nego o postojanju jemstva.

Jemstvo se može dati za svaku punovažnu obavezu, bez obzira na njenu sadržinu. Pored toga, jemčiti se može i za uslovnu i buduću obavezu. Kad se radi o budućoj obavezi, ona mora biti određena. Postavlja se pitanje da li se može jemčiti za čisto ličnu obavezu, npr., da li će jedan umjetnik održati koncert ili da će slikar uraditi određeni portret? Čisto lične obaveze mogu se također pojačati (obezbjediti) jemstvom, ali ne jemstvom istog sadržaja, jer je jasno da čisto ličnu obavezu može ispuniti samo dužnik, a ne i treće lice. Međutim, u ovom slučaju može se jemčiti za eventualno nastalu štetu, koja može nastati ako glavni dužnik ne ispuni svoju obavezu.

Iz akcesornosti jemstva mogu se izvući određeni zaključci:

- ◆ Obaveza jemca postoji samo uz punovažnu obavezu glavnog dužnika
- ◆ Obim (kvantitet) obaveze jemca ne može biti veći od obaveze glavnog dužnika. Jemčeva obaveza može biti ista ili manja od obaveze glavnog dužnika. Ako je ugovoreno da obaveza jemca bude veća od obaveze glavnog dužnika, onda se ona svodi na mjeru dužnikove obaveze.
- ◆ Jemčeva obaveza, izuzev kod strogo ličnih obaveza, mora biti kvalitativno ista kao i obaveza glavnog dužnika. Ne može npr. glavna obaveza biti neki iznos novca, a da se jemac obaveže da će za to dati svoj automobil (u tom slučaju imali bismo ugovor o zalozi, a ne o jemstvu).
- ◆ Kad prestane glavna obaveza, prestaje i jemstvo.
- ◆ Jemac odgovara za ispunjenje kako glavne obaveze tako i troškova koje je povjerilac učinio u cilju naplate duga od glavnog dužnika. Pored toga, jemac odgovara i za svako povećanje obaveze koje bi nastalo dužnikovom docnjom ili dužnikovom krivicom, ukoliko nije drugačije ugovoreno.
- ◆ Kad povjerilac ustupi trećem licu (cesionaru) svoje potraživanje koje on ima prema glavnom dužniku, smatra se da je tim potraživanjem ustupljeno i potraživanje prema jemcu, i to zbog toga što se jemstvo ne može odvojiti od glavne obaveze.

²²⁹ Vidi čl. 1004. st. 1. i 2. ZOO.

◆ Položaj jemca ne smije biti slabiji nego položaj glavnog dužnika. Stoga jemac ima pravo povjeriocu isticati sve one prigovore koje bi mu mogao istaći i glavni dužnik, a odnose se na sam dug. To su, prije svega, prigovor kompenzacije, prigovor da je dužnik podmirio obavezu, da je potraživanje zastarjelo i sl. Te prigovore jemac može isticati i ako ih se glavni dužnik odrekao.

Ukoliko jemac, a ne glavni dužnik, ispuní obavezu prema povjeriocu, tada to potraživanje sa svim sporednim pravima i jemstvima prelazi na jemca. Ovdje se radi o personalnoj subrogaciji, i to o zakonskoj personalnoj subrogaciji. Znači, ispunjenjem obaveze od strane jemca, na njega, po sili zakona (*ipso iure*), prelazi potraživanje bez bilo kakvog dodatnog akta od strane povjerioca ili glavnog dužnika. Jemac ima pravo od povjerioca tražiti sva sredstva potrebna za realizaciju svoga regresnog prava prema glavnom dužniku. Tu se prije svega misli na potvrdu da je dug plaćen, kao i druge isprave o dugu. Ako je za obezbjeđenje potraživanja bila predata i pokretna stvar (ručni zalog), tada i taj zalog povjerilac treba predati jemcu. Odbije li povjerilac dati jemcu tražena sredstva, jemac može uskratiti ispunjenje obaveze.

Ispunjenjem obaveze od strane jemca dolazi, kako smo vidjeli, do zakonske personalne subrogacije, što u potpunosti odgovara svrsi jemstva. Naime, svrha jemstva je obezbjeđenje ispunjenja povjeriočevog potraživanja, a ne oslobađanje glavnog dužnika od njegove obaveze.

Glavni dužnik može istaknuti jemcu određene prigovore, kada mu se jemac obrati sa regresnim zahtjevom. Prije svega, jemac može zahtijevati od glavnog dužnika samo onaj iznos koji je on platio povjeriocu. Dalje, glavni dužnik može jemcu istaći sve prigovore koje je eventualno jemac mogao istaći povjeriocu prilikom ispunjenja obaveze, kao npr. zastarjelost potraživanja, oprost i sl. Glavnom dužniku stoje na raspolaganju i oni prigovori koje on ima spram jemca iz nekog njihovog ranijeg međusobnog odnosa, kao npr. prigovor kompenzacije i sl.

Obaveze jemca mogu biti različite, tako da u skladu s tim obavezama razlikujemo nekoliko vrsta jemstva, i to: obično ili supsidijarno jemstvo; solidarno jemstvo; podjemstvo; sajemstvo i jemstvo za naknadu štete jemcu.

Sve što smo dosad rekli važi za *obično ili supsidijarno jemstvo*, koje se javlja i kao redovan slučaj jemstva u našem pravu. Pored običnog ili supsidijarnog jemstva postoje i druge vrste jemstva.

Solidarno jemstvo postoji ondja gdje se jemac obavezao povjeriocu zajedno sa dužnikom, i to kao jemac platac. Kod solidarnog jemstva nema supsidijarnosti i povjerilac ispunjenje svoje obaveze može zahtijevati bilo od glavnog dužnika bilo od jemca. Ispunjenje obaveze povjerilac može, ukoliko to želi, zahtijevati istovremeno od obojice²³⁰.

²³⁰ Vidi član 1004. st. 3. ZOO. Solidarno jemstvo su poznavala i pravna pravila (§ 1357 OGZ-a i § 832 SGZ-a).

Na prvi pogled, solidarno jemstvo je identično sa solidarnom (pasivnom) odgovornošću dužnika. Međutim, obaveze solidarnih dužnika su nezavisne jedne od druge, dok je obaveza solidarnog jemca akcesorne prirode i zavisi od obaveze glavnog dužnika. Solidarni jemac, ukoliko plati dug, ima pravo naplate od glavnog dužnika svega onoga što je dao povjeriocu, dok solidarni dužnik ima pravo samo na odgovarajući dio koji otpada na ostale sadužnike.

Solidarno jemstvo je izuzetak, a ne pravilo, tako da ukoliko nije ništa ugovoreno, radi se o običnom jemstvu a ne o solidarnom jemstvu. Izuzetak od ovoga je kod obaveza nastalih na osnovu ugovora u privredi, gdje se pretpostavlja da se radi o solidarnom jemstvu, ako nije šta drugo ugovoreno²³¹.

Podjemstvo je takva vrsta jemstva gdje se treće lice obavezuje povjeriocu da će mu ono izmiriti obavezu ukoliko to ne učini jemac. Ovo treće lice se naziva podjemac ili jemčev jemac. Odnos između jemca i njegovog jemca je isti kao i odnos između glavnog dužnika i jemca. Ovo jemstvo se javlja veoma rijetko.

Sajemstvo postoji onda kad se više jemaca obavežu da će odgovarati za ispunjenje glavne obaveze. Ta lica nazivaju se sajemci i odgovaraju solidarno za obavezu glavnog dužnika. Povjerilac može tražiti ispunjenje obaveze od bilo kog sajemca ili od svih njih zajedno, ali tek pošto svoje potraživanje nije uspio naplatiti od glavnog dužnika. Sajemstvo se i razlikuje od solidarnog jemstva po tome što je obaveza sajemaca supsidijarna u odnosu na obavezu glavnog dužnika.

Jemstvo za naknadu štete jemcu postoji onda kad se jedno lice obaveže jemcu da će mu naknaditi eventualnu štetu koju bi on (jemac) pretrpio zbog toga što je kao jemac platio glavni dug. U tom se slučaju treće lice obavezuje, zapravo, naknaditi jemcu onaj dio koji on (jemac) ne bi mogao naplatiti od glavnog dužnika u regresnom postupku.

Jemstvo prestaje kad prestane i glavna obaveza. Izuzetno, jemstvo može prestati i prije prestanka glavne obaveze, i to u slučaju da povjerilac oslobodi jemca obaveze ili ondje gdje je jemstvo zaključeno na određeni rok, protekom tog roka

Sudska praksa

*Specifičnost ugovora o jemstvu zaključenog na osnovu garantnog pisma (garancija) za buduću obavezu nastaje kada izdavalac garancije sazna da je glavni dužnik zasnovao obavezu a obaveza iz garancije dospijeva kada ga povjerilac, na način predviđen garancijom, pozove da obavezu ispuni.*²³²

*Izdavanjem kreditnog pisma davalac namjenskog stambenog kredita je preuzeo specifičnu obavezu jemstva prema licu koje korisniku kredita proda građevinski materijal, a obavezu je dužan ispuniti samo ako stvarno dođe do zaključenja i ispunjenja ugovora o prodaji materijala.*²³³

²³¹ Vidi član 1004. st. 4. ZOO.

²³² VS BiH, Pž. 506/87, od 23.06. 1988. – Bilten SP VS BiH 3/88 – 61.

²³³ VS BiH, Pž. 324/88, od 14.06. 1989. – Bilten SP VS BiH 4/89 – 102.

*Da bi se zasnovaio ugovor o jemstvu potrebno je da se zaključi pismeni ugovor između povjerioca i jemca. Bez postojanja pismenog ugovora jemstvo se ne može uspostaviti.*²³⁴

*Potpis jamca na mjenici ne zamjenjuje potpis jamca na ugovoru o jamstvu.*²³⁵

*Povjerilac iz ugovora o kreditu održao je ugovorni rok u kome je morao pozvati jemca na plaćanje, ako je prije isteka roka zahtijevao naplatu akceptnih naloga koje je primio jemac radi obezbjeđenja svog potraživanja.*²³⁶

*Jamac koji je namirio dugovanje dužnika prema banci ovlašten je od dužnika zahtijevati povrat isplaćenog iznosa.*²³⁷

*Propuštanje obavješćavanja solidarnog jemca da glavni dužnik nije ispunio obavezu, ne lišava povjerioca prava da od jemca traži ispunjenje obaveza. U takvom slučaju povjerilac odgovara jemcu za eventualnu štetu koju je (jemac) pretrpio zbog tog propuštanja.*²³⁸

Hipotetički slučaj

Povjerilac P potražuje od glavnog dužnika D određeni novčani iznos na ime kredita. Za blagovremeno i uredno vraćanje kredita jemče Jovan i Janko. Poslije proteka dužeg vremena povjerilac P nije tražio vraćanje kredita, tako da je to potraživanje zastarjelo. Nakon toga glavni dužnik D pismeno priznaje postojanje obaveze i odriče se zastarjelosti. Povjerilac se pokušava naplatiti od glavnog dužnika ali ne uspijeva, pa se sa svojim zahtjevom obraća jemcima. Jemci odbijaju ispunjenje obaveze za koju su jemčili. Povjerilac podnosi tužbu nadležnom sudu protiv jemaca. Kakvu će odluku donijeti sud?

Obrazloženje

I. Nesporno je da je povjerilac P dao glavnom dužniku određeni iznos novca na ime zajma. Također je nesporno da su jemci jemčili za uredno ispunjenje obaveze. U ovom slučaju je sporno to što je glavni dužnik pismeno priznao zastarjelu obavezu.

II. Prema odrebi člana 366. st. 1. ZOO pismeno priznanje zastarjele obaveze smatra se kao odricanje od zastarjelosti. U tom slučaju zastarjela obaveza iz prirodne (naturalne) prelazi u prinudnu obavezu čije se ostavrenje može sudski zahtijevati.

III. Međutim, prema odredbi člana 422. st. 2. ZOO kod solidarnih obaveza odricanje od navršene zastarjelosti nema dejstvo prema ostalim dužnicima.

IV. Imajući u vidu odredbu čl. 1019. st. 1. ZOO, prema kojoj zastarjelošću obaveze glavnog dužnika zastarijeva i obaveza jemca, to znači da je u

²³⁴ VS S, broj Prev. 339/98. – 3/2000.

²³⁵ VS H, Rev. 1922/86, od 20.01. 1987. – PSP 35 – 83.

²³⁶ VS FBiH, Pž. 26/00, od 24.02. 2000. – Bilten SP VS FBiH 2/00 – 46.

²³⁷ VS RH, Rev. 2911/94, od 04.06.1997. – Izbor odluka 2/1997 – 22/62.

²³⁸ VS BiH, Pž. 27/84, od 20.04. 1984. – Bilten SP VS BiH 2/84 – 35.

vrijeme (navodnog) odricanja od zastare glavnog dužnika nastala zastara tužiteljevih (davalac kredita) potraživanja i prema jemcima. S tim u vezi odricanje od zastare glavnog dužnika, prema odredbi čl. 422. st. 2. ZOO, nema učinka prema jemcima i oni (jemci) s uspjehom mogu tužiocu isticati prigovor zastarjelosti.²³⁹

Hipotetički slučaj

Dužnik D duguje povjeriocu P 1.000 KM ili 2.000 kg cementa (alternativna obaveza). Jemci J1 i J2 jemče P-u za izvršenje D-ove obaveze. Po dospelosti obaveze D je ne ispuni i jemac J1 dovozi P-u 2.000 kg cementa s namjerom da ispuni dospjeli dug. Međutim, P odbija prijem cementa i ispunjenje u novcu (1.000 KM) zahtijeva u cijelosti od J2. Na povratku kući J1 doživi udes krivicom drugog lica i sav cement propadne. Povjerilac insistira na ispunjenju novčane obaveze, čemu se dužnik i jemci protive.

Pitanje: Kakva su prava sudionika u ovom odnosu?

Obrazloženje

I. U ovom slučaju povjerilac P svoje potraživanje može ostvarivati prema dužniku D ili prema jemcima J1 i J2. Odnos između D sa jedne i J1 i J2 sa druge strane nije od značaja za rješavanje konkretnog slučaja.

II. Postavlja se pitanje može li P zahtijevati ispunjenje obaveze od J2. Shodno odredbi čl. 997. ZOO ugovorom o jemstvu jemac se obavezuje prema povjeriocu da će ispuniti punovažnu i dospjelu obavezu dužnika, ako ovaj to ne učini. Shodno odredbama čl. 1005. ZOO više jemaca nekog duga odgovaraju solidarno, bez obzira na to da li su jemčili zajedno, ili se svaki od njih obavezao prema povjeriocu odvojeno, izuzev kad je ugovorom njihova odgovornost uređena drugačije.

III. Uvjeti koji bi u konkretnom činjeničnom stanju morali biti ispunjeni kako bi P mogao zahtijevati ispunjenje od J2 jesu postojanje punovažne obaveze, njezina dospelosti, te solidarna odgovornost jemaca. Obaveza glavnog dužnika D-a prema povjeriocu P je punovažna, što možemo zaključiti usljed nepostojanja drugačijih podataka u činjeničnom stanju zadatka. Obaveza je i dospjela; ugovor je zaključen u pismenoj formi, što također smijemo zaključiti usljed nepostojanja drugačijih podataka. Na pitanje da li su J1 i J2 solidarni dužnici može se odgovoriti potvrdno, uz obrazloženje da se iz činjeničnog stanja ne vidi da je odgovornost J1 i J2 ugovorom uređena drugačije.

IV. Obaveza je dospjela i povjerilac je dužan ispunjenje obaveze primiti od svakog lica koje ima pravni interes da obaveza bude ispunjena (čl. 296. st. 2. ZOO). Jemci svakako jesu osobe koje su zainteresirane da obaveza bude ispunjena, jer se oni javljaju kao supsidijarni dužnici. Shodno odredbi čl. 403. ZOO, ako neka obaveza ima dva ili više predmeta, ali je dužnik dužan dati samo jedan da bi se oslobodio obaveze, što je u našem primjeru slučaj, pravo izbora, ako nije nešto drugo ugovoreno, pripada dužniku i obaveza prestaje kad on preda predmet koji je

²³⁹ Vidi Odluku VS H, Rev. 76/89, od 28.12. 1989. – PSP 47 – 81.

izabrao. Povjericilac je, odbijajući prijem ispunjenja obaveze od J1, došao u povjerilačku docnju (čl. 325. st. 1. ZOO).

V. Nakon P-ovog dolaska u docnju alternativni predmet obaveze (cement) je propao bez krivice J1. Obaveza dužnika, a time i jemaca, je prestala, jer dolaskom povjerioca u docnju prestaje dužnička docnja i na povjerioca prelazi rizik slučajne propasti ili oštećenja stvari (čl. 326. st. 1. ZOO).

VI. Povjericilac P ne može zahtijevati od J2 ispunjenje u novcu.

3. Odustanica

Pod odustanicom se podrazumijeva sporazum ugovornih strana prema kojem jedna ili obje ugovorne strane mogu odustati od već zaključenog ugovora davanjem odustanice. Odustanica je pravo jedne ili obje ugovorne strane da plaćanjem određenog iznosa novca odustanu od ugovora. Odustanica se najčešće određuje posebnom klauzulom u glavnom ugovoru, ali nema smetnje da se ovo pravo ugovori i naknadno. Predmet odustanice je najčešće određeni iznos novca, a može biti i neka druga generička ili individualno određena stvar.

Odustanica se najčešće ugovora kao pravo jedne strane, ali pošto postoji sloboda ugovaranja, odustanica može biti ugovorena kao pravo obje ugovorne strane. Strana u čiju je korist odustanica ugovorena ima pravo izbora (tzv. *facultas alternativa*) između dvije mogućnosti: ili da odustane od ugovora i drugoj strani isplati odustanicu ili da ostane kod ugovora i da traži ispunjenje svoga potraživanja uz, eventualno, istovremeno ispunjenje svoje obaveze.

Ugovarač u čiju je korist ustanovljena odustanica može odustati od ugovora samo do predviđenog roka, ukoliko su ugovarači taj rok odredili. Ako rok za odustanak nije određen, ovlaštena strana može odustati od ugovora dok ne protekne rok određen za ispunjenje njene obaveze.

Čim je ovlaštena ugovorna strana izabrala jednu od gore navedenih alternativa, njeno pravo izbora prestaje i ona svoju odluku ne može više jednostrano mijenjati. Naprimjer, ako je obavijestila drugu stranu da odustaje od ugovora, ona više ne može tražiti ispunjenje obaveze.

Odustanica može biti ugovorena zajedno s kaparom. U tom slučaju se javlja kapara kao odustanica. Naime, kad je uz kaparu ugovoreno i pravo na odustanak od ugovora, tad se kapara smatra odustanicom i u tom slučaju svaka strana može odustati od ugovora²⁴⁰. Ako odustane strana koja je dala kaparu, tada ona gubi kaparu, a ako odustane strana koja je primila kaparu, tada ona mora vratiti kaparu u dvostrukom iznosu. U slučaju kad ugovorna strana odustaje od ugovora ne mora objašnjavati zbog čega to čini, niti je od važnosti pitanje odgovornosti ugovarača za odustanak od ugovora.

Hipotetički slučaj

²⁴⁰ Vid i član 83. st. 1. ZOO.

Adem i Besim zaključili su ugovor o prodaji. U tom ugovoru ugovorili su odustanicu u iznosu od 500 KM kao pravo svakog ugovarača. Poslije izvjesnog vremena Adem predaje Besimu 500 KM i saopštava mu da tim činom odustaje od već zaključenog ugovora. Besim je nezadovoljan ponašanjem druge strane, smatra da je ona kriva za neispunjenje ugovora i da kao takva (odgovorna strana) nema pravo na odustanak od ugovora. Može li "kriva" strana odustati od ugovora?

Obrazloženje

I. *U ovom slučaju ugovorena je odustanica kao pravo obiju strana (kupca i prodavca). Odustanica predstavlja pravo da se davanjem iste odustane od ugovora (čl. 82. st. 1. ZOO).*

II. *Obzirom da odustanica predstavlja pravo za onu stranu u čiju je korist ugovorena, odustati od ugovora uz davanje odustanice može i ona strana koja je kriva za neizvršenje ugovora.²⁴¹*

Sudska praksa

Odustatninom se ne može smatrati iznos koji je dat u svezi s ugovorom koji nije pravovaljan.²⁴²

Stranka koja je odustala od ugovora ne može se osloboditi plaćanja odustanice ako nisu ispunjeni uslovi za raskid ugovora zbog promijenjenih okolnosti.²⁴³

Stranke mogu ugovoriti pravo na raskid ugovora plaćanjem odustanice i nakon što su počele ispunjavati svoje obaveze iz ugovora ili primati ispunjenje druge strane, uprkos odredbi čl. 82. st. 5. ZOO, jer se radi o dispozitivnoj, a ne prinudnoj normi.²⁴⁴

Ugovarač koji je primio kaparu kao odustanicu kada odustane od ugovora dužan je da je vrati protivnoj stranci u dvostrukom iznosu.²⁴⁵

²⁴¹ VS RH, Rev. 1013/92, od 22.09.1992. – Izbor odluka 2/94.

²⁴² VS RH, Rev. 1361/96, od 14.02.2001. – Izbor odluka 2/2001 22.

²⁴³ Vs BiH, Rev. 599/86, od 18.06.1987. – Bilten Vs BiH 3/87 – 24.

²⁴⁴ Vs BiH, Rev. 667/86, od 28.09.1987. – ZIPS, broj 493; Bilten Vs BiH 4/87 – 28.

²⁴⁵ Vs BiH, Rev. 21/89, od 21.09.1989. – Bilten Vs BiH 4/89 – 57.

D. SMETNJE KOD ISPUNJENJA UGOVORNIH OBAVEZA

1. NEVAŽNOST UGOVORA

Da bi jedan ugovor bio valjan, odnosno proizvodio pravne učinke, potrebno je da se ispune određene pretpostavke vezane za saglasnost volja ugovarača, njihovu poslovnu sposobnost, valjanost predmeta i dopuštenost pravne osnove. Ponekad se za punovažnost ugovora traži i određena forma. Ukoliko jedna od naprijed navedenih pretpostavki nedostaje u momentu zaključenja ugovora, tada taj ugovor ne proizvodi pravna dejstva. Za takve ugovore kažemo da su ništavi²⁴⁶.

Međutim, nevažnost ugovora se može javiti i drugim slučajevima. Tu se, prije svega, misli na ugovore koji su protivni prinudnim (kogentnim) normama, ustavnom uređenju ili moralu društva. Ugovor može biti nevažeći i u slučaju mana volje ugovornih strana. Svaki od navedenih nedostataka ne proizvodi uvijek istu građanskopravnu sankciju. Određeni nedostaci vode apsolutnoj, a drugi relativnoj ništavosti ugovora.

Prema ustaljenoj praksi, do donošenja ZOO, nevažeći ugovori dijelili su se na apsolutno²⁴⁷ i relativno²⁴⁸ ništave. Međutim, ZOO podjelu nevažećih ugovora vrši na ništave i pobjjne²⁴⁹, pri čemu ništavi ugovori odgovaraju apsolutnoj ništavosti, a pobjjni relativnoj ništavosti ugovora. U daljem izlaganju i mi ćemo se služiti terminologijom koju je usvojio ZOO.

1.1. Ništavi ugovori

Ništavi su oni ugovori koji su protivni ustavnom uređenju, prinudnim propisima ili moralu društva. Nedostaci ništavih ugovora su takvi da im pravni poredak ne priznaje pravno dejstvo. Svako pravo štiti ustavom utvrđeni poredak, pa tako i obligaciono pravo predviđa ništavost poslova koji su suprotni ustavnom uređenju. Kao primjer može poslužiti ugovor kojim se žrtva krivičnog djela obavezuje učinocu tog djela da od njega neće tražiti naknadu štete.

Najčešći razlog ništavosti ogleda se u suprotnosti sadržaja ugovora sa propisom imperativne prirode²⁵⁰. Naprimjer, ništav je ugovor o prometu nekretnina, gdje je predmet ugovora stvar koja nije u prometu (*res extra comertio*). Isto tako, ugovorne strane ne mogu svojim ugovorom skraćivati ili produžavati zakonom određen zastarni rok i sl.

Ugovor može biti ništav i zbog toga što se protivi moralu, odnosno moralnim normama određenog društva. Mnogo je teže odrediti kada je jedan ugovor suprotan moralnim normama, nego kad je ugovor protivan imperativnoj normi. Moral i

²⁴⁶ Za označavanje ovakvih ugovora upotrebljavaju se i drugi izrazi i to: "nepunovažni" ili "nevažeći ugovori".

²⁴⁷ Za aposlutnu ništavost sreću se i drugi nazivi, i to: ništavi ugovori ili, jednostavno, ništavost.

²⁴⁸ Za označavanje relativne ništavosti koriste se i drugi termini, a najčešće: pobjjni ili rušljivi ugovori, odnosno pobjjnost ili rušljivost.

²⁴⁹ Vidi čl. 103 i 111. ZOO.

²⁵⁰ Propisi imperativne prirode se još označavaju i kao kogentne norme ili prinudni propisi.

moralna shvatanja su promjenljive kategorije. Ono što je za jedno društvo na određenom stupnju razvoja nemoralno, u nekom drugom ne mora biti prihvaćeno) kao nemoralno. Primjer za to može biti ugovor o poklonu koji žena učini svome vanbračnom partneru pod uslovom da s njom ostane živjeti u vanbračnoj zajednici. Pitanje kad se ugovor smatra nemoralnim, te u skladu s tim i ništavim, ostavljeno je sudu da prosudi u svakom konkretnom slučaju.

U ZOO su propisani i drugi razlozi ništavosti, i to: poslovna nesposobnost stranaka²⁵¹, nespornost (*disens*) prilikom izjave volje²⁵², nemogućnost, nedopuštenost i neodređenost, odnosno neodredivost predmeta obaveze (činidbe)²⁵³, nedopuštenost i nepostojanje osnove²⁵⁴, a pod izvjesnim uslovima i nepostojanje određene forme²⁵⁵.

Na ništavost ugovora mogu se pozvati sva zainteresirana lica. Osim toga, i sud, po službenoj dužnosti (*ex officio*), pazi na ništavost. Pozivanje na ništavost ne zastarijeva. Postavlja se pitanje da li ono lice koje je zainteresirano da se utvrdi ništavost mora podnijeti tužbu. Kod ništavosti se smatra da ugovor nije ni nastao i da njegova ništavost postoji od početka (*ex tunc*), pa u skladu s tim podizanje posebne tužbe za poništenje ugovora nije potrebno. Dovoljno je da se zainteresirano lice pozove na ništavost i to tako što će ili istaknuti prigovor ništavosti ili tražiti povrat onoga što je dao suprotnoj strani. Međutim, ponekad može biti sporno da li između samih ugovornih strana postoje razlozi ništavosti ili ne. U tom slučaju smatramo da bi zainteresirano lice moglo podnijeti tužbu za utvrđenje. Sudska odluka će imati samo deklaratoran, a ne konstitutivan karakter.

Pravne posljedice ništavosti očituju se prije svega u tome što svaka ugovorna strana mora vratiti drugoj strani sve ono što je primila na osnovu ništavog ugovora. Znači, obavezu vraćanja primljenog ima samo ona stranu koja je već nešto primila po osnovu ništavog ugovora. Strana koja nije ništa primila ne može ništa ni vratiti. Restitucija primljenog vrši se, prije svega, u naturi. Ako nije moguća naturalna restitucija, ugovorna strana koja vraća dužna je dati novčanu protuvrijednost za primljenu stvar.

Izuzetak od pravila potpune restitucije predviđen je u članu 104. st. 2. ZOO, gdje se kaže da sud može, u cijelosti ili djelimično, odbiti zahtjev nesavjesne strane za vraćanje onog što joj je dala, ako je ta strana svojim ponašanjem dovela do ništavosti ugovora. Iz istih razloga sud može odlučiti da druga strana ono što je primila po osnovu zabranjenog ugovora preda općini na čijoj teritoriji ona ima sjedište, odnosno prebivalište.

Pored restitucije, savjesna strana ima pravo i na naknadu štete. Savjesnom stranom smatra se ona ugovorna strana koja nije znala niti je prema okolnostima slučaja morala znati za postojanje uzroka ništavosti.

²⁵¹ Član 54. st. 2. ZOO.

²⁵² Član 63. ZOO.

²⁵³ Član 47. ZOO.

²⁵⁴ Član 51 i 52. ZOO.

²⁵⁵ Član 70. ZOO.

Pravne posljedice ništavosti nisu od interesa samo za ugovorne strane nego ponekad i za treća lica. Naime, postavlja se pitanje kakav je pravni položaj trećeg lica koje je na osnovu valjanog pravnog posla steklo stvar koja je predmet ništavog ugovora. *Npr., A i B zaključe ugovor o prodaji i odmah uslijedi izvršenje takvog ugovora (A preda B-u bicikl, a B isplati kupoprodajnu cijenu). Nakon toga, B proda taj bicikl C-u. Pitanje je da li je C postao vlasnik bicikla i da li on taj bicikl može zadržati, ukoliko se kasnije ustanovi da je ugovor između A i B ništav. Dosljednim pridržavanjem principa da niko ne može na drugoga prenijeti više prava nego što ga sam ima²⁵⁶, dalo bi se zaključiti da treći (C), od svoga sukontrahenta (saugovarača) ne može steći nikakva prava. Prvobitni bi vlasnik stvari (A) poslije poništenja ugovora mogao tužbom zahtijevati povrat stvari od novog sticaoca (C), jer je B i držao stvar po osnovu ništavog ugovora.*

Međutim, od gore navedenog pravila postoje izuzeci, a oni su ustanovljeni zbog sigurnosti pravnog prometa.

Prvi izuzetak postoji u slučaju kada se na strani sticaoca (C) ispune uslovi za sticanje prava vlasništva po osnovu dosjelosti (održaja, *usucapio*). Za sticanje prava vlasništva putem dosjelosti potreban je kvalificirani posjed i protek određenog vremena (redovna dosjelost)²⁵⁷, a kod izvanredne dosjelosti potrebna je savjesnost sticaoca i protek dužeg vremena²⁵⁸. Pod savjesnošću sticaoca podrazumijeva se da on nije znao niti je prema okolnostima slučaja mogao znati da njegov prethodnik nije vlasnik stvari, odnosno da on tu stvar drži po osnovu ništavog ugovora.

Drugi izuzetak je sticanje prava vlasništva od nevlasnika. Ovo sticanje vlasništva je jedan od načina originarnog sticanja vlasništva na pokretnim stvarima. Da bi se steklo vlasništvo na jednoj stvari od nevlasnika, pored posebnih uslova, potrebno je da sticalac savjestan, da se radi o teretnom (naplatnom) poslu (ugovoru), te da se radi o pokretnoj stvari²⁵⁹.

Djelimična ništavost. Prilikom zaključenja određenog ugovora, ugovorne strane sporazumno određuju kako bitne uslove tog ugovora tako i one manje bitne. Ukoliko se ništavost odnosi na bitnu odredbu ugovora, tada će cijeli ugovor biti ništav. Nasuprot tome, ukoliko je samo nebitna odredba pogođena ništavosti, tada će ugovor ostati na snazi, i to bez te odredbe. Pravilo da ništavost jedne manje važne ugovorne odredbe ne povlači i ništavost cijelog ugovora prihvaćeno je u svim većim kodifikacijama²⁶⁰.

²⁵⁶ *Nemo plus iuris ad alium transferre, potest quam ipse habet.*

²⁵⁷ Kvalificirani posjed je savjestan i zakonit posjed. Prema čl. 32. st. 1. Zakona o vlasničko-pravnim odnosima ("Sl. novine FBiH", br. 6/98 – u daljem tekstu ZOVO) posjednik stiče pravo vlasništva na nepokretnoj stvari koja je u vlasništvu drugog lica, protekom 10 godina savjesnog i zakonitog posjeda. Isto pravo samo na pokretnoj stvari savjestan posjednik stiče protekom roka od tri godine (čl. 33. st. 1. ZOVO)

²⁵⁸ Za nepokretne stvari protek vremena iznosi 20 godina (čl. 32. st. 2. ZOVO), a kod pokretnih stvari ovaj rok iznosi 6 godina (čl. 33. st. 2. ZOVO).

²⁵⁹ Vidi čl. 36. ZOVO.

²⁶⁰ Vidjeti npr. § 139 BGB, član 20. Švajcarskog zakona o obligacijama, član 1419 Italijanskog građanskog zakonika i dr.

U našem ZOO u čl. 105. st. 1. Također je prihvaćeno stanovište da ništavost jedne odredbe ugovora ne znači nužno ništavost cijelog ugovora. Da bi ugovor mogao opstati i pored ništavosti neke odredbe, moraju se ispuniti i dodatni uslovi:

- ◆ da ugovor može opstati bez te ništave odredbe, tj. da se ne radi o bitnoj odredbi ugovora;
- ◆ da ta odredba nije bila uslov zaključenja ugovora i
- ◆ da ništava odredba nije bila odlučujuća pobuda za zaključenje ugovora.

Kad će jedan ugovor opstati, i pored toga što sadrži ništavu odredbu, faktičko je pitanje, o kojem sud odlučuje u svakom konkretnom slučaju. Sud mora voditi računa o stvarnoj volji obiju ugovornih strana. Isto tako, bitno je utvrditi imaju li i koliku nezavisnost ništave odredbe u odnosu na cjelokupni ugovor, tj. nije li njihova ništavost u suprotnosti s cjelokupnim smislom i ciljem ugovora.

Hipotetički slučaj:

Ekrem (prodavac) je u junu mjesecu 1994. godine prodao Ljubiši određene nekretnine u Prnjavoru (kuću i zemljište) za ukupnu cijenu od 60.000,00 DEM. Tužitelj smatra da postoji nesrazmjerna vrijednost uzajamnih davanja (isplaćena kupoprodajna cijena nije srazmjerna stvarnoj vrijednosti nekretnina), te da kupoprodajni ugovor nije rezultat njegove slobodno izražene volje, obzirom da je isti zaključen u okolnostima koje su diktirale ratne prilike. Tuženi ističe da on nije vršio nikakav pritisak na prodavca, da ugovorena kupoprodajna cijena gotovo u potpunosti odgovara procijenjenoj vrijednosti nekretnina. Tužilac podnosi tužbu augusta 1998. godine i traži poništenje ugovora, čemu se tužilac protivi. Kakvu će odluku donijeti sud?²⁶¹

Obrazloženje:

I. Prvostepeni (Općinski) i drugostepeni (Okružni) sud smatraju da se radi o tužbi za poništenje ugovora o kupoprodaji zbog mana volje i zbog prekomjernog oštećenja, pa kako je ugovor zaključen 1994. godine, a tužba podnesena 1998. godine, zaključili su da je tužiocu, u smislu člana 117. i 139. ZOO, prestalo pravo zahtijevati poništenje ugovora. Naime, prema članu 117. ZOO pravo zahtijevati poništenje pobojnog ugovora prestaje istekom roka od jedne godine (subjektivni rok), odnosno tri godine (objektivni rok), a prema članu 139. st. 2. ZOO pravo zahtijevati poništenje ugovora zbog prekomjernog oštećenja prestaje istekom godine dana od njegova sklapanja.

II. Međutim, nižestepeni sudovi nisu ispitali okolnosti koje su pratile zaključenje ugovora i koje bi mogle poslužiti kao osnova pravilnog suđenja, o pravoj namjeri stranaka i kako bi se ugovor mogao razumjeti onako kako to odgovara poštenju i pravoj volji stranaka. Nižestepeni sudovi nisu iznijeli svoje mišljenje o tome da li postoje okolnosti koje ukazuju da ugovor nije zaključen pod normalnim okolnostima i da ne odgovara pravoj volji ugovornih strana, što je tvrdio tužilac (revident), a što bi ugovor činilo ništavim. U tom slučaju se tužbeni zahtjev ne bi mogao odbiti pozivom na odredbu čl. 117. i čl. 139. ZOO, jer se one ne odnose na

²⁶¹ Vidi VS RS, Rev. 473/03, od 02.07. 2004.

slučaj kada se pojavi pitanje ništavosti ugovora. Protekom vremena ništav ugovor se ne može konvalidirati (čl.107. ZOO), a pravo na tužbu radi utvrđenja ništavosti pravnog posla ne može zastarjeti (čl. 110. ZOO).

III. Sudovi su morali utvrditi okolnosti pod kojima je ugovor zaključen i sa posebnom pažnjom ocijeniti pitanje da li su ugovorne strane, a posebno tužilac s obzirom na njegovu osobenu situaciju, izrazili pravu volju da zaključe ovaj i ovakav ugovor. U ovom slučaju nije odlučujuće da li je na tužioca vršen pritisak od strane tuženog (kupca), nego više da li je tužilac bio pod pritiskom opšte situacije pod kojom je zaključen ugovor. Isto tako sud je morao utvrditi jesu li postojali faktori koji bitno ograničavaju slobodu odlučivanja i samu volju da se ugovor takav kakv je zaključi, odnosno da li ugovor odgovara stvarnim željama ugovarača u jednoj normalnoj situaciji, pogotovo ako postoji i očigledna nesrazmjera uzajamnih davanja.

Sudska praksa:

Ako se zabrana za zaključenje određenog ugovora odnosi samo na jednu stranu, a ne na drugu, bila bi to relativna zabrana, odnosno relativna ništavost ugovora. Cilj ove zabrane koje se tiču jedne od strana, a ne samog posla, ne utiču na pravnu valjanost pravnog posla. Takav ugovor može opstati ako drugačije nije određeno.²⁶²

Činjenica da su stranke ugovorile služnost vidika i služnost naslona zgrade nije razlog da se predmetna nagodba poništi, jer predmet nagodbe stranaka nije radnja koja po zakonu ne može biti predmet punovaljane obveze.²⁶³

Ništava je odredba ugovora o višoj ili nižoj stopi zatezne kamate od one koja je određena propisom, ali je ugovor punovažan u pogledu glavnog duga i bez te odredbe.²⁶⁴

Prolazna (privremena) nemogućnost ispunjenja ugovora o kupoprodaji zgrade (dok nadležni organ općine ne riješi imovinsko pravne odnose sa vlasnicima zemljišta na kome se zgrada ima podignuti) ne čini, ako nije drukčije propisano ili ugovoreno, ugovor ništavnim, već samo odgađa ispunjenje ugovorne obaveze.²⁶⁵

Ništava je ugovorna odredba kojom se oštećeni odriče prava na naknadu deliktom prouzrokovane štete, koja bi eventualno nastala nakon zaključenog ugovora o obeštećenju.²⁶⁶

Ništav je ugovor o diobi ako ga nisu zaključili svi suvlasnici, pa ne veže ni one suvlasnike koji su ga zaključili.²⁶⁷

Ništav je usmeni ugovor o poklonu nepokretnosti.²⁶⁸

²⁶² VS RS, Rev. 117/94, od 14.12. 1994. – Bilten 1/1999 – 73.

²⁶³ VS H, Rev. 586/87, od 29.07. 1987. - PSP 37 – 48.

²⁶⁴ VS BiH, Gž. 48/88, od 14.12. 1987. – Bilten SP VS BiH 1/88 – 19.

²⁶⁵ Ks u Sarajevu – Bilten sp Ks 3/2001. str 27.

²⁶⁶ Vs BiH, Rev. 485/85, od 12.12.1985. – Bilten Vs BiH 1/86 – 4.

²⁶⁷ Vs BiH, Rev. 396/87, od 14. aprila 1988.

²⁶⁸ Vs BiH, Rev. 543/86, od 21.5.1987., Bilten Vs BiH 4/87 – 1.

Nije ništav ugovor o doživotnom izdržavanju iako je zaključen kratko vrijeme prije smrti primaoca izdržavanja, ako davalac izdržavanja nije bio svjestan da zbog prirode bolesti predstoji skoro smrt primaoca izdržavanja²⁶⁹.

Ništav je ugovor kojim štićenica poklanja staraocu svoje nekretnine bez odobrenja nadležnog organa starateljstva, pa je osnovan zahtjev poklonodavca da se briše prenos prava vlasništva u zemljišnoj knjizi i uspostavi ranije zemljišno-knjižno stanje²⁷⁰.

Ništav je u cjelini ugovor kojim jedan od bračnih drugova, bez saglasnosti drugog, prodaje stvar koja je zajednička svojina bračnih drugova²⁷¹.

Nije ništav ugovor o kupovini motornog vozila koji je uvezao korisnik poreske povlastice, jer je zabrana otuđenja prije proteka zakonskog roka sankcionisana samo gubitkom ove poreske povlastice²⁷².

1.2 Pobjni ugovori

Hipotetički slučaj:

Prodavac P je prodao kupcu K umjetničku sliku za 50.000 KM. Kupoprodajna cijena je plaćena odmah, a slika je predata u vlasništvo K. Poslije nekoliko dana K je konstatovao da slika nije original nego samo dobra kopija.

Prava K?

*I. U ovom slučaju jasno je da je zaključen **ugovor o prodaji**, koji je odmah i izvršen. Naime, P je predao predmet ugovora (slika), a K je platio cijenu. K bi mogao zahtijevati povrat isplaćenog novca ako uspije poništiti zaključeni pravni posao?*

II. K je umjesto originala dobio kopiju slike a što nije bila njegova želja. Iz činjenica navedenih u slučaju da se zaključiti da se K nalazio (ili ga je P doveo) u bitnoj zabludi u pogledu predmeta prodaje.

III. Obzirom da se K nalazio u bitnoj zabludi to on ima pravo na pobijanje zaključenog ugovora.

IV. Posljedica poništenja ugovora (zbog zablude) je ta da ono što je primljeno po osnovu takvog posla ima se vratiti drugoj strani.

*V. Zaključak: **K ima pravo na povrat novca, a obavezan je P-u vratiti kopiju slike.***

Pobjni ugovori²⁷³ su takvi ugovori koji proizvode pravna dejstva, ali se na zahtjev zainteresiranih lica mogu poništiti. Pobjni ugovori sadrže određeni

²⁶⁹ VS FBiH, Rev. 105/99, od 02.09. 1999. – Bilten SP VS FBiH 2/99-56.

²⁷⁰ VS BiH, Rev. 342/86, od 24.10. 1986. – Bilten SP VS BiH 1/87-5.

²⁷¹ VS BiH, Rev. 338/84, od 09.08. 1984. – Bilten SP VS BiH 3/84-63.

²⁷² VS BiH, Rev. 80/86, od 15.05. 1986. – Bilten SP VS BiH 3/868-7.

nedostatak, zbog čega se određenim licima daje pravo da ove ugovore poništavaju. Ovi ugovori, za razliku od ništavih, sadrže određeni nedostatak, ali se njime ne vrijeđa opći društveni interes. Kao razlozi poboynosti (relativne ništavosti), u Zakonu su navedeni:

- ◆ ograničena poslovna sposobnost ugovarača (čl. 54 – 59 ZOO),
- ◆ mane volje i to: zabluda, prijetnja i prevara (čl. 60 – 66 ZOO),
- ◆ prekomjerno oštećenje (čl. 139 ZOO) i
- ◆ pravne radnje dužnika preduzete na štetu povjerioca (čl. 280 – 285 ZOO).

Kada se u jednom ugovoru steknu razlozi koji vode poboynosti, tada je za poništenje takvog ugovora ovlaštena samo ona ugovorna strana u čiju korist je ta poboynost ustanovljena. Ukoliko taj ugovarač ne želi podići tužbu za poništenje pravnog posla (ugovora), tada se druga lica na postojanje tih nedostataka ne mogu pozivati.

Poboyni ugovor proizvodi pravna dejstva i to sve dotle dok on ne bude poništen. Npr., *ugovor zaključen u zabludi proizvodi pravna dejstva kao i svaki drugi valjan ugovor sve dok lice koje je u zabludi ne pokrene postupak za poništenje takvog pravnog posla*. Ukoliko ovlašteno lice ne podnese tužbu za poništenje ugovora, takav ugovor će egzistirati kao i svaki drugi valjan ugovor. U slučaju donošenja sudske odluke, ista neće imati deklaratoran, već konstitutivan karakter. Ovom se presudom ugovor poništava i to s retroaktivnim dejstvom.

Protekom određenog vremena ovaj će ugovor konvalidirati i više se niko neće moći pozivati na relativnu ništavost. Znači, prava poništenja relativno ništavog ugovora može prestati. Konvalidacija rušljivog ugovora moguća je na dva načina. Izričita konvalidacija pretpostavlja jednostranu izjavu lica u čiju je korist poboynost ugovorena da se odriče prava pobijati ugovor. Drugi način jeste prešutna konvalidacija. To je takva situacija kad lice u čijem interesu postoji poboynost u cijelosti ili djelimično ispuni ugovor. Ovdje se pretpostavlja da je ono znalo za mogućnost pobijanja ugovora, ali je od toga dobrovoljno, putem ispunjenja, odustalo.

Opće je pravilo da ugovorna strana u čijem je interesu poboynost ustanovljena ima pravo na poništenje ugovora. U skladu s tim poništenje rušljivog ugovora mogu zahtijevati slijedeća lica:

- ◆ Zakonski zastupnik (odnosno staralac) ograničeno poslovno sposobnog lica ili samo ograničeno poslovno sposobno lice kada postane potpuno poslovno sposobno;
- ◆ Lice (ugovarač) koje je u zabludi, prinuđeno ili prevareno, za slučaj da se poništenje ugovora zahtijeva zbog mane volje;
- ◆ Ugovarač koji je prekomjerno oštećen;
- ◆ Pod izvjesnim, zakonom propisanim uslovima, ovo pravo pripada i povjeriocu koji je oštećen dužnikovim pravnim radnjama i
- ◆ Univerzalni sukcesori (nasljednici) gore navedenih lica.

²⁷³ Za ove ugovore, pored termina poboyni, upotrebljavaju se i drugi izrazi i to: relativno ništavi, rušljivi ili oborivi ugovori.

Pravo na zahtjev za poništenje pobojnog ugovora vezano je za određeni rok. Taj rok iznosi godinu dana od dana saznanja za pobojnost, odnosno od prestanka prinude, a u svakom slučaju ovo pravo prestaje protekom vremena od tri godine od dana sklapanja ugovora²⁷⁴. Prvi rok (od godinu dana) je *subjektivni*, a drugi (od tri godine) je *objektivan rok*. Ovi rokovi su prekluzivni i ako se propuste pravo poništenja se gubi.

Rokovi od jedne i tri godine ne važe za ugovore koji su rušljivi zbog ograničene poslovne sposobnosti jednog od ugovarača, a niti kod prekomjernog oštećenja. Naime, prema čl. 59. ZOO, poslovno sposobno lice može u roku od tri mjeseca od dana sticanja potpune poslovne sposobnosti zahtijevati poništenje ugovora, koji je to lice bez potrebnog odobrenja zaključilo tokom svoje ograničene poslovne sposobnosti. Kod prekomjernog oštećenja, oštećena strana ne može zahtijevati poništenje ugovora protekom roka od jedne godine od dana njegovog zaključenja (čl. 139. st. 2. ZOO).

Zbog sigurnosti pravnog prometa, drugoj ugovornoj strani data je mogućnost da i ona sama traži izjašnjenje od svoje ugovorne strane, ostaje li ili ne pri ugovoru. U tom slučaju saugovarač strane u čijem je interesu pobojnost ustanovljena mora toj strani ostaviti određeni rok za izjašnjenje, koji ne može biti kraći od 30 dana. Ukoliko se pozvana strana u tome roku izjasni da ostaje ili odustaje od ugovora, to njezino izjašnjavanje je konačno i ne može se poslije mijenjati. Ukoliko se pozvana strana ne izjasni u ostavljenom roku smatra se da je ugovor poništen.

Pravne posljedice poništenja pobojnog ugovora su takve da taj ugovor prestaje važiti i to od njegovog zaključenja, tj. *ex tunc*. To znači da ugovarači ne moraju ispuniti obaveze koje su preuzeli zaključenjem tog ugovora. Ako su ugovarači ispunili u cijelosti ili djelimično svoje obaveze, dužni su da međusobno uspostave onakvo stanje kakvo je bilo prije zaključenja ugovora, tj. da vrate ono što su jedan od drugoga primili. Restitucija primljenog nije uvijek moguća, jer je npr. strana koja je određenu stvar primila po osnovu pobojnog posla tu stvar već potrošila ili je dalje sa njom raspolagala. U takvim slučajevima strana koja ne može vratiti primljenu stvar dužna je dati odgovarajuću naknadu u novcu.

Pored restitucije primljenog, posljedica pobojnog ugovora može biti i pravo na naknadu štete. Ako je jedna od ugovornih strana kriva za pobojnost ugovora, (npr. zbog prijetnje ili prevare), obavezna je drugoj ugovornoj strani naknaditi štetu, i to kako pozitivni tako i negativni ugovorni interes. Pozitivni ugovorni interes je ona šteta koju je pretrpila ugovorna strana zbog toga što nije došlo do ispunjenja ugovora, odnosno to je ona izgubljena korist koju bi ta ugovorna strana ostvarila da je došlo do pravilnog ispunjenja ugovora. Negativni ugovorni interes je ona šteta koju je pretrpjela jedna ugovorna strana, postupajući u uvjerenju da je ugovor valjan, a pri tom ne znajući da je ugovor pobojan, dok je druga strana istovremeno znala ili je morala znati za postojanje razloga koji dovode do pobojnosti ugovora.

²⁷⁴ Vidi čl. 117. ZOO.

Ništavi i pobjojni ugovori imaju određenih sličnosti, ali i razlika. Na njih ćemo pokušati ukazati upoređujući jedne sa drugim:

◆ Ništav ugovor je od početka bez pravnog dejstva i protekom vremena ne može postati pravno valjan. Pobjojan ugovor sadrži nedostatak, ali se taj nedostatak protekom vremena ili izjavom volje lica u čijem interesu je pobjojnost ustanovljena može otkloniti.

◆ Na ništavost se mogu pozivati sva zainteresirana lica. Pravo pozivanja na pobjojnost ugovora pripada samo ugovaraču u čijem je interesu pobjojnost ustanovljena.

◆ Na ništavost ugovora sud pazi po službenoj dužnosti. Na pobjojnost se sud ne obazire, dok same strane ne ukažu na postojanje razloga za poništenje ugovora.

◆ Sudska odluka kod ništavog ugovora ima deklaratoran karakter. Kod pobjojnog ugovora se meritorno odlučuje je li pobijani ugovor ništav ili nije i zbog toga sudska odluka ima konstitutivan karakter.

◆ Ništav ugovor ne može biti konvalidiran, dok pobjojan može.

◆ Pravo isticanja ništavosti ugovora ne zastarjeva. Pobjojnost se može isticati samo u Zakonom predviđenim rokovima.

Hipotetički slučaj:

Prodavac P se sa kupcem K usmeno sporazumio o prodaji određene nekretnine za 70.000 KM. Da bi porez na promet nekretnina bio manji u pismenom ugovoru (kojeg su ovjerili pred sudom) navode cijenu u iznosu od 50.000 KM. Po dospelosti obaveze plaćanja P zahtijeva isplatu 70.000 KM (stvarno dogovorene cijene), dok K nudi isplatu samo 50.000 KM, ističući kako je to cijena navedena u pismeno zaključenom ugovoru. Kako će sud riješiti nastali spor?

Obrazloženje:

I. Ugovorne strane su u pismeno zaključenom ugovoru navele jednu cijenu, dok je stvarno izražena njihova volja u usmeno postignutom dogovoru bila usmjerena na plaćenje druge, više cijene. Zadatak suda u ovm slučaju jeste da utvrdi da li i koji od dva ugovora u ovom slučaju proizvodi pravna dejstva.

II. Pismeno zaključeni ugovor (prodajna cijena 50.000 KM) – koji je vidljiv trećim licima – jeste tzv. simulirani ili prividni ugovor obzirom da ugovorne strane ne žele takav ugovor i shodno odredbi čl. 66. st. 1. ZOO taj ugovor ne proizvodi pravna dejstva.

III. Usmeno zaključeni ugovor o prodaji nekretnine (cijena 70.000 KM) je disimulirani ili prikriveni ugovor i njega ugovarači zaista i žele, te bi takav ugovor bio valjan. Naime, prema odredbi člana 66. st. 2. ZOO ako prividan ugovor prikriva neki drugi ugovor taj drugi ugovor važi ako su ispunjeni uslovi za njegovu pravnu valjanost.

IV. Postavlja se daljnje pitanje da li je ovaj drugi (usmeni) ugovor valjan. Ugovor o prometu nepokretnosti podliježe posebnim pravilima o formi. U čl. 9. st. 1. Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o prometu nepokretnosti navedeno je da se ugovor o prometu nepokretnosti zaključuje u pismenom obliku a potpisi ugovarača

moraju biti ovjereni u nadležnom sudu, te da ugovor koji je zaključen protivno odredbi st. 1. ovog člana ne proizvodi pravno dejstvo.

V. Rješenje: **ni jedan od dva zaključena ugovora ne proizvodi pravno dejstvo.** S tim u vezi prodavac nije obavezan predati nekretninu a ni kupac nije dužan platiti cijenu.

Sudska praksa:

*Izjava o odricanju od nasljeđa ne može se opozvati, ali se može tražiti njeno poništenje zbog mane volje u subjektivnom roku od godinu dana, odnosno u objektivnom roku od tri godine*²⁷⁵.

*Prividan ugovor nema učinke među strankama, pa on nije ni nastao. Zato se ne može s uspjehom zahtijevati njegovo poništenje*²⁷⁶.

*Zahtijevati da se ugovor poništi može samo ugovorna strana u čijem je interesu pobjnost ustanovljena, pa slijedom toga, nije aktivno legitimirana treća osoba, koja uopće nije stranka iz ugovora*²⁷⁷.

*Valjanost sudske nagodbe može se pobijati iz razloga iz kojih se po općim propisima može zahtijevati poništenje pobijanog ugovora. U ovom slučaju se nagodba pobija zbog jedne od mana volje, konkretno zablude, što znači da je riječ o pobjnom poslu. Valja, dakle, imati na umu pravilo o prestanku prava iz odredbe čl. 117. ZOO, prema kojoj pravo zahtijevati poništenje pobjnog posla prestaje istekom roka od jedne godine od saznanja za razlog pobjnosti odnosno od prestanka prisile, s tim da to pravo u svakom slučaju prestaje istekom roka od tri godine od dana sklapanja ugovora. Obzirom da se radi o prekluzivnim rokovima na njih sud pazi po službenoj dužnosti*²⁷⁸.

*Nagodba se ne može s uspjehom pobijati iz razloga relativne ništavosti iznošenjem prigovora u parnici, već posebnom tužbom za poništenje ugovora*²⁷⁹.

*Izjava o odricanju od nasljeđa ne može se opozvati, ali se može tražiti njeno poništenje zbog mane volje u subjektivnom roku od godinu dana, odnosno u objektivnom roku od tri godine*²⁸⁰.

*Ako su ugovarači prividno (simulirano) izjavili da zaključuju jedan pravni posao, a stvarno su zaključili drugi pravni posao, onda prividno zaključeni pravni posao nema nikakve važnosti. Stvarno zaključeni pravni posao proizvodi puno dejstvo ukoliko ispunjava ostale uslove potrebne za njegovu punovažnost a ako te uslove ne ispunjava, onda je i on nepunovažan (čl. 66. ZOO)*²⁸¹.

²⁷⁵ VS BiH, Rev. 182/91, od 21.03.1991. – Bilten SP VS BiH 2/91-99.

²⁷⁶ VS RH, Rev. 3135/95, od 20.10. 1999. – Izbor odluka 1/2000 – 22.

²⁷⁷ Vts RH, Pž. 1037/93, od 25.01. 1994. – Praxis 2 – 30.

²⁷⁸ VS H, Rev. 236/89, od 05.04. 1990. – PSP 51 – 88.

²⁷⁹ VS RH, Rev. 221/92, od 01.04. 1992. – Izbog odluka 1994 – 52/115.

²⁸⁰ VS BiH, Rev. 182/91, od 21.03. 1991. – Bilten SP VS BiH 2/91 – 99.

²⁸¹ KS Sarajevo – Bilten SP KSS 2/2001, str. 25.

2. DOCNJA (ZAKAŠNJENJE)

Pod docnjom se podrazumijeva dužnikovo zakašnjenje u ispunjenju obaveze ili povjeriočevo odbijanje da primi ispunjenje obaveze od dužnika. Iz ovoga se vidi da se u docnji može nalaziti kako dužnik (*mora debitoris ili mora solvendi*) tako i povjerilac (*mora creditoris ili mora accipiendi*).

2.1. Dužnička docnja

Hipotetički slučaj:

A je 01.04. kao zakupodavac zaključio ugovor o zakupu dvije poljoprivredne mašine sa B-om kao zakupcem. U ugovoru nije rečeno ništa o tome kad je A obavezan B-u predati mašine. Kad A niti do 10.04. još uvijek nije izvršio predaju mašina, B mu se pismeno obraća. U pismu stoji: "Podsjećam Vas na Vašu obavezu da mi isporučite dvije mašine. Molim Vas isporučite mi ih odmah, jer me je Vaše dosadašnje zakašnjenje već koštalo 700 KM".

Jednu mašinu A predaje B-u 15.04., a druga i dalje ostaje kod njega. Poslije pet dana neisporučena mašina izgori u požaru kojeg A nije skrivio. Ovo A-ovo zakašnjenje u neispunjenju druge mašine koštalo je B-a 300 KM, a definitivna nemogućnost ispunjenja (predaja izgorjele mašine) još 1.200 KM.

Pitanje: B zahtijeva cjelokupnu naknadu štete u iznosu od 2.200 KM (700 + 300 + 1.200)?

Dužnik je obavezan svoju obavezu ispuniti na vrijeme i na za to tačno određenom mjestu i na pravilan način. Kad dužnik neopravdano odugovlači sa ispunjenjem svoje obaveze ili je ne ispuni na pravome mjestu, tada za drugu stranu (povjerioca) može nastati šteta. Naknadu tako nastale štete povjerilac može, pod određenim uslovima, zahtijevati od dužnika.

Prema pravnim pravilima krivica je bila uslov da bi dužnik odgovarao za zakašnjenje. Ipak, ZOO je napustio ovo stanovište i prihvatio objektivni koncept docnje. Prema članu 324. st. 1. dužnik se nalazi u docnji kada ne ispuni obavezu u roku određenom za ispunjenje²⁸².

a. Pretpostavke dužničke docnje

Da bi postojala dužnička docnja moraju se ispuniti određene pretpostavke, i to:

◆ Neispunjenje obaveze

²⁸² I prije donošenja ZOO u našem privrednom pravu je već bila prihvaćena objektivna docnja. Naime prema br. 206 Opštih uzansi za promet robom dužnik se nalazi u docnji kada ne ispuni svoju dospjelu obavezu.

Na osnovu obligacionog odnosa nastaju određena prava i obaveze. Dužnik mora ispuniti svoju obavezu i to tako da se ispunjenjem obaveze postigne svrha ugovora. Docnju moramo razlikovati od nemogućnosti ispunjenja. Kod docnje je još uvijek moguće postići željeni uspjeh, npr. isporučiti kupljeni namještaj sa zakašnjenjem. Ako ispunjenje obaveze nije moguće ni u naknadnom roku, tada više ne možemo govoriti o docnji, nego o naknadnoj nemogućnosti ispunjenja.

Kod poslova sa fiksnim rokom dužnik, u pravilu, ne može pasti u docnju. Neispunjenjem obaveze do tačno određenog roka nastupa odmah nemogućnost, a ne docnja. Npr., *ako se ne isporuči vjenčanica do zakazanog vjenčanja, tada nema svrhe isporuka ni poslije vjenčanja.*

◆ Dospjelost obaveze

Svoju obavezu dužnik nije dužan ispuniti prije nego što ona dospije. To znači da prije dospelosti obaveze dužnik ne može biti u docnji. Obaveza dospijeva u ono vrijeme koje je određeno sporazumom stranaka. Ako tog sporazuma nema, tada obaveza dospijeva s obzirom na svrhu posla. Pod svrhom posla se podrazumijeva prije svega cilj koji se želi postići tim poslom. Tom cilju treba podesiti vremensko izvršenje obaveze. Ako se dospelost obaveze ne može odrediti prema svrsi posla, tada se dospelost obaveze određuje prema prirodi obaveze i ostalim okolnostima. Npr. *isporuka sjemenske pšenice mora uslijediti prije sjetve.* Ako se rok dospelosti ne može odrediti prema prethodnim kriterijima, tada povjerilac može *odmah* zahtijevati ispunjenje obaveze, a dužnik sa svoje strane može zahtijevati da povjerilac *odmah* primi ispunjenje (čl. 314).

◆ Opomena

Sama po sebi dospelost zahtijevane obaveze još uvijek ne znači da je dužnik u docnji. Povjerilac mora pozvati dužnika na ispunjenje obaveze, odnosno on ga mora opomenuti.

Opomena ne mora biti izjavljena u određenoj formi. Dovoljno je da dužnik iz nje može jasno prepoznati namjere povjerioca, te da neispunjenje obaveze, za dužnika, povlači određene posljedice. Opomena može biti saopćena usmeno ili pismeno, ali isto tako i započinjanjem nekog postupka čija je svrha postizanje ispunjenja obaveze. Dalje, opomenom se smatra i nalog za isplatu ili prezentiranje mjenice i sl. Bez značaja su neodređene i uslovne opomene, kao i one kojima povjerilac opominje za nešto drugo a ne za ono što predstavlja dužnikovu obavezu.

Postoje slučajevi kada dužnik pada u docnju bez prethodne opomene povjerioca. To će biti u onim slučajevima kada je datum (rok) ispunjenja obaveze tačno određen. Naime, još od rimskog prava usvojeno je pravilo da, kada je datum ispunjenja tačno određen, tada sam taj datum opominje dužnika (*Dies interpellat pro homine*). Dužnik pada u docnju sljedećeg dana nakon dana kada je trebao ispuniti svoju obavezu. Npr. *ako vjerovnik i dužnik ne ugovore rok dospijeca novčane tražbine za naplatu (za plaćanje duga), pa vjerovnik u fakturi naznači da fakturirani iznos dospijeva za naplatu u roku od 45 dana, dan dospijeca je 45. dan. Smatra se da rok teče 45 dana od dostave*

*fakture dužniku, pa dužnik pada u zakašnjenje s plaćanjem 46. dana od dostave fakture i od tada vjerovnik ima pravo na zatezne kamate. (čl. 324. st. 2. ZOO).*²⁸³

Osim toga, opomena nije potrebna ni onda ako iz ponašanja dužnika proizlazi da ona ne bi imala nikakvog efekta. Npr., dužnik ozbiljno i odlučno odbija ispunjenje obaveze nakon njene dospelosti. Zatim, opomena nije potrebna ni onda kad se dužnik odrekne prava na opomenu ili kada on naknadno obeća ispunjenje obaveze na tačno određeni dan. Ovakvim ponašanjem dužnik odvraća povjerioca od slanja opomene. Ako bi se dužnik ipak pozvao na to da ga povjerilac nije opomenuo, tada dužnik postupa protivno savjesnosti i poštenju, te dobrim poslovnim običajima²⁸⁴.

U primjeru navedenom na početku izlaganja o dužničkoj docnji B bi mogao zahtijevati od A naknadu štete zbog zakašnjenja u iznosu od 700 KM shodno odredbi čl. 262. st. 2. ZOO pod uvjetom da se A i prije 10.04. nalazio u docnji. U docnju je A međutim došao tek nakon B-ove opomene 10.04. U docnji se A nalazi tek 11.04., te B tako neće uspjeti sa zahtjevom za naknadu štete u iznosu od 700 KM. Zahtjev za naknadom štete u iznosu od 300 KM B bi mogao ostvariti također pod uvjetom da se A nalazio u docnji sa predajom druge mašine, koji uslov je ispunjen. Zahtjev za naknadom štete u iznosu od 1.200 KM B bi mogao ostvariti shodno odredbi čl. 262. st. 2. ZOO. Obzirom da je druga mašina propala nakon što je A već bio u docnji, nije od značaja činjenica da je propala bez njegove krivice, obzirom da dužnik u docnji odgovara i za slučajnu propast odnosno oštetećenje predmeta ugovora, tako da će B ostvariti pravo na naknadu štete u iznosu od 1.200 KM.

b. Pravne posljedice dužničke docnje

◆ Dužnik koji se nalazi u docnji ne oslobađa se svoje obaveze. On je i dalje dužan ispuniti onu činidbu koja je predmet obligacije²⁸⁵.

◆ Pored zahtjeva za ispunjenje obaveze, povjerilac ima pravo i na naknadu cjelokupne štete koju je on pretrpio zbog dužnikovog zakašnjenja.

◆ Tokom docnje pojačava se dužnikova odgovornost prema povjeriocu i za slučajnu propast stvari. Naime, dužnik odgovara i za djelimičnu ili potpunu nemogućnost ispunjenja obaveze i ako tu nemogućnost nije skrivio, ali je ona nastupila poslije njegovog dolaska u docnju, za koju odgovara (čl. 262. st. 4.). Npr., *dužnik D odgovara kupcu K-u ako mu na vrijeme ne preda automobil i taj automobil u D-ovoj garaži slučajno izgori. Da je D na vrijeme predao automobil, on ne bi izgorio. Ali on neće odgovarati ako dokaže da bi taj automobil slučajno izgorio i da ga je na vrijeme predao, npr. usljed udara groma izgori i D-ova i K-ova garaža.*

◆ Kad dužnik zakasni sa isplatom novčanog duga, tada je on obavezan povjeriocu platiti i zatezne kamate (moratorne kamate), i to bez obzira je li povjerilac pretrpio štetu zbog dužnikove docnje.

²⁸³ Ps, Pž. 3400/88, od 5.9.1989.-Psp 43-144

²⁸⁴ D. Medicus, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München, 1996, Rn. 402.

²⁸⁵ Vidi pravna pravila iz § 919 OGZ, § 553 SGZ i čl. 541 OIZ.

◆ Ako su ugovarači dogovorili i ugovornu kaznu za slučaj zakašnjenja ispunjenja dužnikove obaveze, tada dužnik pored ispunjenja obaveze duuguje i isplatu ugovorene kazne (čl. 270. st. 1.).

◆ Kad je dužnik u docnji kod dvostranih ugovora, tada povjerilac može zahtijevati ispunjenje obaveze ili raskinuti ugovor uz ostavljanje dužniku naknadnog roka za ispunjenje njegove obaveze. Ako dužnik ne ispuni obavezu u naknadnom roku, povjerilac može raskinuti ugovor uz zahtjeva za naknadu štete (čl. 124 – 132.)

◆ Dužnik se može osloboditi odgovornosti za nastalu štetu ako dokaže da je zakasnio sa ispunjenjem obaveze zbog okolnosti nastalih poslije zaključenja ugovora koje nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći (čl. 263.).

c. Prestanak dužničke docnje

Dužnička docnja prestaje onda kada dužnik ponudi uredno ispunjenje svoje obaveze. Dužnik mora ponuditi i ispunjenje svih obaveza koje su nastale zbog njegove docnje. U tom slučaju docnja prestaje za buduće vrijeme, ali njene dotadašnje posljedice dužnik mora snositi. Osim dužnika, obavezu može ispuniti i drugo lice koje ima pravni interes za ispunjenje dužnikove obaveze (npr. jamac, zalagodavac i dr.). Povjerilac je dužan primiti ispunjenje obaveze i od tih lica. Ako povjerilac odbije prijem od tih lica, tada on pada u povjerilačku docnju, a dužnička docnja prestaje.

Hipotetički slučaj²⁸⁶:

Prodavac P zaključio je sa kupcem K ugovor o prodaji automobila. K je cijenu platio kako je ugovoreno. P je potom povećao cijenu i obratio se K-u tražeći razliku u cijeni kao uslov održanja na snazi zaključenog ugovora. K je P-u nedvosmisleno stavio do znanja da razliku u cijeni ne namjerava platiti, nakon čega je P vratio K-u iznos koji je ovaj platio na ime cijene iz ugovora o prodaji, izjavljujući kako raskida ugovor.

P poziv na plaćanje više cijene obrazlaže time da je do povećanja cijene automobila koji je predmet ugovora došlo usljed objektivnih razloga, a prije isteka roka u kojem je vozilo prema ugovoru trebalo biti isporučeno. S druge strane, K ističe kako je P nakon njegove primio i narudžbe drugih kupaca, te da su petorici njih automobili isporučeni prije nego K-u, iako su oni platili kasnije. K smatra da bi, da je P isporuke izvršio prema redu uplata, kako je uobičajeno, K vozilo dobio prije poskupljenja.

Ima li K pravo na isporuku auta po staroj cijeni?

I. P je bio dužan da se prilikom isporuke pridržava redoslijeda uplata, jer se radi o uobičajenoj poslovnoj praksi, postupanje protivno kojoj predstavlja povredu odredaba

²⁸⁶ Uporedi: Vs BiH, Rev. 441/90, od 18.10.1990.. – Bilten Vs BiH 4/90 - 53

čl. 12. i čl. 18. st. 3. ZOO. Shodno tome P ne može jednostrano raskinuti ugovor, te će u svrhu ispunjenja istog K-u morati predati vozilo koje je predmet ugovora.

Inače bi P imao pravo promijeniti cijene iz objektivnih razloga. U tom bi slučaju (da je ispoštovao red isporuka) imao pravo da, nakon K-ove izjave prema kojoj ovaj nema namjeru doplatiti razliku u cijeni, ugovor raskine u skladu s odredbama čl. 127. i 128. ZOO.

Hipotetički slučaj:

Petar P je početkom maja mjeseca predao majstoru M na popravku svoje havarisano vozilo. Tom prilikom su se dogovorili da M popravi vozilo (oštećenja lima na zadnjoj haubi i blatobranu) u roku od 7 (sedam) dana a da P plati određenu naknadu. Međutim, M nije popravio vozilo u ugovorenom vremenu nego je vozilo ostavio u svom dvorištu oko pola godine, za koje vrijeme su na automobilu nastala nova oštećenja. Nakon toga vozilo je nestalo iz dvorišta tuženog (majstor M) i nije vraćeno tužiocu (Petar P). P se interesira za svoja prava i podnosi tužbu nadležnom sudu. Kakvu će odluku donijeti sud?²⁸⁷

Obrazloženje

I. U ovom slučaju zasnovan je pravni odnos između Petra P i majstora M, koji sadrži bitne elemente ugovora o djelu.

II. Prema odredbi člana 607. st. 1. ZOO poslenik (majstor M) je dužan izvršiti djelo kako je ugovoreno i po pravilima posla. Kada se radi o izvršenju obaveze iz profesionalne djelatnosti tada je poslenik dužan u smislu člana 18. stav 2. ZOO da u izvršenju postupa sa povećanom pažnjom (pažnja dobrog stručnjaka). Nakon što izvrši djelo dužan je prema članu 613. ZOO, predati naručiocu (Petar P) opravljenju stvar (stav 1) osim ukoliko stvar koju je opravio propadne iz uzroka za koje on ne odgovara (stav 2).

III. Prema odredbi čl. 262. stav 2. ZOO kad dužnik ne ispuni obavezu ili zakasni sa njezinim ispunjenjem, povjerilac ima pravo zahtijevati i naknadu štete koju je usljed toga pretrpio. Ovo pravo, u smislu stava 4. istog člana povjerilac ima i u slučaju djelimične ili potpune nemogućnosti ispunjenja koja nastupi nakon docnje za koju dužnik odgovara.

*IV. U konkretnom slučaju tuženi nije izvršio opravku vozila, niti je vozilo predao tužiocu u ugovorenom roku, te je protekom tog roka dospio u docnju. S obzirom da iz utvrđenog činjeničnog stanja ne proizlazi da je do ovog zakašnjenja došlo iz opravdanih razloga, već upravo suprotno, da je do toga došlo isključivo postupanjem tuženog, to je njegova **obaveza da tužiocu nadoknadi štetu** i pored toga što je za njega objektivno nastupila nemogućnost ispunjenja obaveze iz ugovora o djelu.*

Sudska praksa:

²⁸⁷ Uporedi sa odlukom KS Sarajevo – Bilten sp KsS 2/2001, str. 18.

Ako rok za ispunjenje nije određen, dužnik dolazi u zakašnjenje kad ga vjerovnik pozove da ispuni obavezu, a može se smatrati da je to učinio dostavom računa.²⁸⁸

Parnična stranka može zahtijevati zatezne kamate na potraživanje naknade parničnih troškova od dana isticanja opredijeljenog zahtjeva za naknadu troškova parnice.²⁸⁹

Ako dužnik ne ispuni obvezu plaćanja iz sudske nagodbe u paricijskom roku, duguje vjerovniku zatezne kamate od prvog dana iza proteka paricijskog roka do isplate jer je istekom paricijskog roka pao u zakašnjenje s plaćanjem nagodbene svote.²⁹⁰

Prodavatelj ne može zahtijevati naknadu zbog nekorištenja prodatog vozila i kada kupac kasni sa isplatom cijene, ukoliko ugovor nije raskinut zbog neispunjenja. Naime, u ovom slučaju prodavac je odmah predao kupcu kupljeno vozilo, a kupac je trebao kasnije isplatiti cijenu. Obzirom da tužilac (prodavac) nije zahtijevao raskid ugovora zbog neispunjenja obaveze, pripada mu samo pravo na ispunjenje obaveze isplate cijene i na naknadu štete koju bi zbog neispunjenja ili neblagovremenog ispunjenja pretrpio, a on to u ovoj parnici nije zahtijevao.²⁹¹

Kada je tuženi u docnji u pogledu isporuke tužiocu ugovorene količine robe, tada tužilac ima pravo da od tuženog potražuje ispunjenje ugovora i naknadu štete koju je zbog toga pretrpio. Međutim, materijalnu štetu zbog izgubljene dobiti mora konkretno dokazati po osnovu i visini.²⁹²

Ugovor ne prestaje zbog nemogućnosti ispunjenja ako su vanredne okolnosti nastupile nakon docnje za koju dužnik odgovara. U takvom slučaju, ako dođe do nemogućnosti ispunjenja obaveze, obaveza iz ugovora se transformiše u obvezu na naknadu štete.²⁹³

Dužnik je u zakašnjenju čim ne ispuni novčanu obavezu (dugovanje na tekućem računu), bez obzira na (ne)postojanje krivnje dužnika.²⁹⁴

Iz obrazloženja:

"Predmet spora je zahtjev tužiteljice za ispunjenje novčane obaveze tuženika – korisnika tekućeg računa zbog prekoračenja salda tekućeg računa, te zahtjeva za plaćanje zateznih kamata zbog zakašnjenja dužnika u ispunjenju novčane obaveze. Sporan je dio zahtjeva tužiteljice za plaćanje zateznih kamata za vrijeme od 25.VI.1991. do 8.VIII.1995. godine. Niži sudovi odbili su zahtjev tužiteljice pozivom na odredbu čl. 137. Zakona o obveznim odnosima – dalje ZOO, jer smatraju da je došlo do djelomične nemogućnosti ispunjenja obaveze. Pravni pristup nižih sudova je pogrešan, jer se u predmetu spora radi o novčanoj obvezi tuženika, pa se ne može raditi o nemogućnosti

²⁸⁸Vts RH, Pž. 716/94, od 6.12.1994. i Pž. 513/95 od 30.8.1995. – Zbirka 3 – 4

²⁸⁹Vs BiH, Pž. 309/90, isto Pž. 310/90 i Pž. 311/90, od 17.1.1991. - Bilten Vs BiH 1/91 –69

²⁹⁰Privredni sud Hrvatske, Pž-1096/89 od 16.05.1989. godine – PSP – 43.

²⁹¹VS FBiH, Pž. 244/98, od 24.11. 1998. – Bilten SP VS FBiH 1/99 – 45.

²⁹²Vs S, broj Prev. 63/98. – Bilten 2/1998.

²⁹³VS FBiH, Pž. 127/97, od 30.09. 1997. – Bilten SP VS FBiH 2/97 – 35.

²⁹⁴Vs RH, Gzz. 24/98, od 20.1.1999. i Gzz. 69/97, od 4.2.1999. – Izbor odluka 1/1999 – 20/16.

ispunjenja obveze, već se radi o posljedicama koje nastupaju zbog zakašnjenja u ispunjenju novčane obveze dužnika (zakašnjenje dužnika). Zakašnjenje dužnika u ispunjenju novčane obveze reguliraju odredbe čl. 324., čl. 277. i čl. 278. ZOO. Odredba čl. 324. st. 1. ZOO propisuje objektivno zakašnjenje dužnika jer ne traži dužnikovu krivnju za zakašnjenje, a što znači da je dužnik u zakašnjenju čim ne ispuni dospjelu novčanu obvezu i vjerovniku po odredbi čl. 277. st. 1. i čl. 278. ZOO pripada pravo na zatezne kamate.

Dužnik dolazi u zakašnjenje kad ne ispuni obvezu u roku određenom za ispunjenje, a ako rok nije određen, kad ga vjerovnik pozove da ispuni obvezu.²⁹⁵

2.2. Povjerilačka docnja

Hipotetički slučaj²⁹⁶:

A i B su zaključili ugovor o djelu, u okviru kojeg je A 6.1.1991. godine predao B-u na popravku oštećeno putničko vozilo, koje se B obavezao popraviti do početka trećeg mjeseca. B nije auto popravio u ugovorenom roku, pa niti do početka petog mjeseca, kada je auto ukradeno iz njegove radionice. B se A-ovom zahtjevu za naknadom štete za ukradeno vozilo suprotstavlja tako što ističe kako je A ne preuzevši vozilo nakon ugovorenog roka došao u povjerilačku docnju, čime je rizik od krađe prešao na njega. S pravom?

Povjerilac se nalazi u docnji ako bez osnovanog razloga odbije primiti uredno ponuđeno ispunjenje ili ga svojim ponašanjem spriječi. Da bi jedna obaveza bila uredno ispunjena najčešće je potrebno i aktivno učešće povjerioca. Npr., obaveza kupca je da preuzme kupljenu stvar. Nasuprot tome, kod pojedinih obligacija ne traži se učešće povjerioca, npr. prilikom uplate određenog iznosa novca na njegov račun u banci. U ovakvim slučajevima ne može ni nastupiti povjerilačka docnja.

Ukoliko povjerilac ne surađuje kod ispunjenja obaveze, tada dužnik neće biti oslobođen od svoje obaveze ispunjenja. Kad povjerilac neosnovano odbija prijem ispunjenja on se nalazi u docnji i snosi sve štetne posljedice docnje. Povjerilac se isto tako nalazi u docnji ako ne izvrši izbor kod alternativnih obligacija ukoliko njemu pripada izbor, ili ako ne preduzme sve potrebne pripremne radnje za preuzimanje ispunjenja.

Kod dvostranoobveznih obligacija povjerilac dolazi u docnju i onda kad je spreman primiti ispunjenje dužnikove obaveze, ali sa svoje strane ne nudi istovremeno ispunjenje svoje dospjele obaveze.

a. Pretpostavke povjerilačke docnje

Da bi se povjerilac nalazio u docnji, potrebno je da se ispune određene pretpostavke.

²⁹⁵ Vts RH, Pž. 3042/96, od 18.2.1997. – Zbirka 4 – 32.

²⁹⁶ Uporodi: Vs FBiH, Rev. 252/00, od 25.1.2001. – Bilten Vs FBiH 1/01 - 38

◆ Povjericilac dolazi u docnju tek onda kad je dužnik ovlašten na ispunjenje obaveze. Znači, obaveza koju ispunjava dužnik mora biti dospjela.

◆ Ispunjenje dospjele obaveze dužnik mora uredno ponuditi povjeriocu. Dužnik mora biti u stanju ne samo ponuditi nego i zaista ispuniti svoju obavezu. Ako bi povjericilac dokazao da dužnik u vrijeme ponude nije bio u mogućnosti ispuniti svoju obavezu, tada se povjericilac ne bi nalazio u docnji.

◆ Povjerilačka docnja pretpostavlja i odbijanje povjerioca da prihvati ponuđeno ispunjenje. Postojanje povjeriočeve krivice nije bitno, jer postoji njegova obaveza na preuzimanje ispunjenja. Nepreuzimanje ispunjenja izjednačava se sa situacijom kad povjericilac prihvata ispunjenje, ali ne želi izvršiti dospjelo protupotraživanje.

b. Posljedice povjerilačke docnje

Kako dužnička tako i povjerilačka docnja proizvodi određene pravne posljedice, koje negativno pogađaju onoga koji se nalazi u docnji, u ovom slučaju povjerioca.

◆ Povjerilačka docnja ne dovodi do oslobođenja dužnika od njegove obaveze, ali padanjem povjerioca u docnju prestaje dužnička docnja.

◆ Dužnik odgovara samo za štetu koju je prouzrokovao namjerno ili krajnjom nepažnjom. Isto tako, na povjerioca prelazi rizik slučajne propasti stvari. Ako je dužnikova obaveza individualno određena stvar i ta stvar slučajno propadne, tada se dužnik oslobađa svoje obaveze. Drugačija situacija je kad dužnik duguje generičku stvar. On se ne oslobađa svoje obaveze kod slučajne propasti stvari. Da bi i u ovim slučajevima dužnik bio oslobođen svoje obaveze, potrebno je da je on prethodno izdvojio ugovorenu količinu i o tome izvijestio povjerioca. Kad se radi o dvostranim obligacijama dužniku pripada pravo da od povjerioca traži ispunjenje protučinidbe.

◆ Od dana povjerilačke docnje prestaju teći kamate.

◆ Povjericilac je obavezan naknaditi dužniku svu štetu koju dužnik trpi zbog povjerilačke docnje. Isto tako, on je obavezan dužniku naknaditi troškove, koji mu eventualno nastanu, oko čuvanja stvari.

Kad se povjericilac nalazi u docnji, dužnik se može osloboditi svoje obaveze tako što će dugovanu stvar položiti kod suda. Polaganje se vrši kod stvarno nadležnog suda u mjestu ispunjenja, osim ako razlozi ekonomičnosti ili priroda posla ne zahtijevaju da se polaganje izvrši u mjestu gdje se stvar nalazi.

Povjerilačka docnja prestaje kad povjericilac primi ispunjenje obaveze od dužnika.

U primjeru navedenom na početku ove cjeline krađa vozila iz B-ove zanatske radnje ne predstavlja razlog koji bi B-a oslobodio odgovornosti, obzirom da A nije došao u povjerilačku docnju. A nije bio dužan preuzeti vozilo, te time nije ni mogao doći u zakašnjenje sve dok vozilo nije bilo u cijelosti popravljeno, a u dokaznom je postupku

utvrđeno da oštećenja na automobilu u vrijeme krađe još uvijek nisu bila u potpunosti otklonjena.

Sud stoji na stajalištu da, kada bi i postojalo na strani A povjerilačko zakašnjenje, B se ne bi mogao osloboditi svoje odgovornosti, jer bi u takvom slučaju sporno vozilo držao kao čuvar, te ne bi odgovarao samo i isključivo za slučajnu propast stvari, a ostao bi i dalje odgovoran za nestanak ili oštećenje koje bi nastalo njegovom nepažnjom ili usljed događaja za koji je odgovoran.

Sudska praksa:

Ne postoji docnja povjerioca i kada uz fakturu nisu priložene isprave o dugu, ako je dužnik morao posjedovati isprave na osnovu kojih je mogao utvrditi tačnost obračuna cijene.²⁹⁷

Povjerilac koji je izgubio mjenicu datu kao sredstvo obezbjeđenja plaćanja, nalazi se u povjerilačkoj docnji od dana dospijeca mjenice do dana pravosnažnosti rješenja o amortizaciji, pa mu za taj period ne pripada pravo na zatezne kamate (čl. 325. st. 1. i 326. st. 2. ZOO).²⁹⁸

Vjerovnik dolazi u zakašnjenje kad ne poduzme određene prethodne radnje bez kojih dužnik ne može ispuniti obavezu, a time istodobno prestaje dužnikovo zakašnjenje.²⁹⁹

Pravne posljedice povjerilačke docnje sastoje se u tome što na povjerioca prelazi rizik slučajne propasti i oštećenja stvari, a prestaje i eventualna docnja dužnika i što je povjerilac obavezan da naknadi štetu nastalu usljed svoje docnje dužniku.³⁰⁰

Kada povjerilac nije dostavio dužniku fakturu, a dužnik na drugi način nije mogao saznati visinu cijene za izvršenu uslugu, nije u obavezi da plati zatezne kamate od dana dospijeca obaveze plaćanja cijene do dana prijema fakture, jer je u tom periodu povjerilac bio u docnji (svojim ponašanjem spriječio je dužnika da ispuni svoju obavezu).³⁰¹

Vjerovnikovo zakašnjenje nema kao posljedicu raskid ugovora niti se ta okolnost sama po sebi može tumačiti kao vjerovnikov odustanak od ugovora.³⁰²

Dolaskom kupca u vjerovničko zakašnjenje ne prestaje prodavateljeva obaveza da mu preda stvar koju mu je prodao.³⁰³

Kamate prestaju teći na dug kad je vjerovnik pao u zakašnjenje odbivši primiti isplatu.³⁰⁴

²⁹⁷ Vs BiH, Pž. 162/88, od 17.2.1989. – Bilten Vs BiH 2/89 – 45.

²⁹⁸ Stav XIX koordiniranog sastanka privrednog sudstva, zavidovići, od 3. do 5.6.1986. – Bilten Vs BiH 2/96, str. 43).

²⁹⁹ Vs H, II Rev. 73/90, od 14.2.1991. – Psp 53 – 89.

³⁰⁰ Odluka Vrhovnog suda Srbije, Prev. 417/95. – Bilten 1/1996.

³⁰¹ Vs BiH, Pž. 382/86, od 18.3.1987. – Bilten Vs BiH 2/87 – 23.

³⁰² Vs RH, Rev. 1575/91, od 5.11.1991. – Izbor odluka 1993 – 78.

³⁰³ Vs H, Rev. 1131/88, od 7.12. 1988. – Psp 43 – 64.

3. ZASTARJELOST

3.1. Pojam

Povjerilac mora svoje pravo iz obligacije ostvariti u određenom vremenskom periodu. U protivnom, može se desiti da prava postanu teško ostvariva, jer protekom zakonom određenog vremena nastupa zastarjelost ili zastara. Zastara ne znači gubitak prava potraživanja, nego nemogućnost realizacije tog prava protivno volji dužnika. Nakon proteka određenog vremena potraživanje je moguće prisilno ostvariti samo ako dužnik ne istakne prigovor zastarjelosti. Ukoliko dužnik ne istakne taj prigovor, na zastaru se sud ne obazire po službenoj dužnosti. Znači, sud će usvojiti tužbeni zahtjev povjerioca ako dužnik ne istakne prigovor zastare, bez obzira na to da li je dužnik znao ili nije za postojanje zastare. U tom slučaju dužnik će biti obavezan i ispuniti svoju obavezu, a ukoliko to ne učini dobrovoljno, povjerilac će to tražiti prisilno- putem suda, a na osnovu pravosnažne sudske odluke.

Pored zastare, protek vremena je bitan i za dosjelost. Kod dosjelosti se protekom određenog vremena stiču određena prava (konstruktivno djelovanje proteka vremena), a kod zastare, uslovno rečeno, gube (destruktivno djelovanje proteka vremena).

Institut zastare služi, prije svega, pravnoj sigurnosti, te zaštititi dužnika od zahtjeva povjerioca iz relativno dalje prošlosti. Ne bi bilo korektno ostaviti povjeriocu mogućnost da on, kad god poželi, protiv svoga dužnika istakne zahtjev za ispunjenje obaveze. Povjerilac mora svoja prava ostvariti u zakonom predviđenom vremenu. Povjerilac je ovlašten raspolagati svojim potraživanjem, tj. on može, ali i ne mora se služiti svojim subjektivnim pravom. Zastara služi i za brže ostvarenje povjeriočevih prava. Povjerilac je obavezan da se blagovremeno postara za ostvarenje svojih potraživanja. Bez postojanja instituta zastare obligacionih prava, i pravna bi sigurnost bila dovedena u pitanje.

Npr. Anto (A) je prouzrokovao Branku (B) štetu 01.05.1996. godine. Zahtjev za naknadu štete B podnosi sudu 10.05.1999. godine. Je li A dužan B-u nadoknaditi štetu?

Budući da je A prouzrokovao štetu, on ju je, u skladu s općim pravilima, obavezan i naknaditi (čl. 154. ZOO i dalje). Međutim, B nije u određenom roku podnio zahtjev za naknadu, tako da će ostvarenje njegovog prava zavisiti od A-ove volje³⁰⁵. Ukoliko A istakne prigovor zastare, tada on neće biti dužan naknaditi štetu. U protivnom, ako A ne bude iskoristio svoje pravo i ne bude istaknuo prigovor, tada će biti obavezan naknaditi štetu. Ovdje nije bitno zbog čega A nije istaknuo prigovor, da li zbog toga što to nije htio, ili nije znao da ima pravo istaknuti prigovor. U svakom slučaju, sud se neće po službenoj dužnosti obazirati na zastarjelost.

³⁰⁴ Vs H, Rev. 1313/89, od 6.3. 1989. – Psp 51 – 78.

³⁰⁵ Prema čl. 376. st. 1. ZOO potraživanje naknade štete zastarijeva u roku od tri godine otkad je oštećenik doznao za štetu i za lice koje je štetu učinilo.

U našem pravu zastarjelost je regulirana u Zakonu o obligacionim odnosima, u čl. 360. – 393³⁰⁶. Pravila o zastarjelosti potraživanja odnose se na sve obligacije, bez obzira na izvor nastanka. Izuzev u ZOO, pravila o zastari postoje i u drugim zakonima kojima je regulirana posebna materija (npr. Zakon o mjenici ili Zakon o čeku). Odredbe o zastarjelosti u tim posebnim zakonima primjenjuju se kao *lex specialis* i imaju prednost u odnosu na pravila propisana u ZOO (*lex specialis derogat legi generali*).

Zastarijevanju su, načelno, podložna sva potraživanja. Zastarjelost nastupa kad protekne zakonom određeno vrijeme u kome je povjerilac imao pravo zahtijevati ispunjenje dužnikove obaveze (čl. 360. ZOO). To vrijeme naziva se rok ili vrijeme zastarijevanja.

Zastarijevanje počinje teći prvog dana nakon dana kad dospije potraživanje, i to kod obaveza na pozitivnu činidbu (*dare, facere*). Smatra se da je potraživanje dospjelo onda kad povjerilac može zahtijevati ispunjenje obaveze. Ako se obaveza sastoji u propuštanju, odnosno u nečinjenju, tada zastarjelost počinje teći prvog dana nakon dana kada je dužnik postupio protivno svojoj obavezi.

Zastarjelost nastupa kad istekne posljednji dan zakonom određenog vremena. Tu nije bitna savjesnost dužnika, jer njegovo znanje ili neznanje o zastarjelosti ne utječu na nastanak te zastarjelosti. Vrijeme zastarjelosti je vezano za obavezu, a ne za ličnost dužnika, tako da se u vrijeme zastarjelosti računa i ono vrijeme koje je proteklo u korist dužnikovih prethodnika. Tako npr. preuzimalac kod preuzimanja duga može povjeriocu, pored ostalog, istaći i prigovor zastarjelosti potraživanja. Isto pravo ima i cesus prema cesionaru.

Postavlja se pitanje jesu li propisi o zastarjelosti kogentne prirode, odnosno da li bi ugovorne strane mogle svojim sporazumom rokove zastarjelosti produžiti ili skratiti. U ZOO je propisano da se pravnim poslom (ugovorom) rokovi zastarjelosti ne mogu ni produžavati, a ni skraćivati³⁰⁷. Isto tako, ugovorom se ne može odrediti da zastarjelost neće teći za neko vrijeme.

Dužnik se ne može unaprijed odreći zastarjelosti. Ukoliko dužnik ispuni zastarjelu obavezu, on ne može zahtijevati da mu povjerilac vrati ono što je dao, jer je on ipak ispunio svoju obavezu. Nije bitno je li dužnik znao ili nije znao da je obaveza zastarjela. Ta obaveza je postojala i bila je valjana, ali je protekom vremena iz utužive prešla u naturalnu obavezu.

Kad zastari glavno potraživanje, zastarjela su i sporedna potraživanja, kao što su potraživanja: kamata, plodova, troškova, ugovorne kazne (čl. 369. ZOO). Povjerilac čije je potraživanje zastarjelo, a to je potraživanje obezbjeđeno zalogom ili

³⁰⁶ Do donošenja ZOO zastarjelost potraživanja bila je regulisana u Zakonu o zastarjelosti potraživanja - ZZZP ("Sl. list FNRJ" broj 40/53 i izmjene i dopune u br. 57/54). Odredbe u ZOO uglavnom su preuzete iz ZZZP-a. ZOO je napustio dvogodišnji zastarni rok (čl. 21. ZZZP) koji se odnosio na zastarjelost potraživanja plaća radnika, namještenika i službenika.

³⁰⁷ Isto pravilo sadržano je i u čl. 129. Švicarskog zakonika o obligacijama (ŠZO). Nasuprot tome, prema pravnim pravilima iz §1502 OGZ-a i § 950 SGZ-a bilo je dozvoljeno ugovorno skraćivanje roka zastarjelosti, dok je produženje bilo zabranjeno.

hipotekom, može se namiriti samo iz opterećene stvari ako je drži u rukama, odnosno ako je njegovo pravo upisano u javnoj knjizi.

3.2. Vrijeme zastarjelosti

*Hipotetički slučaj br.1*³⁰⁸:

Tuženi je prilikom izgradnje dalekovodne mreže početkom 1975. godine jedan od stubova dalekovoda postavio na parceli tužitelja. Pri tom je ispod dalekovoda posjekao šumu radi ostvarenja sigurnosti visine i udaljenosti drveća od opasne zone iskrenja dalekovoda. Sve do 1994. godine tuženi je svake dvije do tri godine vršio čišćenje rastinja ispod mreže, te je sjekao rubna stabla, koja su svojom širinom i visinom ulazila u područje udaljenosti u kojoj postoji opasnost iskrenja. Tom je prilikom tuženi posječena stabla bez obavještanja tužitelja o sječi ostavljao u šumi u kojoj su ista trulila. Tužitelj je početkom 1996. godine podnio tužbu u kojoj je tužbeni zahtjev koncipirao na način da je štetu koja mu je nanošena kroz gotovo 20 godina okarakterisao kao štetu koja je kontinuirano trajala, navodeći kako su štetne radnje ponavljane unutar roka od dvije godine. Na ovakve navode tužitelja tuženi je prigovorio da je u pogledu pojedinih potraživanja naknade štete nanesene tokom 70-ih, 80-ih i 90-ih godina nastupila zastarjelost istih, obzirom da su pojedine sječe, vršene svake dvije do tri godine, predstavljale zasebnu štetnu radnju, pa su i rokovi zastarjelosti u svakom slučaju protekli istekom 5 godina od nastanka štete. Tužitelj je navedeno osporio i istakao kako je zastarjelost počela teći od svršetka štetne djelatnosti, te da s obzirom da od tada nije proteklo više od dvije godine, zastarjelost nije mogla nastupiti. Može li se odgovor tuženog na tužiteljev prigovor smatrati osnovanim?

Vrijeme ili rok zastarjelosti nije isti za sva potraživanja. Razlikujemo **opće** i **posebne** zastarne rokove.

Opći zastarni rok iznosi pet godina³⁰⁹ i on se primjenjuje kad zakonom nije propisan neki poseban rok. Znači, ako zakon nije odredio rok zastarjelosti određenog potraživanja, to će potraživanje zastarjeti nakon proteka općeg zastarnog roka, tj. nakon pet godina.

ZOO propisuje i posebne rokove, i to: tri i jednu godinu dana.

Nakon tri godine zastarijevaju:

◆ potraživanja povremenih davanja, koja dospijevaju godišnje ili u kraćim određenim razmacima vremena (povremena potraživanja), pa bilo da se radi o sporednim povremenim potraživanjima (npr. kamate), bilo o takvim povremenim potraživanjima kojima se iscrpljuje samo pravo (npr. izdržavanje) računajući od dospjelosti svakog pojedinog davanja. To isto važi i za anuitete, tj. povremena davanja kojima se u jednakim, unaprijed određenim povremenim iznosima otplaćuju

³⁰⁸ Vs RH, Rev-3374/95. od 09.07.1998. – Izbor 1/99.

³⁰⁹ Prema čl. 14. ZZP opći zastarni rok iznosio je 10 godina.

glavnica i kamate. Međutim, to ne vrijedi za otplate u obrocima i druga djelimična ispunjenja (čl. 372. ZOO);

◆ međusobna potraživanja pravnih lica nastalih na osnovu ugovora o prometu robe i usluga kao i potraživanja naknade za izdatke učinjene u vezi s tim ugovorima. Zastarijevanje teče i rok se izračunava odvojeno za svaku isporuku robe, izvršeni rad ili uslugu (čl. 374. ZOO). U odluci se Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine br. Pž. 52/97, od 27.05.1997. godine³¹⁰ navodi kako *u trogodišnjem roku zastarijevaju samo međusobna potraživanja društvenih pravnih (sada državnih) pravnih lica iz ugovora o prometu robe i usluga. U obrazloženju je istaknuto da u konkretnom slučaju ugovorne strane nisu u vrijeme zaključenja ugovora bile društvena pravna lica (tužilac je preduzeće u privatnom vlasništvu, dok je tuženi dioničko društvo, što znači da u njega nije u cjelini uložen društveni, sada državni kapital, ako ga uopće i ima), te da se propisi kojima se odstupa od općih rokova zastarjelosti moraju tumačiti restriktivno odnosno da se takve propise ne može primjenjivati na zastarjelost potraživanja koja potiču iz ugovora u privredi, ako su zaključeni između bilo kojih pravnih lica.*

◆ potraživanje zakupnine, bilo da je određeno da se zakupnina plaća povremeno (npr. mjesečno), bilo u jednom ukupnom iznosu (čl. 375. ZOO);

◆ potraživanje naknade za učinjenu štetu i to od momenta kad je oštećenik doznao za štetu i za lice koje je tu štetu učinilo. Ovdje se radi o subjektivnom roku, a uslovi (saznanje za štetu i štetnika) moraju biti kumulativno ispunjeni (deliktna odgovornost). Ovo potraživanje zastarijeva u svakom slučaju nakon pet godina od dana kada je šteta nastala, i to bez obzira kad je oštećeni saznao za štetu i štetnika (objektivan rok). Ako je šteta nastala povredom ugovorne obaveze (ugovorna odgovornost), potraživanje naknade za tako nastalu štetu zastarijeva nakon vremena određenog za zastarijevanje te obaveze (čl. 376. ZOO). *U konkretnom primjeru tužitelj je u decembru 1987. godine doživio prometnu nezgodu, kao posljedicu koje je pretrpio fizičke bolove, te se u tom smislu liječio do 1989. godine, tačnije do 10.10.1989. godine, kada je njegovo liječenje okončano, odnosno zdravstveno stanje stabilizirano. Kontinuirano prisustvo tužitelja fizikalnim terapijama nastavljeno je do 1994. godine, kada je tužitelj u ovoj stvari podnio tužbu za naknadu štete. Sud je tužbeni zahtjev odbio jer je našao da je u predmetu nastupila zastarjelost potraživanja naknade štete, a istu je odluku potvrdio i neposredno viši sud. Kako je na ovu odluku izjavljena i revizija, revizijski je sud u odluci kojom reviziju odbija naveo da kontinuirano liječenje fizikalnom terapijom nema uticaja na zastarjelost potraživanja naknade štete, jer je tužitelj saznao za obim štete i sve elemente njezine visine do 1989. godine, kad se njegovo zdravstveno stanje stabiliziralo, te od tog dana počinje teći subjektivni zastarni rok od 3 godine, predviđen odredbom čl. 376. st. 1. ZOO.*³¹¹

³¹⁰ Bilten Vs FBiH 1/97 – 25.

³¹¹ Usporedi: Vs RH, Rev. 2614/00, od 13.12.2000. – Izbor odluka 1/2001 – 22.

Rješenje hipotetičkog slučaja 1:

I. U ovom slučaju sud, prije svega, mora utvrditi da li je ili nije nastupila zastarjelost potraživanja, jer od te činjenice umnogome zavisi rješenje spora.

*II. Sud je po utvrđenom činjeničnom stanju iz kojeg proizlazi da su sječe vršene svake dvije do tri godine našao da se **ne radi o šteti koja traje**, već da svaka sječa predstavlja zasebnu štetnu radnju u odnosu na koju teče zastarjelost potraživanja.*

III. Sud je usvojio prigovor zastarjelosti potraživanja.

◆ potraživanja osiguravača iz ugovora o osiguranju. Rok od tri godine počinje teći prvog dana poslije dana kada je osiguravač isplatio štetu oštećenom (čl. 380. st. 3. ZOO).

Prema čl. 378. ZOO, nakon jedne godine zastarijevaju:

◆ potraživanje naknade od domaćinstava za isporučenu električnu i toplotnu energiju, plin, vodu, za dimničarske usluge i za održavanje čistoće;

◆ potraživanja radio i televizijske pretplate;

◆ potraživanje pošte, telegrafa i telefona za upotrebu telefona i poštanskih pregradaka, kao i druga njihova potraživanja koja se naplaćuju u tromjesečnim ili kraćim rokovima;

◆ potraživanje pretplate na povremene publikacije, računajući od isteka vremena na koje je publikacija naručena. Zastarijevanje teče iako su isporuke ili usluge produžene.

U čl. 379. ZOO propisan je još jedan poseban rok zastarjelosti. Taj se rok odnosi na zastarjelost potraživanja koja su utvrđena pravosnažnom sudskom odlukom ili odlukom drugog nadležnog organa. Zastarni rok u ovim slučajevima iznosi deset godina, pa i za ona potraživanja za koja zakon predviđa kraći rok zastarjelosti.

3.3. Zastoj zastarijevanja

Hipotetički slučaj 2:

Potraživanje povjerioca P protiv dužnika D dospjelo je 1992. godine, a tužbu je podnio 1996. godine. Dužnik D (tuženi) ističe prigoro zastarjelosti jer je prošao roko od tri godine iz člana 374. ZOO (obje strane su društveno pravna lica). Povjerilac P (tužilac) smatra da nije protekao zastarni rok, jer se radi o ratnom periodu za koji period zastarijevanje ne teče (zastoj zastarijevanja).³¹²

Pitanje: kakvu će odluku donijeti sud?

³¹² VS FBiH, Pž. 97/01, od 15.08. 2001. – Bilten SP VS FBiH 2/01 – 36.

Hipoptetički slučaj 3:

Tužiočevo vozilo oštećeno je u saobraćajnom udesu 19.7. 1981. godine, a Zajednici osiguranja sa zahtjevom za naknadu štete obratio se 31.8.1981. godine. Dopisom od 29.10.1981. godine, tužena (Zajednica osiguranja) je obavijestila tužitelja da će mu, ukoliko nakon prethodnih provjeravanja utvrde da je zahtjev pravno osnovan, naknaditi štetu. Tužena nije kasnije obavijestila tužioca o svojoj odluci, te je on 12.8. 1985. godine, podnio sudu tužbu za naknadu štete. Tužena ističe prigovor zastarjelosti.³¹³

Pitanje: je li opravdan prigovor zastarjelosti?

O zastoju zastarijevanja govori se onda kada zbog nekih zakonom predviđenih činjenica ili postojanja određenih okolnosti zastarijevanje ne može teći, a ako je već počelo tada ono prestaje teći dok postoje te okolnosti. Znači, ako zastarijevanje nije moglo teći zbog nekog zakonskog uzroka, ono počinje teći kad otpadne taj uzrok. Međutim, ako je zastarijevanje počelo teći prije nego što je nastao uzrok koji je zaustavio njegov dalji tok, ono nastavlja teći kad prestane taj uzrok. Vrijeme proteklo prije zastoja zastarjelosti uračunava se u rok zastarijevanja (čl. 384. ZOO). Ali vrijeme trajanja zastoja ili mirovanja se ne računa u rok zastarjelosti.

Zastarijevanje ne teče:

- ◆ između bračnih drugova;
- ◆ između roditelja i djece - dok traje roditeljsko pravo;
- ◆ između štíćenika i njegovog staraoca, kao i organa starateljstva, za vrijeme trajanja starateljstva i dok ne budu položeni računi;
- ◆ između dva lica koja žive u vanbračnoj zajednici - dok ta zajednica postoji (čl. 381. ZOO);
- ◆ za vrijeme mobilizacije, u slučaju neposredne ratne opasnosti ili rata - u pogledu potraživanja lica na vojnoj dužnosti;
- ◆ u pogledu potraživanja koja imaju lica zaposlena u tuđem domaćinstvu prema poslodavcu ili članovima njegove porodice koji zajedno sa njim žive - sve dok taj radni odnos traje (čl. 382. ZOO);
- ◆ za sve vrijeme za koje povjeriocu nije bilo moguće, zbog nesavladivih prepreka, da sudskim putem zahtijeva ispunjenje obaveze (čl. 383. ZOO).

Rješenje hipotetičkog slučaja 2:

I. U konkretnom slučaju između parničnih stranaka je sporno da li u periodu rata, odnosno ratnog stanja dolazi do zastoja zastarjelosti.

II. Prvostepeni sud nije prihvatio tuženikov prigovor zastarjelosti potraživanja, smatrajući da period ratnog stanja predstavlja tužiocu nesavladivu prepreku sudskim putem zahtijevati od tuženika ispunjenje obaveze (čl. 383. ZOO).

III. Ovakvo pravno stajalište je pogrešno, jer je tužilac mogao podnijeti tužbu najbližem stvarno nadležnom sudu i tako spriječiti nastupanje zastarjelosti. Ratno stanje nije, dakle, predstavljalo nesavladivu prepreku sudskim putem zahtijevati ispunjenje obaveze, pa njegovo trajanje ne sprječava tok zastarijevanja.

³¹³ VS BiH, Rev. 25/88, od 10.11. 1988. – Bilten SP VS BiH 1/89 – 76.

IV. U ovom slučaju **osnovan je tuženikov prigovor zastarjelosti.**

Rješenje hipotetičkog slučaja 3:

I. Prema odredbi člana 37. Zakona o osiguranju imovine i lica (Sl. list SR BiH", broj 21/77), prije podnošenja tužbe sudu za naknadu štete oštećeno lice je dužno da se sa svojim zahtjevom obrati Zajednici osiguranja. Ako zahtjev za naknadu štete bude usvojen ili po njemu zajednica osiguranja ne donese odluku u roku od 30 dana od njegoa, oštećeni može kod nadležnog suda podnijeti tužbu za naknadu štete. Prema odredbi stava 4. istog člana, dok traje postupak iz prethodnog stava ne teče zastarjelost prava na naknadu štete.

II. U konkretnom slučaju zastarni rok je počeo teći 19.7. 1981. godine, kada je tužitelj, kao učesnik saobraćajnog udesa, saznao za štetu i učinioca.

III. Zastoj zastarijevanja je tekao od dana kada je tužilac podnio zahtjev za naknadu štete (31.8. 1981.) pa do isteka roka od 30 dana (čl. 384. st. 2. ZOO).

IV. Tužba je podnesena 12.8. 1985. godine, tj. poslije protoka roka od tri godine od dana kada je nastao štetni događaj (čl. 376. st. 1. ZOO). Pismo tužene nema karakter priznanja duga, ali kada bi to bilo i priznanje duga tada je i u tom slučaju prošao zastarni rok.

V. Rješenje: opravdan je prigovor zastarjelosti tužene.

Sudska praksa:

Okolnost što je bila nepoznata adresa tuženoga u inostranstvu nije razlog za zastoj zastarjelosti potraživanja, jer to nije prepreka za podnošenje tužbe sa prijedlogom da se tuženom postavi privremeni zastupnik i time prekine zastarjelost potraživanja.³¹⁴

Okolnost da oštećenik nije saznao za osobu koja je krivičnim djelom počinila štetu nije razlog koji dovodi do zastoja zastarijevanja.³¹⁵

Zastara potraživanja teče i kada nema ili se ne zna da li ima nasljednika, a povjerilac može prekinuti zastaru potraživanja prije nego što se uruči zaostavština bez nasljednika opštini, prijedlogom ostavinskom sudu da izvrši popis i procjenu zaostavštine.³¹⁶

3.4. Prekid zastarijevanja

Hipotetički slučaj 4:

Povjeriočevo (P) potraživanje protiv dužnika (D) je dospjelo maja 1997. godine. U martu 2000. godine dužnik obavještava povjerioca da je voljan platiti dug, ali zbog teške finansijske situacije traži od povjerioca produženje roka plaćanja. U

³¹⁴ VS BiH, Rev. 251/85, od 21.06. 1985. – Bilten SP VS BiH 4/85 – 12.

³¹⁵ VS H, Rev. 2139/86, od 1.4. 1987. – PSP 34, str. 71.

³¹⁶ VS BiH, Rev. 490/86, od 16.4. 1987. – Bilten SP VS BiH 2/87 – 8.

novembru 2002. godine, povjerilac podnosi tužbu protiv dužnika, koji ističe prigovor zastarjelosti.³¹⁷

Pitanje: je li potraživanje zastarjelo?

Moguće je da već započeto zastarijevanje potpuno prestane. U tom se slučaju govori o prekidu zastarijevanja i tada se vrijeme prije prekida zastarijevanja ne uračunava. Prestankom okolnosti koje dovode do prekida, zastarijevanje počinje teći iznova. Nastaje novi zastarni rok, odnosno novo zastarijevanje, pa se do tada proteklo vrijeme ne računa u vrijeme novog zastarijevanja. Prekid zastarijevanja može nastupiti preduzimanjem određenih radnji od strane povjerioca ili dužnika.

Zastarijevanje se prekida kad dužnik prizna dug. Za priznanje duga nije potrebna bilo kakva forma. Dovoljna je jednostrana radnja dužnika. Ta radnja nije pravni posao i ona može biti i konkludentna radnja, npr. plaćanje kamate, davanje zaloge, jemstvo i sl.

Zastarijevanje može prekinuti i povjerilac, i to podizanjem tužbe i svakom drugom radnjom preduzetom protiv dužnika pred sudom ili drugim nadležnim organom, s ciljem utvrđivanja, obezbjeđenja ili ostvarenja potraživanja (čl. 388. ZOO). Povjerilac mora, da bi prekinuo zastarjelost, preduzeti strogo formalne procesne radnje. Te radnje mogu biti preduzete u parničnom (npr. tužba), izvršnom (npr. prijedlog za obezbjeđenje založnog prava na nepokretnosti) ili upravnom postupku.

Budući da povjerilac svoje radnje mora pokrenuti pred sudom ili drugim nadležnim organom, za prekid zastarijevanja nije dovoljno da povjerilac pozove dužnika pismeno ili usmeno da ispuni obavezu. Povjerilac mora savjesno postupati i ustrajati u svojim radnjama. Ako povjerilac odustane od tužbe ili radnje koju je poduzeo, smatra se da prekid zastarijevanja nije ni nastupio i da je zastarijevanje neprekidno teklo.

Zastarjelost ne treba miješati sa prekluzivnim rokovima. Prekluzivni ili zakonski rokovi su takvi rokovi čije je trajanje zakon jasno odredio i nakon proteka tog roka titular prava gubi to pravo. Znači, nakon isteka prekluzivnog roka nastupa potpuni gubitak prava, dok se kod zastarjelosti gubi samo pravo na tužbu, odnosno prisilno ispunjenje obaveze. Npr. u čl. 482. st. 1. ZOO propisano je da kupac mora obavijestiti prodavca o skrivenim nedostacima u roku od osam dana od dana kad je nedostatak otkrio, i to pod prijetnjom gubitka prava. Kod prekluzivnih rokova nema zastoja niti prekida zastarjelosti. Na prekluzivne rokove sud pazi po službenoj dužnosti.

Rješenje hipotetičkog slučaja 4:

I. U smislu člana 387. ZOO potraživanje se prekida kada dužnik prizna dug. Priznanje duga se može učiniti ne samo izjavom povjeriocu, nego i na posredan način kao što su davanje otplate, plaćanje kamata, davanje obezbjeđenja i sl.

³¹⁷ Uporedi: VS BiH, pž. 423/88, od 13.12. 1989. – Bilten SP VS BiH 4/89 – 74.

II. Odredbama toga člana nije taksativno navedeno u kojim se slučajevima dug može priznati na posredan način. Zakonsko navođenje primjera na koji se način može posredno priznati dug podrazumijeva da se dug može priznati na svaki drugi način koji ima isti značaj.

III. Zahtjev dužnika za odgađanjem plaćanja dospjelog duga ima značaj posrednog priznanja potraživanja koje je određeno po osnovu i visini. Stoga, je ovom radnjom dužnika, zastarijevanje prekinuto (čl. 387. ZOO), te je u smislu člana 392. st. 1. ZOO, zastarijevanje počinje teći iznova.

*Hipotetički slučaj br. 5:*³¹⁸

Tužilac kao korisnik električne energije u ratnom periodu - 1994./95. - nije plaćao električnu energiju, a na pozive tuženog da to učini nije se odazvao, usljed čega mu je tuženi 10.12.1997. godine u stanu isključio električnu energiju. Tužilac je potom, iako svjestan da je potraživanje tuženog prema njemu zastarjelo, platio utrošenu električnu energiju kako bi mu tuženi istu ponovno uključio, pridržavajući pri tom pravo na povrat tog iznosa.

Pitanje: hoće li tužilac uspjeti sa tužbom za povrat plaćenog iznosa?

Obrazloženje:

I. U ovom slučaju dužnik je povjeriocu platio zastarjelo potraživanje, znajući da nije dužan, a pri tome je zadržao pravo na povrat tog iznosa.

II. U takvoj situaciji dužnik može posebnom tužbom od povjerioca zahtijevati povrat plaćenog iznosa.

III. Shodno odredbi čl. 367. ZOO, ako dužnik ispuni zastarjelu obavezu nema pravo da mu se vrati ono što je dao, čak i ako nije znao da je obaveza zastarjela.

IV. Ali prema odredbi čl. 211. istog zakona onaj koji izvrši isplatu znajući da nije dužan platiti nema pravo zahtijevati vraćanje, izuzev ako je zadržao pravo da traži vraćanje ili ako je platio da bi izbjegao prinudu. U ovom slučaju tužilac je platio zastarjelu obavezu kako bi izbjegao isključenje električne energije, te obzirom da je zadržao pravo da traži povrat uplaćenih sredstava **uspjet će sa tužbom radi vraćanja** isplaćenog iznosa.

Sudska praksa:

Zahtjev za raskid ugovora zastarijeva u roku u kome zastarijeva i zahtjev za njegovo ispunjenje.³¹⁹

Pravo stranke da nakon raskida ugovora zahtijeva vraćanje onoga što je dala zastarijeva u općem zastarnom roku, a zastara počinje teći prvog dana poslije dana kad je raskinut ugovor.³²⁰

³¹⁸ Uporedi: Vs FBiH, Rev. 36/99, od 8.4.1999. – Bilten Vs FBiH 1/99 – 33.

³¹⁹ Vs BiH, Rev. 396/89, od 27.2.1990. – Bilten Vs BiH 2/90 – 38.

³²⁰ Vs RH, Rev. 1703/911, od 14.11.1991. – Izbor odluka 1993 – 79.

*Zastarjelost obaveze koja se sastoji u tome da se nešto ne učini, da se propusti ili trpi utvrđene pravosnažnom sudskom odlukom ne teče dok se dužnik uzdržava od radnji koje predstavljaju njenu povredu.*³²¹

*Štetnik iz čije se kanalizacione mreže odlijevaju otpadne vode i oštećuju dijelove zgrade oštećenog ne može uspješno isticati prigovor zastarjelosti potraživanja naknade štete sve dok ne prestane djelovanje uzroka štete i dok šteta na zgradi oštećenog ne dobije konačan obim.*³²²

*Naknada za isporučenu električnu energiju temeljem ugovora između pravnih osoba zastarijeva za tri godine, a jednogodišnji rok vrijedi u slučaju kad je električna energija isporučena za potrebe domaćinstva.*³²³

*Propisi o zastarjelosti primjenjuju se i na nenovčana potraživanja, ako zastari glavno potraživanje, zastarijeva je i obaveza na naknadu štete zbog neispunjenja ugovorne nenovčane obaveze.*³²⁴

*Kad vjerovnik ne može zahtijevati ispunjenje ugovora nakon isteka zastarnog roka, ne može zahtijevati niti raskid ugovora zbog neispunjenja.*³²⁵

*U reviziji se ne može isticati prigovor zastare potraživanja. Naime, sud po službenoj dužnosti ne pazi na zastaru potraživanja (člč. 360. st. 3. ZOO), pa se zato ne radi o pogrešnoj primjeni materijalnog prava ako tuženi u toku pred prvostepenim sudom, ili u žalbi protiv prvostepene presude, nije istakao prigovor zastare, zbog čega sud nije ni mogao cijeliti da li postoji zastara.*³²⁶

*U konkretnom slučaju tužitelj nije dokazao da je ugovorom određen rok plaćanja (čl. 561. st. 2. ZOO), pa je prvostupanjski sud zauzeo ispravno pravno stajalište da u konkretnom predmetu valja primijeniti odredbu člana 361. st. 1. ZOO, prema kojoj zastara počinje teći prvog dana poslije dana kada je tužitelj imao pravo zahtijevati ispunjenje obaveze, a ne kad je stvarno zahtijevao.*³²⁷

*Zastara potraživanja radnika s naslova neisplaćenog osobnog dohotka za vrijeme nezakonitog prestanka radnog odnosa počinje teći od pravomoćnosti presude kojom je odluka o prestanku radnog odnosa utvrđena nezakonitom.*³²⁸

*Zastarni rok za potraživanja čiji rok ispunjenja nije bitan sastojak ugovora ne teče od isteka osnovnog roka za ispunjenje, već od isteka razumnog roka koji je od strane povjerioca naknadno određen za ispunjenje dospjele obaveze.*³²⁹

³²¹ Stav XL zajedničke sjednice bivših vrhovnih sudova, Ohrid, 23. i 24.5.1989. – Bilten VsBiH 3/89 – 123.

³²² Vs BiH, Pž. 566/88, od 13.12.1989. – Bilten VsBiH 2/90 – 39.

³²³ Privredni sud Hrvatske, Pž-2549/92 od 01.06.1993. godine, Praxis 1.

³²⁴ VS FBiH, Pž. 275/98, od 12.01. 1999. – Bilten SP VS FBiH 1/99 – 37.

³²⁵ VS RH, Rev. 2729/92, od 5.5. 1993. – Izbor odluka 1/1995 – 46.

³²⁶ VS BiH, Rev. 134/87, od 19.11. 1987. – Bilten SP VS BiH 2/88 – 99.

³²⁷ Vts RH, Pž. 2603/97, od 5.1. 1999. – Zbirka 5 – 30.

³²⁸ VS RH, Rev. 73/96, od 21.2. 1996. – Izbor odluka 2/1996 – 8/51.

³²⁹ VS S, broj Pre. 400/98. – Bilten 4/1999.

Zastara potraživanja cijene radova po ugovoru o građenju počinje da teče prvog dana poslije dana kada je izvođač radova mogao na osnovu konačnog obračuna da zahtijeva isplatu.

Kada je zastario nominalni iznos cijene, tada je zastarjelo i eventualno potraživanje tužioca na ime zatezne kamate zbog docnje u plaćanju nominalnog iznosa, kao i zahtjev za naknadu štete u smislu odredbe člana 278. st. 2. ZOO.330

4. RASKID UGOVORA

Raskid ugovora je jedan od načina prestanka ugovora. Raskidom ugovora prestaje postojati jedan valjano zaključen ugovor. Raskid može nastati saglasnom izjavom volja oba ugovarača, ali isto tako, pod određenim uslovima, i izjavom volje samo jednog od njih. Znači, raskinuti se može samo valjano zaključen ugovor. Ukoliko jedan ugovor nije valjan on se ne može raskinuti, nego taj ugovor prestaje poništenjem. Raskid se razlikuje od poništenja i u tome što određeni uslovi za raskid ugovora nastaju nakon zaključenja toga ugovora. Nasuprot tome, razlozi za poništenje jednog ugovora obično postoje prije zaključenja istog.

Raskid ugovora treba razlikovati i od otkaza ugovora. Otkaz je jednostrana izjava volje kojom se okončava, odnosno prekida jedan ugovorni odnos zasnovan na neodređeno vrijeme. Raskinuti se mogu i oni ugovori koji nisu zasnovani za duži period. Otkaz djeluje uvijek za ubuduće, dok raskid može imati i povratno dejstvo.

Raskid kao način prestanka jednog ugovornog odnosa može biti sporazumni i jednostrani u zavisnosti od toga jesu li se ugovarači sporazumjeli o raskidu ili nisu.

4.1. Sporazumni raskid

Polazeći od principa slobode ugovaranja, ugovorne strane su slobodne da onda kada one žele zaključe jedan ugovor. Isto tako, one su ovlaštene da jednom zasnovani ugovorni odnos mogu i raskinuti, i to svojim saglasnim izjavama volja³³¹. Sporazumni raskid je novi ugovor, zaključen između istih ugovarača, samo oni tad sporazumno ugovaraju prestanak važenja do tada punovažnog ugovora. Dakle, potrebna je saglasnost volja ugovarača za raskid važećeg ugovora³³².

Što se tiče pravnih posljedica raskidanja, mora se praviti razlika jesu li ugovarači djelimično ispunili svoje obaveze ili ih nisu uopće ispunili. Kad ugovarači svoje obaveze nisu uopće ispunili uzima se da ugovor nije ni nastao, tako da raskid ugovora djeluje *ex tunc*.

³³⁰ VS S, broj Prev. 192/00. – Bilten 1/2001.

³³¹ Ova mogućnost je npr. u čl. 1024. OIZ i eksplicitno navedena određujući da “što dvojica uglave, ista dvojica razvrći mogu”.

³³² Ovaj ugovor naziva se još i storniranje ugovora; *contrarius consensus*; *nutuus dissensus*.

Ako su ugovarači samo djelimično ispunili svoje obaveze, tada će oni najčešće u sporazumnom raskidu ugovora odrediti i sudbinu dotad ispunjenog dijela ugovora. Ugovarači mogu odrediti da raskid u tom slučaju djeluje *ex nunc*, tj. za ubuduće, i u tom slučaju, ono što su ispunili, odnosno primili na osnovi tog ugovora neće morati vraćati. Nema smetnje da ugovarači, s obzirom na slobodu ugovaranja, odrede da raskid ugovora djeluje i u tom slučaju *ex tunc*, tj. od početka, i tada će svaki od njih morati vratiti drugoj strani ono što je na osnovi raskinutog ugovora primio.

Ipak postoje ugovori kod kojih se ne može prilikom sporazumnog raskida ugovoriti *ex tunc* dejstvo, nego samo *ex nunc*. Naime, ako su ugovarači već djelimično ispunili svoje obaveze iz trajnih ugovora, tada je suprotno prirodi ovih ugovora određivanje retroaktivnog dejstva raskida ugovora. Npr., *kad je A kod ugovora o zakupu koristio B-ove prostorije određeno vrijeme, tada se eventualnim raskidom ugovora ne može odrediti da A neće platiti zakupninu za korišteni period. Ukoliko bi ipak A i B sklopili ugovor kojim bi se A oslobodio plaćanja zakupnine za korišteni period, tada bi se radilo o oprostu duga od strane B-a.*

Što se tiče forme sporazumnog raskida ugovora, naš ZOO³³³ je zauzeo stav da se i formalni ugovori mogu raskinuti neformalnim sporazumom ugovarača. To je i opravdano, jer se forma najčešće traži radi zaštite javnog interesa. Pošto raskidom ugovora ugovarači ne stiču prava, to im je potrebno omogućiti jednostavnije raskidanje, nego zasnivanje ugovornih obaveza. Od pravila da se sporazumni raskid ugovora vrši neformalno, postoje dva izuzetka, i to:

- ◆ kad je zakonom drugačije propisano i
- ◆ kad cilj zbog kojeg je forma propisana zahtijeva i za raskid ugovora istu formu.

Na kraju, treba reći da raskid ugovora ima pravno dejstvo samo između ugovarača. Savjesna treća lica koja su stekla određena prava na osnovi raskinutog ugovora ne mogu trpjeti štetne posljedice raskida.

4.2. Jednostrani raskid ugovora

Hipotetički slučaj 1:

Prodavac P je zaključio ugovor (o prodaji auta) s kupcem K. K nije ispunio svoju ugovornu obavezu (isplata cijene). Obzirom da K nije ispunio obavezu P je ugovorio prodaju sa trećom osobom T, koji ugovor je i izvršen. K je prilikom zaključenja ugovora sa P-om dao kaparu od 5.000 KM. U samom ugovoru nema posebnih odredbi o odgovornosti bilo koje strane.

³³³ Vidi čl. 68 ZOO

P želi zadržati primljenu kaparu, dok K želi povrat dvostruke kapare. Koja strana i zašto će uspjeti sa svojim zahtjevom?

Naše pravo dopušta ugovornim stranama mogućnost reguliranja jednostranog raskida ugovora, i to za jednu ili za drugu stranu. Nema zapreke da se ovo pravo ugovori i kao pravo za obje strane. Tipični primjeri jednostranog raskida ugovora, i to sporazumnim dogovorom ugovarača predstavlja odustanica i kapara kao odustanica³³⁴.

Ipak, najčešći razlog za jednostrani raskid ugovora je neispunjenje ugovornih obaveza.

a. Raskid ugovora zbog neispunjenja

Kad jedna ugovorna strana, u dvostranom ugovoru, ne ispuni svoju obavezu, druga strana može zahtijevati ispunjenje obaveze ili pod određenim uslovima raskinuti ugovor. Znači, kad jedna ugovorna strana ne ispuni svoju obavezu, druga strana može, na osnovu zakona, raskinuti ugovor. Uslovi koji moraju biti ispunjeni da bi jedna strana mogla raskinuti ugovor mogu biti različiti. Tu se, prije svega, misli na otežano ispunjenje ili nemogućnost ispunjenja, zakašnjenje u ispunjenju obaveza ili drugi poremećaji.

Naš Zakon o obligacionim odnosima je usvojio princip da u dvostranim ugovorima nijedna strana nije dužna ispuniti svoju obavezu ako druga strana ne ispuni ili nije spremna da istovremeno ispuni svoju obavezu³³⁵. To drugim riječima znači da ispunjenje obaveze može tražiti samo ona strana koja je već ispunila svoju obavezu ili je spremna da je ispuni.

Sa ovim općim principom usko je povezana i odredba čl. 126. ZOO, kojom je utvrđeno da u slučaju zakašnjenja kod dvostranih ugovora, povjerilac koji želi raskinuti ugovor mora dužniku ostaviti primjereni naknadni rok za ispunjenje. To znači da se naš ZOO drži tradicije modernih kodifikacija, koje također predviđaju mogućnost jednostranog raskida ugovora zbog neispunjenja³³⁶.

Da bi jedna ugovorna strana imala pravo na jednostrani raskid ugovora zbog neispunjenja, potrebno je da druga ugovorna strana svojom krivicom nije ispunila svoju obavezu ni u naknadno ostavljenom roku, te da je povjerilac obavijestio dužnika o raskidanju ugovora.

³³⁴ Vidi čl. 82 i 83. ZOO.

³³⁵ Član 122. st. 1. ZOO.

³³⁶ Tako prema čl. 1184. Code civila, raskidni uslov se uvijek podrazumijeva za slučaj da jedna od strana, kod dvostranih ugovora, ne ispuni svoju obavezu. Prema čl. 1453. Italijanskog građanskog zakonika, kod ugovora sa činidbama uz naknadu, kada jedan od ugovarača ne ispuni svoje obaveze, drugi može, po svom izboru, zahtijevati ispunjenje ili raskid ugovora. U oba slučaja "nevini ugovarač" ima pravo na naknadu štete. Mogućnost raskida predviđena je i u njemačkom pravu u § 358 i 361 BGB-a. Najslabiju odredbu o raskidu ugovora našem ZOO sadrži Švicarski zakonik o obligacijama (čl. 107. st. 1.), gdje se kaže da kod dvostranih ugovora, kada se jedna ugovorna strana nalazi u docnji, druga joj može odrediti ili zahtijevati od nadležnog organa da joj odredi primjereni rok za naknadno izvršenje. Bezuspješnim protekom ovog roka povjerilac ima pravo odustati od ugovora (čl. 107. st. 2.).

aa. Neispunjenje obaveze

Kad jedna strana ne ispuni svoju obavezu, koju je prema ugovoru dužna ispuniti, tada druga strana ima pravo raskinuti ugovor. Međutim, ovdje se mora razlikovati potpuno i djelimično neispunjenje. Situacija je prilično jasna kad se radi o potpunom neispunjenju. U tom slučaju druga ugovorna strana ima pravo na jednostrani raskid ugovora, pod zakonom predviđenim uslovima.

Drugačija situacija je kad je dužnik svoju obavezu djelimično ispunio. U takvim slučajevima jedan kategoričan odgovor je teško dati. Smatramo da treba prosuditi u svakom posebnom slučaju, odgovara li to djelimično ispunjenje još uvijek onim očekivanjima ugovornih strana zbog kojih su zaključili ugovor. *Tako je u jednoj svojoj odluci sud zauzeo stanovište da kupac može tražiti raskid ugovora ako mu je prodavac obećao da će kuća koja je predmet ugovora biti u određeno vrijeme ispražnjena i useljiva, a to se pokaže neistinitim*³³⁷.

Ugovor se ne može raskinuti ako dužnik nije ispunio samo neznatan dio ugovorne obaveze³³⁸.

bb. Krivica dužnika

Povjerilac može jednostrano raskinuti ugovor, ako se neispunjenje obaveze može staviti dužniku na teret. Krivica dužnika zbog neispunjenja se pretpostavlja, čim on zakasni s ispunjenjem obaveze. Postojanje dužnikove krivice je, međutim, oboriva pretpostavka jer on može dokazivati da je njegovo kašnjenje uzrokovano slučajem ili višom silom. Uspije li dužnik dokazati da je neispunjenje posljedica slučaja ili više sile, tad će ugovor prestati zbog naknadne nemogućnosti ispunjenja obaveze.

cc. Naknadni rok

Treća pretpostavka za jednostrani raskid ugovora se odnosi na obavezu povjerioca da dužniku ostavi primjeren naknadni rok za ispunjenje obaveze. Naime, moguće je da dužnik svoju obavezu nije mogao ispuniti ili ju je zaboravio ispuniti. Zbog toga ZOO propisuje obavezu povjerioca da dužniku ostavi naknadni rok. Zakon istovremeno ne određuje koliki je taj rok, ali se može zaključiti da on ne može biti dug. Taj se rok određuje u svakom konkretnom slučaju, a određuje se u zavisnosti od konkretnih okolnosti i načina na koji dužnik mora ispuniti svoju obavezu.

Ovaj se uslov ne mora uvijek ispuniti. Naime, postoje situacije u kojima povjerilac nije obavezan dužniku ostaviti primjereni naknadni rok.

Povjerilac ne mora dužniku ostaviti naknadni rok u onim slučajevima, kad ispunjenje obaveze u određenom roku predstavlja bitan sastojak ugovora, pa

³³⁷ Rješenje Vrhovnog suda NR Slovenije, Gž 408/56 od 8. XI 1956. godine, objavljeno u Zbirci sudskih odluka (ZSO), knjiga I, sv. 3, broj odluke 705.

³³⁸ Vidi čl. 131. ZOO

dužnik ne ispunji obavezu u tom roku. U pravilu, rok za ispunjenje dužnikove obaveze nije bitan sastojak pravnog posla (*essentialia negotii*), ali od tog pravila postoje izuzeci. Ugovori kod kojih se rok smatra bitnim sastojkom nazivaju se još i *fiksni ugovorima* ili *fiksni pravni poslovi*.

Fiksni ugovor je takav ugovor u kojem su se ugovorne strane sporazumjele da se ugovor mora ispuniti u strogo određeno (fiksno) vrijeme, a u protivnom, ugovor se raskida. U tom slučaju je sporazumom strana određen fiksni rok, ali ovaj rok može biti bitan (fiksni) i po samoj prirodi ugovora, npr. *kad A i B za svoju svadbu naruče fotografa, koji treba snimiti cjelokupnu svečanost. Nedolazak fotografa u tačno određeno vrijeme smatra se povredom fiksnog roka, jer tu svoju obavezu fotograf ne može naknadno obaviti. Naime, on može i sljedeće dane fotografirati, ali to više nije ispunjenje one obaveze na koju se on prvobitno obavezao.*

Fiksni rok se može različito označiti, a neke od mogućnosti su: “fiksno”; “najkasnije do 10.06.”; “tačno petog maja” i sl.

Pored ugovora s tačno ugovorenim fiksnim rokom, moguće je raskinuti i neke druge ugovore bez ostavljanja posebnog naknadnog roka. To se, prije svega, odnosi na one ugovore kod kojih se iz prirode posla i cilja ugovora jasno zaključuje da ispunjenje obaveze nakon ugovorenog roka nije više u interesu povjerioca. Nakon proteka toga roka povjerilac ne može postići cilj koji je imao prije zaključenja ugovora. Npr., *A naruči taksi za 10.00 sati jer mora stići na voz koji polazi u 11.00. Međutim, taksi dođe po A u 11.15 sati.*

Kod fiksnih ugovora nije važna krivica dužnika. Dovoljno je da dužnik svoju obavezu nije ispunio na vrijeme.

Isto tako, povjerilac može jednostrano raskinuti ugovor, bez ostavljanja dužniku naknadnog roka za ispunjenje, ako iz dužnikovog držanja proizilazi da on svoju obavezu neće ispuniti ni u naknadnom roku³³⁹. U jednom ugovornom odnosu strane su ravnopravne, pa bi bilo protivno tom principu zahtijevati od jedne strane da ostaje kod ugovora ako je očito da druga strana neće ili ne može ispuniti svoju ugovornu obavezu.

dd. Obavještenje dužnika

Kad želi raskinuti ugovor povjerilac o tome mora obavijestiti dužnika. Postavlja se pitanje na koji način je povjerilac obavezan obavijestiti dužnika.

Naš ZOO prihvaća vansudski način raskida ugovora, i to tako što je povjerilac obavezan dužnika o raskidu obavijestiti bez odgađanja. Ovo je ustvari jednostrana izjava volje i ona može biti dužniku saopštena pismeno ili usmeno.

Rješenje hipotetičkog slučaja 1:

³³⁹ Čl. 127. ZOO

I. Kada nije ništa posebno ugovoreno (u konkretnom slučaju ni kupčeva obaveza u tačno određenom roku isplatiti cijenu), ugovorna strana u dvostranom ugovoru, prema čl. 124. u vezi s čl. 126. st. 1. i 2. ZOO, ukoliko želi da raskine ugovor mora drugoj strani ostaviti pimjereni rok za ispunjenje obaveze, pa tek po proteku roka raskinuti ugovor.

II. Kada ugovorna strana (P) tako ne postupi na njoj je odgovornost za neizvršenje ugovora. Posljedica toga je da druga strana (K) ima pravo izbora (između ostalog) - prema odredbi čl. 80. st. 2. ZOO – vraćanje udvojene (dvostruke) kapare.

III. **Rješenje: K ima pravo zahtijevati vraćanje dvostruke kapare.**

4.3. Pravna dejstva raskida

Raskidanjem ugovora taj ugovor prestaje postojati, i obje ugovorne strane su oslobođene svojih obaveza. Raskid ugovora, u pravilu, ima retroaktivno dejstvo (*ex tunc*). To znači da se treba izvršiti restitucija primljenog ukoliko je nešto dato. Restitucija se vrši u naturi, a ako je naturalna restitucija nemoguća, onda se daje novčana protuvrijednost. Ako obje strane imaju pravo zahtijevati vraćanje datog, uzajamna vraćanja obavljaju se po pravilima za izvršenje dvostranih ugovora³⁴⁰.

Od pravila da raskid ugovora djeluje *ex tunc* postoji izuzetak kod trajnih ugovora, gdje je ispunjenje ugovora već započeto. Tipičan primjer trajnog ugovora je ugovor o zakupu, gdje dejstvo raskida nastupa od momenta raskidanja (*ex nunc*).

Pored prava na raskid ugovora, povjerilac ima pravo od dužnika zahtijevati i naknadu štete ukoliko ju je on pretrpio. Pravo na raskid ugovora je posebno pravo i nije uslovljeno prouzrokovanjem štete povjeriocu. Međutim, nije rijetko da je povjerilac pretrpio i štetu zbog dužnikova neispunjenja, i u tom slučaju pravo na naknadu štete egzistira pored prava na raskid ugovora.

Raskid ugovora djeluje samo između ugovornih strana i savjesna treća lica ne mogu trpjeti štetne posljedice raskida.

Hipotetički slučaj 2:

*P je K-u prodao nekretninu (zemljište). K je odmah isplatio cijenu ali je, prema ugovoru, nekretninu trebao dobiti u vlasništvo tri mjeseca po zaključenju ugovora. Međutim, K je odmah po zaključenju ugovora počeo koristiti nekretninu. P je nezadovoljan ovakvom K-ovom odlukom i želi raskinuti ugovor. Hoće li uspjeti sa zahtjevom da raskine ugovor?*³⁴¹

³⁴⁰ Čl. 132. st. 3. ZOO

³⁴¹ Vs BiH, Rev. 563/89, od 13.04. 1990.

Obrazloženje:

I. U ovom slučaju Zaključen je ugovor o prodaji, gdje je kupac odmah ispunio svoju obavezu, a prijem nekretnine je, shodno ugovoru odložen za tri mjeseca.

II. K je prekršio ugovornu odredbu i odmah počeo koristiti nekretninu. P zbog toga želi raskinuti ugovor.

III. Okolnost da je K prije vremena počeo koristiti nekretninu ne predstavlja razlog za raskid ugovora, nego druga strana ima pravo zahtijevati naknadu (materijalne) štete, ukoliko je prijevremenim stupanjem K-a u posjed kupljene nekretnine P pretrpio štetu.

IV. Inače, raskid (dvostranog) ugovora je moguć zbog neispunjenja ugovornih obaveza (čl. 124 i 132. ZOO), zbog promijenjenih okolnosti (čl. 133 i 135. ZOO) ili zbog nemogućnosti ispunjenja (čl. 137 i 138. ZOO), a ne zbog prijevremenog zaposjedanja predmeta ugovora bez odobrenja druge strane.

Hipotetički slučaj 3:

Između P i K zaključen je ugovor o prodaji određenih roba (digitalna telefonska centrala i druge stvari) za ukupnu vrijednost 100.000 KM. U ugovorenom roku P je isporučio cjelokupnu robu a K je platio veći dio cijene (70.000 KM). K svoju obavezu i poslije nekoliko P-ovih opomena nije ispunio. Prvostepeni sud je raskinuo ugovor zbog neispunjenja i obavezao K-a da vrati dio opreme koji odgovara neplaćenom dijelu cijene (30.000 KM). Je li sud donio pravilnu odluku?³⁴²

Obrazloženje:

I. U ovom slučaju zaključen je ugovor o prodaji (s eventualnim elementima ugovora o djelu). Sud je svojom odlukom raskinuo ugovor?

II. Ugovor o prodaji (a i drugi dvostrani ugovori) se raskida zbog neispunjenja i to jednostranom izjavom oštećene strane (kod nas P), kada se ispune uslovi iz čl. 126 i 127. ZOO, a ne odlukom suda. Sud može kada utvrdi da su ispunjeni uslovi samo konstatirati da je ugovor prestao raskidom (čl. 124. ZOO).

III. Raskidom ugovora zbog neispunjenja prestaje pravni temelj (osnov) posjedovanja datog po tom ugovoru i to ex tunc (od početka) i svaka strana je ovlaštena tražiti ono što je dala (čl. 132. st. 3. ZOO).

³⁴² VS FBiH, Pž. 105/97, od 30.09. 1997.

IV. Sud nije mogao obavezati vraćanje (samo dijela opreme) bez obaveze P da vrati primljeni novčani iznos, jer se u tom slučaju ne bi radilo o raskidu ugovora.

Hipotetički slučaj 4:

Nenad N je sa Goranom G 01.07. 1999. godine, zaključio ugovor o izgradnji stana po principu "ključ u ruke". G se obavezao ključeve stana predati do kraja 2001. U jesen 2001. godine, N je jednostrano raskinuo ugovor, jer G nije ni počeo izgradnju stana. N traži i naknadu štete.³⁴³

Pitanje:

- 1. Je li N morao G ostaviti naknadni rok za ispunjenje pa tek poslije toga raskinuti ugovor (u smislu čl. 126. st. 2. ZOO)?*
- 2. Ima li N pravo na naknadu štete?*

Objasnite

I. U našem primjeru zaključen je ugovor o izgradnji stana. Ugovorne strane su dužne svoje obaveze ispuniti kako je to ugovoreno. Ugovoreni rok nije bitan sastojak pravnog posla, pa u smislu čl. 126. st. 2. ZOO, povjerilac koji želi raskinuti ugovor mora ostaviti dužniku primjereni, naknadni rok za ispunjenje.

II. Međutim, jasno je da G, kao dužnik, svoju obavezu neće jer nije ni započeo sa gradnjom. Shodno tome, povjerilac može po samom zakonu raskinuti ugovor, u smislu čl. 128. ZOO.

*III. Po raskidu ugovora, **povjerilac N ima pravo i na naknadu štete u smislu čl. 124. a u vezi s čl. 128. ZOO.***

Sudska praksa:

Naručilac nema pravo raskinuti ugovor zbog nedostatka djela ako prethodno nije zahtijevao od izvođača da nedostatak ukloni, osim u slučaju kad obavljeni posao ima takav nedostatak koji ga čini neupotrebljivim³⁴⁴.

Kada je primalac franšizinga ugovorom prihvatio sasvim određene obaveze (isplata zarada preuzetih radnika i dr.) pa takvu obavezu ne ispuni, stekli su se uslovi za raskid ugovora prije isteka ugovorenog roka trajanja³⁴⁵.

Postoji razlog za raskid ugovora o zakupu stana ako zakupac zaostane sa plaćanjem zakupnine³⁴⁶.

Kada obaveza iz ugovora nije ispunjena u predviđenom roku, a ne radi se o fiksnom pravnom poslu, povjerilac mora, ako želi da ugovor raskine dati

³⁴³ VSH, Rev. 2474/87, od 26. svibnja 1988. – PSP 43/59.

³⁴⁴ Vts RH, V Pž. 2043/93, od 08.03.1994. – Praxis 2-31.

³⁴⁵ Vs S, broj Prev. 306/96. – Bilten 4/1996.

³⁴⁶ VS BiH, Rev. 171/89, od 27.11. 1989. – Bilten SP VS BiH 4/89-164.

*dužniku primjeren rok za ispunjenje obaveze, pa ako bezuspješno protekne i taj rok, smatra se da je ugovor raskinut*³⁴⁷.

*Da bi rok za isplatu cijene u ugovoru o prodaji bio bitan element ugovora (fiksni pravni posao), mora kao takav biti izričito ugovoren. Naime, kod ugovora o prodaji bitni elementi su samo predmet i cijena, a rok nije bitan element ovog ugovora. Ako ugovarči žele da rok plaćanja bude bitan element onda ga kao takvog moraju posebno ugovoriti*³⁴⁸.

*Ugovor o pružanju ugostiteljskih usluga đaćkoj ekskurziji raskida se po samom zakonu, ako prostorije ugostiteljske organizacije nisu pripremljene za smješta ućenika ekskurzije u ugovoreno vrijeme. Naime, u konkretnom slućčaju prostorije za smještaj profesora i đaka bile su svježe okrećene i lakirane, a u njima su zatećene kante sa krećom i molerske ljestve, dok je u ostalim prostorijama vršeno spremanje i iznošenje namještaja*³⁴⁹.

*Prodavac je ovlašten jednostrano raskinuti ugovor o kupoprodaji i bez ostavljanja naknadnog primjerenog roka za ispunjenje obaveze plaćanja cijene, ako kupac nije platio u dućem periodu (dvije godine) ni dio ugovorene cijene, koju je bio dućan u cijelosti platiti u roku od 15 dana od dana zakljućenja ugovora, jer se iz takvog ponašanja kupca moće zakljućiti da on svoju obavezu neće izvršiti ni u naknadnom roku. U tom slućčaju prodavac moće traćiti da sud utvrdi da je ugovor raskinut od dana kada je saopćtio tućenom da ga smatra raskinutim*³⁵⁰.

*Ocijenjeno je da se ugovor ne moće raskinuti zbog neispunjenja neznatnog dijela obaveze kad neisplaćeni iznos koji duguje kupac iznosi manje od 10% kupovne cijene stana izgrađenog za trćište (taćnije 7,7%)*³⁵¹.

*Raskidom ugovora nastaje obaveza vraćanja datog s tim da onaj ko vraća novac plaća i kamatu od dana uplate novca pa do dana vraćanja novca*³⁵².

*Ugovorne strane ovlaštene su svoja prava i obaveze u slućčaju raskida ugovora urediti drukćije nego što ih urećuje zakon*³⁵³.

³⁴⁷ VS BiH, Rev. 224/85, od 25.04. 1985. – Bilten SP VS BiH 2/85-11.

³⁴⁸ VS BiH, Rev. 743/89, od 18.05. 1990. – Bilten SP VS BiH 4/90-37.

³⁴⁹ VS BiH, Pž. 421/88, od 31.08. 1989. – Bilten SP VS BiH 4/89-61.

³⁵⁰ VS BiH, Pž. 165/85, od 16.08. 1985. – Bilten SP VS BiH 4/85-14.

³⁵¹ Vs H, Rev. 2504/87, od 29.06. 1988. – PSP 42-55.

³⁵² Viši trgovinski sud u Beogradu, Pž. 2091/02, od 26.03. 2002.

³⁵³ Vs RH, II Rev. 44/96, od 11.07. 1996. – Izbor odluka 1/1997 – 7/50.

E. PROMJENA SUBJEKATA OBLIGACIJE

1. UOPĆE O PROMJENI SUBJEKATA OBLIGACIJE

Obligacioni odnos je pravna veza između tačno određenih lica. To je odnos između dužnika i povjerioca. U tom odnosu povjerilac tačno zna ko mu je dužnik i obrnuto, dužnik poznaje svoga povjerioca. Postavlja se pitanje je li u obligacionom odnosu moguće promijeniti povjerioca ili dužnika, tj. jednoga od subjekata obligacije.

U našem pravu, po ugledu na savremene pravne sisteme, moguće je prenošenje obligacije s jednog na drugo lice. To znači da novi povjerilac može steći već postojeće i sadržajno neizmijenjeno potraživanje i na taj način stupiti u postojeći obligacioni odnos umjesto dotadašnjeg povjerioca. Isto tako, naše pravo dopušta da novi dužnik preuzme na sebe pojedini dug drugog lica, te da stupi u već postojeći obligacioni odnos na mjesto starog dužnika.

2. UGOVORNO USTUPANJE POTRAŽIVANJA (CESIJA)

2.1. Pojam cesije

Hipotetički slučaj 1:

Varijanta prva:

Dušan D je od Pere P kupio 1.000 kg. jabuka za ukupnu cijenu od 700 KM. P je u potpunosti ispunio svoju obavezu (isporuku jabuka), a D-a je obavijestio da prodajnu cijenu (700 KM) uplati Tariku T, jer su se P i T o tome već dogovorili. D odbija platiti cijenu, jer T nije njegova ugovorna strana (a osim toga D s T-om već duže vrijeme nema nikakav poslovni odnos). S pravom?

Varijanta druga:

Kakva bi bila situacija ukoliko bi D imao određenih potraživanja prema P-u iz njihovog nekog drugog poslovnog odnosa (npr. D potražuje od P-a 1.000 KM za izvršene usluge)?

Hipotetički slučaj 2:

Kupac K (cesionar) je, u septembru 1991. godine, od prodavca P (cedent) kupio određeno devizno potraživanje, koje P ima prema trećem licu T (dužnik). Prema ugovoru P (cedent - tuženi) je to devizno potraživanje trebao ustupiti K-u (cesionaru – tužiocu) i o izvršenoj cesiji obavijestiti dužnika T. Međutim, P je devizno potraživanje u potpunosti naplatio i zadržao za sebe neobavještavajući svog dužnika (T) o izvršenoj cesiji. Kupac K je u potpunosti ispunio svoju

obavezu (platio P-u tadašnju dinarsku protivrijednost deviznog potraživanja), te je protiv P podnio tužbu za predaju predmeta cesije (isplatu deviznih sredstava). Tuženi (P) se tome protivi ističući da nije valjan ugovor o ustupanju (cesiji), jer je zaključen protivno (tadašnjim) uslovima finansijskog tržišta. Tuženi je voljan vratiti vrijednost primljenog novca (protuvrijednost za primljene tadašnje dinare), ali nije voljan isplatiti naplaćeno devizno potraživanje.³⁵⁴

Pitanje: Hoće li tuženi (cedent) uspjeti sa svojim prigovorom?

Ustupanje potraživanja je pravni posao, odnosno ugovor između starog i novog povjerioca, kojim dotadašnji povjerilac prenosi potraživanje koje on ima prema dužniku na novog povjerioca. Ugovor kojim se potraživanje ustupa /prenosi/ naziva se **cesija**. Dotadašnji povjerilac označava se kao **cedent**, a novi povjerilac **cesionar**. ZOO cedenta naziva i ustupiocem, a cesionara primjenikom. Dužnik se zove **cesus**.

Cesija nastaje najčešće ugovorom kojim cedent svoje otušivo potraživanje koje ima prema cesusu prenosi na cesionara. Kada cedent svoje potraživanje prenese ugovorom, tad govorimo o dobrovoljnoj ili ugovornoj cesiji.³⁵⁵ Pored ugovorne cesije razlikujemo zakonsku i sudsku cesiju.

Na osnovu zakona (*ex lege*) potraživanje prelazi sa cedenta na cesionara čim nastupe određene činjenice. Tako prema članu 1003 ZOO na jemca koji je namirio povjeriočevo potraživanje prelazi to (namireno) potraživanje sa svim sporednim pravima i garancijama.

Pored ugovora i zakona i sudska odluka može biti izvor nastanka cesije. Sudska odluka kao izvor nastanka cesije javlja se u izvršnom postupku. To će biti onda kad sud u izvršnom postupku zaplijeni potraživanje koje dužnik ima prema trećim licima i to potraživanje prenese na tražioca izvršenja, odnosno na dužnikovog povjerioca.³⁵⁶

Da bi došlo do ustupanja potraživanja putem pravnog posla, potrebno je da se ispune određene pretpostavke. Prije svega, potrebno je da se zaključi ugovor između cedenta i cesionara. Znači, iako u načelu povjerilac može prenijeti svoje potraživanje, njegova jednostrana izjava volje nije dovoljna. Pošto se potraživanje prenosi ugovorom, za njega, kao i druge ugovore, važe opća pravila zaključenja ugovora, ukoliko nešto drugo nije propisano.

Ugovorne strane kod cesije su cedent i cesionar i samo je njihova saglasnost potrebna. Cedent raspolaže svojim potraživanjem u korist cesionara. Zašto cedent prenosi svoje pravo na cesionara nije bitno za valjanost cesije.

Za valjanost ustupanja nije potrebna saglasnost dužnika, jer on i nije ugovorna strana. *Npr., P je sa D-om zaključio ugovor o prodaji 10 t brašna. P je*

³⁵⁴ VS FBiH, Pž. 237/97, od 28.11. 1997. – Bilten SP VS FBiH 1/98 – 33.

³⁵⁵ Tako Vedriš/Klarić, Građansko pravo, Zagreb, 1996, str. 323.

³⁵⁶ B. Loza/N. Misita, Obligaciono pravo, Opšti dio, treće izdanje, Sarajevo, 1985, str. 52.

*isporučio brašno a pravo naplate cijene prenio je na NP. Iako D nije dao saglasnost na ugovor između P i NP, on je obavezan NP-u platiti cijenu za brašno*³⁵⁷.

Cesijom se položaj dužnika ne smije pogoršati. Dužniku je svejedno ko je njegov povjerilac i on svoju obavezu ispunjava u onom obimu u kojem je ona bila prije cesije. Istina, cesija djeluje i prema dužniku, ali tek od momenta obavještenja o cesiji.

U načelu uzevši, saglasnost dužnika za ustupanje potraživanja nije potrebna. To znači da je cesija valjana i bez učešća dužnika. Od ovog pravila postoji izuzetak predvišen u našem, ali i u nekim drugim zakonodavstvima. Prema članu 436, st. 2. ZOO, ugovor o ustupanju neće djelovati prema dužniku ukoliko su se dužnik i cedent dogovorili da se ne može prenijeti potraživanje bez dužnikovog pristanka. U takvim slučajevima, gdje već postoji ugovorna zabrana daljeg prenosa potraživanja, ako se želi da cesija djeluje i prema dužniku, potreban je i njegov pristanak.

Da bi cesija bila valjana, ugovorne strane moraju voditi računa o tome da potraživanje koje se ustupa nije obuhvaćeno zakonskom zabranom ustupanja (čl. 436. st. 1. ZOO). Pored potraživanja koja se po zakonu ne mogu ustupiti, postoje potraživanja koja cedent ne može prenijeti jer su vezana za ličnost povjerioca ili se po svojoj prirodi protive prenošenju na drugog.

Rješenje hipotetičkog slučaja 1:

Varijanta prva:

I. U prvom slučaju radi se o ustupanju potraživanja (cesiji) od strane P (cedenta) trećem licu T-u (cesionar – novi povjerilac). Cesija je takav ugovor kod koga je potrebno postići saglasnost između starog (P) i novog povjerioca (T).

II. U ovom slučaju nije potrebna saglasnost dužnika, jer on treba ispuniti obavezu onako kako ona glasi.

III. Rješenje: D je obavezan Prodajnu cijenu platiti novom povjeriocu T-u.

Varijanta druga:

I. U ovom slučaju D ima protupotraživanje prema P (ili neki drugi prigovor) iz nekog njihovog drugog odnosa. Takvo pravo daje D-u mogućnost isticanja prigovora (prebijanja).

II. Ovo pravo (prigovor) ostaje D-u i pored toga što je stari povjerilac ustupio svoje potraživanje.

³⁵⁷ Vidi presudu Vrhovnog privrednog suda Sl. 2588/68, od 18.III 1969, objavljena u M. Kosovac, Obligacioni ugovori kroz sudsku praksu, Beograd, 1978, str. 861, kao i Odluku Privrednog suda Hrvatske, Pž-3105/93 od 14. prosinca 1993. – Odluka objavljena u Praxis iuridica mercatoria, Zagreb, 1994, broj 2., str. 45, odluka br. 21.

III. *Rješenje: Dužnik D taj prigovor može isticati i novom povjeriocu (cesionaru) i na taj način se osloboditi svoje obaveze (isplate cijene).*

Rješenje hipotetičkog slučaja 2:

I. *U ovom postupku je potrebno utvrditi valjanost ustupljenog potraživanja sa cedenta na cesionara.*

II. *U toku postupka je utvrđeno da su prema odredbama tadašnjeg Zakona o deviznom poslovanju preduzeća mogla na domaćem i stranom finansijskom tržištu kupovati i prodavati potraživanja po osnovu svih vrsta poslova sa inozemstvom.*

III. *Prema odredbama člana 436. st. 1. ZOO, ugovorom o cesiji mogu se prenositi sva potraživanja, izuzev onih čiji je prenos zabranjen zakonom ili koja su vezana za ličnost povjerioca ili koja se po prirodi stvari ne mogu prenositi. S obzirom da se ugovor o cesiji u konkretnom slučaju ne protivi zakonskim propisima, to je tuženi (cedent) svoje potraživanje (prema T-u) mogao cedirati na tužioca.*

IV. *Rješenje: Prigovor tuženog je neosnovan.*

2.2. Predmet ustupanja

Predmet ustupanja je određeno potraživanje a ne cjelokupan obligacioni odnos iz kojeg je proizašlo to potraživanje. Ukoliko, primjera radi, prodavac trećem licu ustupi svoje pravo da od kupca potražuje isplatu cijena, on mu nije ustupio svoj položaj prodavca.³⁵⁸ Ustupanje cjelokupnog položaja ugovorne strane (u gornjem primjeru to bi bio položaj prodavca) vrši se drugim institutom a ne cesijom. U tom slučaju govorimo o ustupanju ugovora.

U principu, moguće je ustupiti svako potraživanje. Prenosivost proizlazi iz samog pojma potraživanja usvojenog u modernoj pravnoj nauci. Prenosivost potraživanja se pretpostavlja, a zabrana prenosa predstavlja izuzetak. Pošto se radi o izuzetku od opšteg pravila, to se mora regulirati zakonom. Naš ZOO zabranu prenosa potraživanja također određuje kao izuzetak i reguliše je u članu 436.

Predmet sporazuma o ustupanju mogu biti dospjela i nedospjela potraživanja, bez obzira na osnov iz koga potiču. Cedirati se mogu uslovna pa i buduća potraživanja.³⁵⁹ *Sudska praksa potvrđuje ovo stanovište pravne doktrine, usvajajući načelan stav da se cesija može odnositi i na buduća potraživanja, ali da se od dužnika ne može zahtijevati naplata budućeg potraživanja prije dospijeća tog potraživanja.*³⁶⁰

³⁵⁸ Bliže, Jakov Radišić, *Obligaciono pravo*, Opšti dio, četvrto izdanje, Beograd, 1990, str. 401.

³⁵⁹ Vladan Stanković, *odrednica "Cesija"* u *Enciklopediji*, op.cit. str. 129.

³⁶⁰ *Presuda Vrhovnog privrednog suda Jugoslavije Sl. 1397/68.* (Objavljeno u Mladen Kosovac, *Obligacioni ugovori kroz sudsku praksu*, Beograd, 1978, str. 868).

U interesu pravne sigurnosti mora biti jasno da li i u kom obimu jedno potraživanje još uvijek pripada starom povjeriocu ili je ono već u cijelosti prenešeno na novog povjerioca.³⁶¹ Ustupljeno potraživanje mora biti određeno ili najmanje određivo.³⁶²

a. Ustupanje budućih potraživanja

Buduća se potraživanja mogu ustupati ukoliko ona nisu izuzeta od ustupanja, odnosno ukoliko ne potpadaju pod zabranu ustupanja, predvišenu članom 436. ZOO. Za ustupanje budućih potraživanja važe opća pravila ustupanja, gdje posebnu važnost ima određenost, odnosno određivost ustupanja. U praksi je čest slučaj da se ustupaju buduća potraživanja³⁶³, a pravna teorija stoji na stanovištu da u vrijeme ustupanja ne mora postojati čak ni pravni osnov, nego je dovoljno da se buduće potraživanje javlja kao vjerovatno.³⁶⁴

Sudska praksa pojedinih razvijenih zemalja³⁶⁵ stoji na stanovištu da budući dužnik u momentu ustupanja ne mora biti poznat. Dovoljno je navesti pravne osnove nastanka budućeg potraživanja i opis stvari iz koji se crpi to pravo.

b. Djelimično ustupanje

Djelimično ustupanje jednog potraživanja je dopušteno ukoliko je to potraživanje djeljivo i ako ga strane sporazumom nisu isključile od prenosa. Djelimično ustupanje ima za posljedicu da dužnik ima više povjerilaca. Obzirom da je broj povjerilaca prema dužniku povećan, a potraživanje ostalo isto, to znači da svaki od povjerilaca ima pravo da potražuje samo dio ukupnog duga. U skladu s tim, zbir potraživanja svih povjerilaca, predstavljao bi prvobitni dug. Postavlja se pitanje namirenja tih povjerilaca. Ukoliko nije ništa drugo propisano, dužnik može svoju obavezu, koja je sad podijeljena, ispuniti onom povjeriocu kojem on želi, jer su prava povjerilaca nezavisna jedna od drugih. Sljedeće pitanje koje se logički nameće odnosi se na situaciju kad se dužniku obrati više povjerioca za ispunjenje obaveze. U takvoj situaciji dužnik je obavezan ispuniti dug prvo onome povjeriocu koji je od njega i najprije zahtijevao ispunjenje.³⁶⁶

³⁶¹ Hans Brox, *Allgemeines Schuldrecht*, 16. Auflage, Munchen, 1988, str. 237, margina /Rn/ 391.

³⁶² Vidi Odluku Vrhovnog privrednog suda SI 2025/68, od 3.I.1968. – Objavljena u Zbirci sudskih odluka /vrhovnog suda/ br. 230, 1969.

³⁶³ Vidi Odluku Višeg Privrednog suda u zagrebu P-2514/70, od 9. XII 1971, Pregled sudske prakse, prilog Naše zakonitosti, 1973, br. 3, odluka br. 327.

³⁶⁴ *Münchener Kommentar zum BGB/G. Roth*, op.cit., § 398 margina /Rn/ 60.

³⁶⁵ Vidi Odluku BGH /Bundesgerichtshof/ NJW 1967, 751; Ovom odlukom Njemački savezni sud je odlučio da je valjana cesija, kojom je cedent ustupio cesionaru dio cijene od prodaje pšenice koja treba da uslijedi za dva mjeseca nepoznatom kupcu.

³⁶⁶ Peter Derleder, *AcP /Archiv für die civilistische Praxis/* 169, 97; *Teilzession und Schuldnerrechte*, str. 97 i dalje.

c. Potraživanja iz dvostranoobveznih ugovora

Stupanjem u obligacionopravne odnose, stranke u dvostranoobveznim pravnim poslovima imaju ne samo prava nego i obaveze. Postavlja se pitanje šta će se dogoditi kod dvostranoobveznog posla, gdje se i cesus javlja kao povjerilac, u slučaju neispunjenja obaveza prema cesusu. Pravna doktrina³⁶⁷ je jedinstvena u tome da će u slučaju neispunjenja obaveze prema cesusu iz dvostranoobveznog posla cedent biti odgovoran, jer je on ugovorna strana iz tog posla.

d. Forma ugovora o cesiji

Ugovor o cesiji je neformalan. Za nastanak ovog ugovora dovoljna je saglasnost volja ugovornih strana o cesiji, bez ikakvog posebnog akta. Naš ZOO ne zahtijeva posebnu formu za ovaj ugovor. Od ovog pravila, kao i od mnogih drugih, postoji izuzetak. Cesija će biti formalna, u slučaju kada je za pravni posao koji čini, osnov ustupanja potrebna određena forma.³⁶⁸

2.3. Zabrana ustupanja

U principu sva se potraživanja mogu ustupiti. Zabrana ustupanja može proizlaziti iz zakona ili iz prirode pojedinog prava. Ustupiti se ne mogu sljedeća potraživanja:

◆ Potraživanja čiji je prenos **zabranjen zakonom**. U članu 436. st. 1. ZOO regulirano je da se ne mogu prenijeti ona potraživanja čiji je prenos zabranjen zakonom. Tako, ne može se prenijeti pravo na naknadu štete u obliku novčane rente, zbog smrti bliskog lica ili zbog povrede tijela ili narušavanja zdravlja. Ali dospjeli iznosi naknade mogu se cedirati ako je visina naknade određena pismenim sporazumom stranaka ili pravosnažnom sudskom odlukom (čl. 197 ZOO). Članom 204. ZOO predviđeno je da potraživanje nematerijalne štete prelazi na nasljednike samo ako je priznato pravosnažnom odlukom ili pismenim sporazumom.

Drugi zakoni mogu isto tako zabraniti prenos potraživanja, i to u području koje ti zakoni reguliraju. Tako npr. prema članu 93. st. 1. Zakona o izvršnom postupku može se zaplijeniti 1/3 dohotka radnika, a za potraživanja iz obaveze izdržavanja do 1/2.³⁶⁹

◆ Potraživanja koja su vezana za **ličnost povjerioca** (cedenta). U ovim slučajevima radi se o potraživanjima koja su usko vezana s ličnošću povjerioca, tako da bi se njihovim prenosom promijenila sadržina tih prava. To su potraživanja alimentacije, penzije i sl. Međutim, dospjeli obroci alimentacionog izdržavanja mogu se cedirati.³⁷⁰

³⁶⁷ Vidjeti; Münchener Kommentar/G. Roth, op.cit, § 398 margina 71.

³⁶⁸ Vidi; V. Stanković, odrednica "Cesija" u Enciklopediji op.cit. str. 129 i J. Radišić, op.cit., str. 401.

³⁶⁹ "Službeni list SFRJ", br. 20/78; "Službeni list R BiH", br. 2/92 i 13/94.

³⁷⁰ Vidi PSP 1974 br. 5 str. 13, odluka br. 31.

◆ Potraživanja koja se **po svojoj prirodi** protive prenošenju na drugoga. Postoje potraživanja određene vrste ili potraživanja iz određenog pravnog odnosa koja zbog svoje pravne prirode ili zbog specifičnosti tog odnosa nisu prenosiva. Takva potraživanja su prije svega ona koja u osnovi imaju odnos povjerenja (npr. ugovor o nalogu). Na drugoj strani postoje potraživanja kod kojih zahtjevi čine neraskidivo jedinstvo s pravnom osnovom. Npr., zahtjev vlasnika za predaju stvari, zahtjev na propuštanje određene činidbe³⁷¹.

◆ Potraživanja čiji je prenos **ugovorom** isključen. Strane jednog obligaciono-pravnog odnosa imaju slobodu ugovaranja, tako da sve ono što im zakonom nije zabranjeno, one mogu slobodno ugovoriti. U tom smislu, strane mogu i isključiti mogućnost prenosa potraživanja koja su inače, po svojoj prirodi, prenosiva. U členu 436. st. 2. ZOO nije izričito propisano da se potraživanje, koje su strane ugovorile da se neće prenositi, ne može ustupati. Ugovor o ustupanju sklopljen usprkos ugovorne zabrane (*pactum de non cedendo*) nema učinak prema dužniku. Međutim, dužnik može naknadno dati svoju saglasnost na takav ugovor.

2.4. Prelaz sporednih prava

Hipotetički slučaj 3:

*Cedent je cesionaru ustupio svoje novčano potraživanje potraživanje (10.000 KM), ali tom prilikom nisu ništa ugovorili za kamate. Dospjele kamate iznose oko 3.000 KM i cesionar ih želi naplatiti za sebe, čemu se cedent protivi, jer smatra da kamate pripadaju njemu.*³⁷²

Pitanje: Ko će uspjeti u sporu?

Sporedna prava dopunjavaju i osiguravaju glavno potraživanje, odnosno glavnu obavezu. Sporedno pravo dijeli sudbinu glavnog potraživanja. Pravilo je da se penosom potraživanja sadržaj potraživanja ne mijenja. Cesija je derivativan način sticanja prava. Cesionar svoje pravo izvodi iz cedentovog prava. Prema tome, ukoliko uz glavno potraživanje postoje i sporedna prava vezana uz glavno potraživanje, cesionar dobiva i ta prava. U členu 437. ZOO pominju se samo neka od sporednih prava, kao što su pravo prvenstvene naplate, hipoteka, zaloga, prava iz ugovora sa jemcem, prava na kamatu, ugovornu kaznu i sl.

Založena stvar se može predati cesionaru samo ukoliko zalagodavac na to pristane. Ukoliko zalagodavac ne pristane da se založena stvar preda cesionaru, ona ostaje kod cedenta, koji je čuva za račun cesionara.

Što se tiče kamata, ZOO u st. 3. člana 437. regulira da se dospjele, a neisplaćene kamate prenose zajedno sa glavnim potraživanjem. Ovo je oboriva pretpostavka (*praesumptio iuris tantum*). Cedent i cesionar ovo pitanje mogu i drugačije urediti. Kamate koje do momenta cesije nisu dospjele u svakom slučaju prelaze na cesionara.

³⁷¹ MünchKomm – Roth, § 399, Rn 7.

³⁷² VS RH, Gzz 2/98, od 19.3. 1998. – Izbor odluka 2/1998 – 24/59.

Rješenje hipotetičkog slučaja 3:

I. Ovdje se spor javlja u vezi toga kome će pripasti kamate, jer o njima ugovorne strane kod cesije nisu ništa posebno odredile.

II. Prema odredbi čl. 437. st. 2. ZOO oboriva je zakonska pretpostavka da su sa glavnim potraživanjem ustupljene i dospjele kamate. Ovo je zakonska pretpostavka i cedent (tužilac) može dokazivati drugačije.

III. Rješenje: U ovom slučaju tužilac nije uspio dokazati da su se ugovorne strane dogovorile da se dospjele kamate ne ustupaju sa glavnim potraživanjem, te će tuženi (cesionara) imati prava, pored glavnog duga, naplatiti i dospjele kamate.

2.5. Obavještenje dužnika o cesiji

Da bi cesija djelovala i prema trećem licu, u ovom slučaju prema dužniku (cesusu), on o cesiji mora biti obaviješten. To je sasvim razumljivo, jer ako dužnik ne zna za cesiju, on za svoga povjerioca smatra cedenta. Obavještenje cesusa o izvršenoj cesiji, Zakon je stavio u obavezu cedentu.

Cesija je sporazum samo između dvije strane, i to između cedenta i cesionara. Cesus ne sudjeluje pri zaključenju ugovora o cesiji. Nije potreban ni njegov pristanak. Cedent prenosi potraživanje koje on ima prema cesusu, tako da se taj odnos tiče i cesusa. Da bi cesija djelovala i prema cesusu, on o istoj mora biti obaviješten. Moment obavještenja (denuncijacija – *denuntinatio*) je bitan, jer za njega Zakon vezuje određene posljedice. Naime, do obavještanja o cesiji cesus svoju obavezu ispunjava cedentu, a nakon toga cesionaru.

Cedent nosi teret dokaza da je cesus obaviješten o cesiji, a ukoliko to ne može dokazati, odgovoran je cesionaru za nastalu štetu. Bitno je da je cesus na pouzdan način saznao za cesiju. To znači da i cesionar, a ne samo cedent, može cesusa obavijestiti o ustupanju potraživanja. Zakon ne propisuje posebnu formu za obavještenje dužnika o izvršenoj cesiji. Važno je utvrditi cesusovu savjesnost. Savjestan dužnik, koji nije znao za cesiju, oslobađa se svoje obaveze ukoliko svoju obavezu ispuni cedentu. Nesavjestan dužnik, koji je imao saznanja o cesiji, ne oslobađa se svoje obaveze ako je ispuni cedentu.

2.6. Zaštita dužnika (cesusa)

Hipotetički slučaj:

P je sa D zaključio ugovor o zakupu (poslovnih prostorija). P nije predao D-u u posjed poslovne prostorije, a D nije razhtjevao raskid ugovora. Poslije izvjesnog vremena P je kao zakupodavac potraživanje po osnovu zakupnine ustupio trećem licu T. Po proteku 3 mjeseca T zahtjeva od D-a isplatu

*zakupnine. D smatra da nije obavezan platiti zakupninu jer nije ni dobio prostorije u posjed. Mora li D platiti zakupninu T-u?*³⁷³

Zaključenjem ugovora o cesiji, cesionar stupa na cedentovo mjesto povjerioca u obligaciono-pravnom odnosu. Cesionar zadržava sva prava koja je imao cedent, a dužnikov položaj nakon izvršene cesije ostaje isti.

Zaštiti dužnika služi odredba člana 438. st. 2. ZOO, kojom je propisano da se cesus oslobađa svoje obaveze ukoliko on tu obavezu ispuni cedentu i to prije obavijesti o cesiji. Kada dužnik svoju obavezu, u neznanju o cesiji, ispuni cedentu, on ispunjava obavezu nekome ko više nije njegov povjerilac. Zaključenjem ugovora o cesiji cedent je prestao biti povjerilac, jer je on cesijom svoje pravo prenio na cesionara. Pošto dužnik obavezu nije ispunio pravom povjeriocu (cesionaru), on bi morao istu obavezu ispuniti novom povjeriocu (cesionaru). U tom se slučaju savjestan dužnik može pozvati na odredbu člana 438. st. 2. ZOO i on neće morati ispunjavati istu obavezu cesionaru, jer je već jedanput ispunio onom povjeriocu za kojeg je osnovano pretpostavljao da je njegov pravi povjerilac.

Da bi se dužnik mogao pozivati na odredbu iz člana 438. st. 2. ZOO, potrebno je da on o ustupanju potraživanja nije imao saznanja. Tek od časa kad je saznao za cesiju dužnik je vezan za cesionara, kao svog novog povjerioca, i svoje se obaveze može osloboditi samo ako je njemu ispuni.

Članom 440. st. 2. ZOO regulirano je da dužnik može istaći cesionaru, pored prigovora koje on ima prema njemu i one prigovore koje je mogao istaći cedentu do momenta kad je saznao za ustupanje (cesiju). Zakonodavac je ovom odredbom želio zaštititi dužnika, i to iz najmanje dva razloga. Prvo, dužnik nema mogućnosti sudjelovanja u zaključenju ugovora o cesiji između cedenta i cesionara. Drugo, sadržaj potraživanja nakon cesije ostaje isti, a samim tim i dužnik, koji mora ispuniti svoju obavezu, ne smije cesijom dospjeti u teži položaj od onoga u kojem je bio prije cesije.

Rješenje hipotetičkog slučaja:

I. Kako je već rečeno između P-a i D-a zaključen je ugovor o zakupu. Iz takvog ugovora P ima pravo potraživati od D-a isplatu zakupnine. Ovo pravo P može i ustupiti na treća lica i to bez odobrenja dužnika D.

II. Međutim u našem slučaju ni zakupodavac (tj. drugi ugovorač - P) nije ispunio svoju ugovornu obavezu. U skladu s tim ni druga ugovorna strana (D) nije dužna ispuniti svoju obavezu (čl. 122. st. 1. ZOO).

III. Odbijanje D-a da novom povjeriocu (T-u) plati zakupninu smatra se kao prigovor neispunjenja ugovora ("exceptio non adimpleti contractus"). Potraživanje zakupnine koje je P ustupio T-u u momentu ustupanja bilo je sporno, pa samim ustupanjem (cesijom) to potraživanje nije postalo bolje. Zakupodavac (P) nije imao pravo na zakupninu, pa takvo potraživanje nije mogao ni prenijeti na T-a.

³⁷³ Vs FBiH, Pž. 139/98 od 30.7.1998. – Bilten Sp. Vs FBiH br. 2/98-20.

IV. Prema čl. 440. st. 2. ZOO dužnik (D) može istaći prijemniku (cesionaru – T) sve one prigovore koje je mogao istaći ustupiocu (cedentu – P) do časa kad je saznao za ustupanje.

2.7. Prebijanje potraživanja kao zaštita dužnika

Pravilu, da se cesusov položaj prilikom cesije ne smije pogoršati, služi i član 340. ZOO, gdje je propisana mogućnost prebijanja s ustupljenim potraživanjem. Prebijanje je jedan od načina prestanka obaveze, i to tako što se dvije uzajamno jednorodne obligacije prebijaju jedna za drugu. Prema članu 340. st. 1. ZOO dužnik ustupljenog potraživanja može prebiti cesionaru ona svoja potraživanja koja je do obavještanja o cesiji mogao prebiti cedentu. U tom slučaju odstupa se od pravila međusobne uzajamnosti potraživanja, jer dužnik cesionaru prebija potraživanje koje on ima prema cedentu.

Kao što smo već vidjeli, za cesusa je veoma bitan moment obavještenja o cesiji. Od tog momenta za cesusa je povjerilac nije više cedent nego cesionar. Ukoliko je cesus prije cesije imao potraživanje prema cedentu, i to je mogao prebiti s cedentovim potraživanjem, ostaje mu mogućnost da sad cesionaru istakne taj prigovor. Time se želi zaštititi cesus, koji je već imao jedno valjano potraživanje prema svom povjeriocu i mogao ga je prebiti sa svojim dugom prema istom. Potrebno je naglasiti da nije odlučujuće je li cesus svoje potraživanje prema cedentu stekao prije ili poslije cesije, nego je bitno da je on to potraživanje stekao prije obavještenja o cesiji.

Npr., P (cedent) je dana 1. marta stekao potraživanje prema D-u (dužnik, cesus). Deset dana kasnije, tj. 10 marta, D je stekao istovrsno potraživanje prema P-u. U ovom slučaju D bi mogao izvršiti prebijanje s P-om. Ukoliko to učini, oba će potraživanja prestati. Međutim, ukoliko to D ne učini, a P 20. marta ustupi svoje potraživanje NP-u (novom povjeriocu, cesionaru), tada nastaje nova situacija. Ukoliko D nema saznanja o ustupljenom potraživanju, on sa uspjehom može prebijanje izjaviti P-u. Ako je D saznao za ustupanje, tada on prebijanje ne može izjaviti P-u, nego svome novom povjeriocu NP.

Prema članu 340. st. 2. ZOO cesus može prebiti s cesionarom i ona svoja potraživanja koja je stekao prema cedentu prije obavještanja o cesiji, a tim potraživanjima u momentu cesije nije bio dospio rok za ispunjenje. U takvim slučajevima mora se ispuniti još jedna dodatna pretpostavka, a to je da je ta cesusova potraživanja dospijevaju prije ili istovremeno sa ustupljenim potraživanjem.

Cesus ne može izjaviti prebijanje cesionaru ako je on svoje potraživanje prema cedentu stekao nakon obavještenja o cesiji.

2.8. Višestruko ustupanje

Zaključenjem ugovra o cesiji, cedent nema više nikakvih prava prema cesusu. Slijedom toga, pravilo je da cedent svoje potraživanje može samo jedanput

ustupiti, a novo ustupanje od strane cedenta na drugog povjerioca je bez pravnog dejstva. Ukoliko bi cedent još koji put raspolagao pravom kojeg više nema postupao bi suprotno pravilu da niko ne može prenijeti više prava nego što ga sam ima (*nemo plus iurius ad alium transferre potest quam ipse habet*). U praksi je moguće da cedent svoje potraživanje u cjelosti cedira nekoliko puta.

Npr. cedent ustupi svoje potraživanje najprije povjeriocu A, pa isto to potraživanje povjeriocu B i na kraju povjeriocu C.

Iz navedenog primjera se vidi da je cedent jedno isto potraživanje ustupio različitim licima. Ukoliko pođemo od opće prihvaćenog mišljenja da cedent jedno potraživanje može ustupiti samo jedanput i da tim ustupanjem njegova prava prestaju, tada dolazimo do logičnog zaključka da je to potraživanje stekao samo prvi cesionar, u našem slučaju to je onaj povjerilac na kog je prvo prenešeno potraživanje, tj. A.

Od pravila da niko ne može prenijeti više prava nego što ga sam ima, naš Zakon je odstupio u članu 439. Naime, u ZOO je usvojeno rješenje da kada povjerilac isto potraživanje ustupi raznim licima, potraživanje pripada onom cesionaru o kome je cedent prvo obavijestio dužnika, odnosno onom cesionaru koji se prvi javio dužniku.

Kod višestrukog ustupanja moramo razlikovati je li dužnik znao za takvo ustupanje. Ukoliko on nije znao za takvo ustupanje, nego ima saznanja samo o jednoj cesiji, on će se osloboditi svoje obaveze ukoliko je ispuni tom poznatom cesionaru. Ako je dužnik znao za višestruko ustupanje, tada on svoju obavezu mora ispuniti onom cesionaru na kojeg mu je prvo ukazao cedent.

2.9. Odnos cedenta i cesionara

Ugovorom o cesiji cedent i cesionar uređuju međusobne odnose, jer su samo oni ugovorne strane. Tim ugovorom se mogu regulirati i pitanja koja se tiču cedentove odgovornosti za ustupljeno potraživanje, predaji dokaza o izvršenom ustupanju i sl. Međutim, ukoliko ugovorne strane određena pitanja ne reguliraju ugovorom, primjenjuju se zakonski propisi.

Radi lakše realizacije ustupljenog potraživanja cedent je dužan predati cesionaru obveznicu ili drugu ispravu o dugu. Naime, pri realizaciji potraživanja može se očekivati da će dužnik svoju obavezu pokušati izbjeći ili je prolongirati. U skladu s principima poštenja i dobrih običaja zadatak cedenta je da olakša naplatu ustupljenog potraživanja.

Ako cedent prenosi na cesionara samo dio potraživanja, on mu je obavezan predati ovjereni prepis obveznice ili druge isprave kojom se dokazuje postojanje ustupljenog potraživanja. Isto tako, cesionar može od cedenta tražiti ovjerenu potvrdu o ustupanju (čl. 441. st. 2 i 3. ZOO).

Jedno od dejstava cesije odnosi se na cedentovu odgovornost za postojanje potraživanja i odgovornost za naplativost.

a. Odgovornost za postojanje potraživanja

Za odnose cedenta i cesionara značajno je da li je ustupanje izvršeno sa naknadom ili bez naknade. Ako je ustupanje potraživanja bez naknade (npr. ugovor o poklonu), cedent nije odgovoran za postojanje niti za naplativost potraživanja.

Ako je potraživanje ustupljeno ugovorom sa naknadom cedent odgovara za postojanje potraživanja. To znači da cedent garantuje cesionaru da je potraživanje istinito i punovažno. Cedent garantuje da potraživanje postoji u momentu cesije (veritas nominis). Cedent garantuje da potraživanje potiče iz punovažnog pravnog posla, te da potraživanje ne može biti poništeno zbog bilo kojih prigovora.

b. Odgovornost za naplativost

Cedent je odgovoran i za naplativost ustupljenog potraživanja ako je to ugovoreno, ali samo do visine onoga što je primio od cesionara (bonitas nominis). Sasvim razumljivo i ovdje se traži da je ustupanje izvršeno s naknadom.

Da bi cedent odgovarao za naplativost potraživanja, pored ugovorom preuzete obaveze, potrebno je da budu ispunjena i još dva uslova:

◆ da je nenaplativost potraživanja postojala već u momentu zaključenja cesije, što znači da za kasnije nastalu nenaplativost cedent ne odgovara, npr. ako je dužnik nakon cesije postao insolventan; i

◆ da u vrijeme ustupanja potraživanja cesionar nije znao za postojanje nedostataka, odnosno cesionar nije znao da neće moći naplatiti potraživanje.

Sudska praksa:

Hipoteka i osigurano potraživanje su jedna cjelina. Pojedinačni (izdvojeni i odvojeni) prijenos nije dopušten. Za valjanost prijenosa potreban je pismeni ugovor (cesija – čl. 436. ZOO) i upis u zemljišne knjige (član 71. Zakona o vlasničko-pravnim odnosima).³⁷⁴

Na valjanost ugovora o ustupanju ne utječe činjenica što je ustupitelj strana osoba kao ni činjenica što dužnik nije bio obaviješten o ustupanju.³⁷⁵

Punovažno je ustupanje i nenovčanog potraživanja radi obezbjeđenja, pa je cesionar ovlašten da od cesusa zahtijeva ispunjenje obaveze, čak i ako ovaj nije bio obaviješten o ustupanju potraživanja.³⁷⁶

³⁷⁴ Ks sud u Sarajevu – Bilten sp Ks Sarajevo 1/2001 – 33.

³⁷⁵ Vts RH, Pž. 122/95, od 17.8.1995. – Zbirka 3-49.

³⁷⁶ Vs FBiH, Pž. 89/99, od 28.7.1999. godine – Bilten Vs FBiG 2/99 – 50.

Ugovorom o nagodbi ugovorne strane pomoću uzajamnih popuštanja otklanjaju neizvjesnost i određuju svoja uzajamna prava i obaveze. Nakon ustupanja tražbine iz sklopljene nagodbe vjerovnik više prema dužniku ne može potraživati tražbinu iz nagodbe, a ni tražbinu iz obveznog odnosa u svezi s kojim je nagodba sklopljena.³⁷⁷

Ustupitelj je obavezan obavijestiti dužnika o obavljenom ustupanju, ali obavještavanje dužnika nije uvjet za pravovaljanost ugovora o ustupanju.³⁷⁸

Iako se ugovorom o diobi nekretnina ne stiče pravo vlasništva bez upisa u zemljišnu ili drugu javnu knjigu, suvlasnik koji je prije ili poslije diobe prodavao nekretnine koje je stekao ugovorom o diobi, obavezao se da nakon sticanja prava svojine prenese to pravo na kupca uknjižbom u zemljišnu knjigu ili drugu javnu knjigu, ili da mu prije toga ustupi svoje pravo iz ugovora o diobi.³⁷⁹

Ugovor o sticanju prava stvarne služnosti, zaključen između prednika vlasnika povlasnog i poslužnog dobra, obavezuje i njihove singularne pravne sljednike ako su makar i prećutno preuzeli ugovor time što su se izvjesno vrijeme ponašali u skladu sa ugovorom.³⁸⁰

Kada za ugovor nije propisana posebna forma, pravovaljana je usmena cesija.³⁸¹

Vjerovnik ugovorom o ustupanju (cesiji) može prenijeti na trećega i dio potraživanja, pa i tako da ustupi samo potraživanje kamata, a ne i glavnice.³⁸²

Davanjem naloga dužniku da ispuni obavezu povjeriočevom dužniku ne dolazi do cesije potraživanja.³⁸³

Građanin kome se opština obavezala ugovorom o zamjeni građevinskih objekata da će, pod odložnim uslovom, ustupiti na korišćenje građevinsku parcelu, ne može to pravo prenijeti na treće lice.³⁸⁴

3. POSEBNI SLUČAJEVI USTUPANJA POTRAŽIVANJA

Članovi 444. i 445. ZOO reguliraju posebne slučajeve ustupanja potraživanja. Prema Zakonu, posebni slučajeve ustupanja potraživanja su: *ustupanje umjesto ispunjenja; ustupanje radi naplaćivanja i ustupanje radi osiguranja*. Posebni oblici cesije razlikuju se od redovne cesije po uslovima nastanka, po ciljevima

³⁷⁷ Vts RH, Pž. 2550/96, od 28.1.1997. – Zbirka 4 – 38.

³⁷⁸ Vts RH, Pž. 1350/95, od 19.9.1995. godine – Zbirka 3 – 48.

³⁷⁹ Vs BiH, Rev. 314/89, od 14.7.1989. – Bilten Vs BiH 1/90 – 46.

³⁸⁰ Vs BiH, Rev. 278/89, od 14.7.1989. – Bilten Vs BiH 4/89 – 81.

³⁸¹ Vs BiH, Pž. 436/86, od 27.5.1989. – Bilten Vs BiH 3/87 – 5.

³⁸² Ps H, Pž. 1408/90, od 15.10.1991. – Psp 51 – 216.

³⁸³ Vs BiH, Pž. 386/86, od 24.3.1998. – Bilten Vs BiH 3/88 – 44.

³⁸⁴ Vs BiH, Rev. 359/87, od 21.4.1988. – Bilten 3/88 – 21.

koji se žele postići ili po nekim drugim obilježjima. Posebni oblici cesije razlikuju se ne samo od redovne cesije nego i međusobno.

3.1. Ustupanje umjesto ispunjenja

Prema općim pravilima o ispunjenju obaveze (v. čl. 308. ZOO) daje se mogućnost dužniku da on, tj. dužnik, u sporazumu s povjericom, može povjeriocu umjesto dugovane obaveze ispuniti neku drugu. Upravo članom 444. stav 1. zakonodavac je odredio da dužnik (cedent) umjesto ispunjenja svoje obaveze može ustupiti svome povjericu (cesionaru) potraživanje koje on ima prema trećoj osobi. Cedent u tom slučaju prenosi na cesionara svoje potraživanje prema trećoj osobi. To ustupanje, kao i u redovnoj cesiji, vrši se putem ugovora između cedenta i cesionara. Razlika u odnosu na redovnu cesiju je u tome što je u ovom slučaju i sam cedent cesionarov dužnik (što kod redovne cesije ne mora biti slučaj). Posebna specifičnost te cesije je zapravo ta što cedent svoj dug, prema povjericu (cesionaru) namiruje jednim drugim dugom, gdje se on javlja kao povjerilac prema trećoj osobi. Ovaj oblik cesije zapravo predstavlja jedan od slučajeva zamjene ispunjenja (*datio in solutum*).

Svrha ustupanja umjesto ispunjenja jest da se cedent oslobodi svoje obaveze prema cesionaru. Cedent može na cesionara prenijeti i samo jedan dio svoga potraživanja, a ne cijelo potraživanje. U tom slučaju radi se o djelimičnom ustupanju, i za taj ustupljeni dio cedentova obaveza prema cesionaru prestaje.

Sličnost sa redovnom cesijom ogleda se u tome što ustupljeno potraživanje momentom cesije, tj. sklapanjem ugovora između cedenta i cesionara, prelazi u imovinu cesionara. Istovremeno, taj iznos, koji je prešao sa cedenta na cesionara smanjuje se u odnosu između cedenta i dužnika (cesusa). To znači da cedent nema više potraživanje (ili njegov dio ukoliko se radi o djelimičnoj cesiji) prema dužniku, jer dužnik tu obavezu mora, sad ispuniti cesionaru.

Ako povjerilac prilikom realizacije potraživanja (naplate svoga duga) dobije više nego što iznosi njegovo potraživanje prema cedentu, ima obavezu da sve što je naplatio više od iznosa svoga potraživanja ustupi cedentu, tj. svome dužniku (čl. 444. st. 3. ZOO). Prilikom formulacije ove odredbe zakonodavac je imao na umu stvarni cilj i smisao instituta ustupanja umjesto ispunjenja, a taj je da cedent podmiri svoje dugovanje prema cesionaru ustupanjem svoga potraživanja koje on ima prema cesusu.

3.2. Ustupanje radi naplaćivanja

Ustupanje radi naplaćivanja je poseban slučaj cesije, gdje cedent ustupa svome povjericu (cesionaru) neko svoje potraživanje radi toga da on, tj. cesionar, a ne cedent, naplati to potraživanje od dužnika.

Činom ustupanja radi naplaćivanja cedentova obaveza prema cesionaru se ne gasi niti se smanjuje za iznos ustupljenog potraživanja, nego tek onda kad

cesionar naplati ustupljeno potraživanje. Iz toga proizlazi i osnovna razlika između ustupanja radi naplaćivanja i ustupanja umjesto ispunjenja. Kod ustupanja umjesto ispunjenja, zaključenjem ugovora o cesiji, ustupljeno potraživanje **odmah** prelazi u imovinu cesionara, a istovremeno cedentova obaveza prema cesionaru se gasi u iznosu ustupljenog potraživanja. Za razliku od toga, kod ustupanja radi naplaćivanja ustupljeno potraživanje se ne prenosi u imovinu cesionara, nego ostaje i dalje u imovini cedenta, a cedentova obaveza prema cesionaru se gasi, odnosno smanjuje tek kad povjerilac (cesionar) naplati ustupljeno potraživanje.

Osim razlika, između ove dvije posebne cesije (ustupanje umjesto ispunjenja i ustupanje radi naplate) postoje i određene sličnosti. Članom 444. stav 3. ZOO propisano je da i kod ustupanja umjesto ispunjenja i ustupanja radi naplate, cesionar mora predati cedentu sve ono što je naplatio preko iznosa svoga potraživanja prema cedentu.

Hipotetički slučaj:

Tužilac (cesionar), tuženi (cedent) i dužnik (cesus) zaključili su ugovor o cesiji u kojem cesus priznaje da duguje cedentu (čl. 1. Ugovora), a cedent priznaje da isti iznos duguje cesionaru (čl. 2.). U čl. 3. ovog Ugovora tuženi (cedent) ustupa svoje potraživanje tužiocu (cesionaru), a cesus se obavezuje da će to potraživanje isplatiti tužiocu. Međutim, dužnik (cesus) nije ispunio svoju obavezu. Između tužioca (cesionara) i tuženog (cedenta) je sporno o kakvoj se cesiji radi: Cesiji umjesto ispunjenja ili cesiji radi naplaćivanja, jer u samom ugovoru o tome nema nikakvih odredbi. Tužilac tužbom zahtijeva cjelokupan dug od tuženog (svog prvobitnog dužnika) jer od cesusa nije ništa naplatio.³⁸⁵

Pitanje: Hoće li uspjeti sa tužbom?

Obrazloženje:

I. Ako se u konkretnom slučaju radi o cesiji umjesto ispunjenja, tada je cedentova obaveza prema cesionaru prestala u momentu cesije. Nasuprot tome, ako se u ovom slučaju radi o cesiji radi naplaćivanja cedentova obaveza prema cesionaru prestat će u onom momentu kada cesionar naplati potraživanje od dužnika.

II. Cesija radi naplaćivanja predstavlja iznimku u odnosu na cesiju umjesto ispunjenja i da bi se od ove razlikovala, mora se ta njena specifičnost jasno naglasiti u ugovoru o cesiji. U konkretnom slučaju takvog navođenja nema.

III. Rješenje: u našem slučaju radi se o cesiji umjesto ispunjenja i tuženi (cedent) se oslobađa onog dijela duga koliko je cesijom ustupio tužiocu (cesionaru)

3.3. Ustupanje radi obezbjeđenja

³⁸⁵ VS FBiH, Pž. 166/00, od 29.12. 2000. – Bilten SP VS FBiH 1/01 – 29.

Ustupanje radi obezbjeđenja služi osiguranju potraživanja koje cesionar ima prema cedentu po nekom drugom pravnom osnovu³⁸⁶. Prema tome, ovdje je cedent cesionarov dužnik i namjerava svoju obavezu ispuniti onako kako ona glasi. Da bi osigurao cesionariovo potraživanje, cedent prenosi na njega svoje potraživanje prema trećoj osobi i tako mu pruža osiguranje (*fiducia cum creditore contracta*). Ustupljeno potraživanje služi cesionaru samo kao obezbjeđenje njegova potraživanja prema cedentu. Cesionar ne može ustupljeno potraživanje naplatiti niti za sebe niti za cedenta.

Budući da ustupljeno potraživanje služi obezbjeđenju nekog drugog potraživanja, cesionar bi mogao naplatiti ustupljeno potraživanje tek ako cedent ne ispuni svoju obavezu prema njemu. Ako cedent ne plati svoj dug cesionaru, cesionar ima pravo namiriti se iz ustupljenog potraživanja, jer mu je ono zbog toga i prenijeto³⁸⁷.

Ukoliko cedent ne ispuni svoju obavezu i cesionar pristupi naplati ustupljenog potraživanja, isti je dužan da se pritom ponaša pažnjom dobrog privrednika, odnosno dobrog domaćina, jer on nastupa u ime i za račun cedenta. Pravo cesionara je da za sebe zadrži onoliko koliko je potrebno za namirenje vlastitog potraživanja, a sav je višak obaveza predati cedentu (član 445. ZOO).

³⁸⁶ Vizner B., Komentar ZOO op. cit., str. 1446.

³⁸⁷ Vidjeti S. Arandelovic, u Komentaru ZOO op. cit. str. 934.

F. PROMJENA DUŽNIKA

1. UOPĆE O PROMJENI DUŽNIKA

U jednom obligacinopravnom odnosu moguće je promijeniti bilo povjerioca bilo dužnika. Promjena povjerioca obavlja se putem cesije ili ustupanja potraživanja. Moderna zakonodavstva su jedinstvena utome da je moguće promijeniti i dužnika obligacije. Promjena dužnika regulirana je u članovima 446-453 ZOO. Promjena subjekata obligacije na dužničkoj strani moguća je na više načina. Najpoznatija i najkarakterističnija promjena dužnika vrši se *preuzimanjem duga*, što je regulirano članovima 446-450. ZOO. Pored toga, promjena dužnika moguća je putem *pristupanja dugu* (članovi 451. i 452.), kao i *preuzimanjem ispunjenja* (član 453. ZOO).

Promjena dužnika ostvaruje se putem ugovora zainteresiranih lica ili na osnovu zakona. ZOO je regulirao samo situaciju kada se promjena dužnika obligacije postiže ugovorom zainteresiranih strana. Ugovornom promjenom dužnika sadržaj obligacije ostaje isti, a samo se mijenja ličnost dužnika.

2. PREUZIMANJE DUGA

2.1. Uopće o preuzimanju duga

Preuzimanje duga je ugovor između dužnika i trećeg lica, kojim treće lice na sebe preuzima dužnikovu obavezu. ZOO ovo lice naziva *preuzimaocem*. Ugovor o preuzimanju duga između dužnika i preuzimaoca nije dovoljan sam po sebi da se dužnik u potpunosti oslobodi svoje obaveze. Da bi sporazum o preuzimanju duga u potpunosti proizvodio pravno dejstvo, tj. da dug /obaveza/ u cijelosti sa dužnika pređe na preuzimaoca, potrebno je da na taj sporazum povjerilac da svoju saglasnost. Znači, sam ugovor između dužnika i preuzimaoca, ukoliko na njega ne pristane povjerilac, ne dovodi do promjene subjekta obligacije na dužničkoj strani. U tome se ugovor o preuzimanju duga između dužnika i preuzimaoca razlikuje od ugovora o prijenosu potraživanja zaključenog između povjerioca i trećeg lica (cesionara).

Preuzimanjem duga obaveza prelazi u cijelosti na preuzimaoca, a dužnik se u cijelosti nje oslobađa. Povjerilac ostaje isto lice koje je bilo i prije zaključenja ugovora o preuzimanju duga. Bez saglasnosti povjerioca o preuzimanju duga, dužnik se ne može osloboditi svoje obaveze.

Kod promjene dužnika obligacije za povjerioca je veoma bitno ko mu je novi dužnik. Uspoređujući ugovor o preuzimanju duga (promjena dužnika) sa ugovorom o ustupanju potraživanja (promjena povjerioca), vidljivo je da ta dva ugovora nemaju isto dejstvo. Ugovor o prijenosu potraživanja, odnosno o promjeni subjekta obligacije na povjerilačkoj strani (cesija), proizvodi pravno dejstvo samim zaključenjem.

Povjeriocu nije svejedno ko mu je novi dužnik. Može se dogoditi da je novi dužnik insolventan ili da on ne ulijeva povjerenje povjeriocu da će obaveza biti ispunjena. Da bi se zaštitio interes povjerioca, zakonodavac zahtijeva njegovu saglasnost na ugovor između dužnika i preuzimaoca o preuzimanju duga. Bez te saglasnosti preuzimalac ne može stupiti na mjesto dužnika u obligaciji.³⁸⁸

Zakonom nije utvrđeno kad povjerilac može dati svoju saglasnost na ugovor o preuzimanju duga. Smatramo da povjerilac svoj pristanak na ugovor o preuzimanju duga može dati prije, poslije ili istovremeno sa zaključenjem ugovora. Povjerilac može svoj pristanak dati bez ikakvih uslova, ali isto tako može svoj pristanak usloviti. Zakon ne propisuje moguće načine uslovljavanja pristanka.

Da bi povjerilac uopće mogao dati svoj pristanak na ugovor o preuzimanju duga, on o njemu mora biti obaviješten³⁸⁹. U članu 446. stav 2. ZOO određeno je da povjerioca o zaključenom ugovoru može izvijestiti bilo dužnik bilo preuzimalac, a povjerilac svoj pristanak ili protivljenje može saopštiti svakome od njih. Zakonom nije bliže određeno u kojoj formi povjerilac treba dati svoj pristanak, tako da on svoj pristanak može dati u bilo kojoj formi. Ukoliko se preuzima dug iz formalnog ugovora, tada pristanak povjerioca treba biti u toj formi.

Povjerilac svoj pristanak može dati izričito, što je najčešći slučaj, ali isto tako i prešutno. Jasno izražena volja predstavlja optimalno rješenje za sve učesnike i obično tu nema posebnog spora u pogledu izražene volje. Prešutna saglasnost povjerioca treba biti izražena na jasan i nedvosmislen način. Međutim, u praksi nije jednostavno ocijeniti radi li se o pristanku povjerioca ili o nečem drugom. Zbog toga je u ZOO, (član 446. stav 3.) normirano da je povjerilac dao svoj pristanak na ugovor ako je bez ograde primio neko ispunjenje od preuzimaoca, koje je preuzimalac učinio u svoje ime. Iz toga se zaključuje da je prešutan pristanak za povjerioca potrebno da budu ispunjena dva uslova. Prvo, da je povjerilac ispunjenje od preuzimaoca primio bez ikakvih primjedbi i drugo, da je preuzimalac, kao novi dužnik, povjeriocu stavio do znanja da je on ispunjenje vršio kao svoju obavezu /"..." u svoje ime"/.³⁹⁰ I sudska je praksa zauzela stanovište da povjerilac svoj pristanak može dati i konkludentnim radnjama.³⁹¹

Za dužnika i preuzimaoca duga važno je da znaju hoće li povjerilac dati saglasnost na ugovor o preuzimanju duga, jer za tu saglasnost zakon veže određene posljedice. Da bi zaštitili svoj interese, dužnik ili preuzimalac može pozvati povjerioca da se u određenom roku izjasni o ugovoru o preuzimanju duga.

³⁸⁸ Vidi Presuda u Zborniku sudske prakse 1972, br. 5-6., str. 413 odl. 488.

³⁸⁹ Zato smatramo da on nije ugovorna strana, suprotno Vizner, op.cit., str. 1450.

³⁹⁰ Uporedi, S. Arandelović, Komentar ZOO, op.cit., str. 935.

³⁹¹ VSH, rev 879/79. od 02.10.1979., objavljeno u PSP 16/66, gdje se kaže da se dug preuzima ugovorom između dužnika i preuzimaoca na koji je pristao povjerilac. Svoj pristanak povjerilac može dati na bilo koji način, dakle i konkludentnim radnjama. Pretpostavlja se da je povjerilac dao svoj pristanak i onda ako je primio neko ispunjenje od preuzimaoca koji je ovaj učinio u svoje ime.

Ako povjerilac odbije dati svoju saglasnost na ugovor o preuzimanju duga ili se u određenom roku uopće ne izjasni, tad ugovor ne proizvodi pravna dejstva prema povjeriocu. ZOO u članu 446. stav 5. određuje da takav ugovor o preuzimanju duga između dužnika i preuzimaoca ipak proizvodi pravna dejstva, i to između ugovornih strana. To znači, ugovor o preuzimanju duga ima određeni učinak na odnose dužnika i preuzimaoca. Zakonom je propisano da ugovor o preuzimanju duga na koji povjerilac nije dao svoju saglasnost proizvodi dejstva kao ugovor o preuzimanju ispunjenja.

Osnov ugovora o preuzimanju duga može biti različit. Osnov preuzimanja duga je značajan samo za unutrašnji odnos, tj. između dužnika i preuzimaoca, a ne i za odnos prema vani, tj. prema povjeriocu. Osnov preuzimanja duga može biti zajam. Također je moguće da preuzimalac želi dužniku učiniti poklon i umjesto njega isplatiti dug. Najčešći osnov preuzimanja duga je već postojeći dug preuzimaoca prema dužniku, pa tako preuzimalac, umjesto da plati dužniku, taj dug isplaćuje dužnikovom povjeriocu.³⁹² U pravilu, mogu se preuzeti svi dugovi, izuzev onih koji su u vezi s ličnosti dužnika.

U ZOO nije propisana, za razliku od nekih drugih zakonodavstava,³⁹³ forma za zaključenje ugovora o preuzimanju duga. To znači da u pogledu forme važe opća pravila iz člana 67. ZOO. Iz toga proizlazi da je ugovor o preuzimanju duga neformalan ugovor, ali ukoliko se sporazumom između dužnika i preuzimaoca preuzima dug kojem je osnov neki ugovor za koji je zakonom utvrđena određena forma, tada i ugovor o preuzimanju duga mora biti zaključen u toj formi.³⁹⁴

2.2. Pravni učinci preuzimanja duga

a. Uopće o pravnim učincima

Od momenta kad povjerilac da svoju saglasnost na ugovor o preuzimanju duga sklopljenog između dužnika i preuzimaoca, taj ugovor proizvodi određena pravna dejstva. Osnovno dejstvo ugovora o preuzimanju duga je to što umjesto starog dužnika povjeriocu sad obavezu mora ispuniti preuzimalac. Stari se dužnik u potpunosti oslobađa svoje obaveze, jer je na njegovom mjestu novi dužnik – preuzimalac.

S promjenom ličnosti dužnika ne mijenja se sadržaj obligacije, nego ona ostaje ista. Preuzimalac ima prema povjeriocu u svemu isti položaj koji je imao i stari dužnik. Povjerilac može zahtijevati od novog dužnika – preuzimaoca ispunjenje samo onih obaveza koje je prije preuzimanja duga mogao zahtijevati od starog dužnika.

³⁹² Vidi S. Arandelović, Komentar ZOO, op.cit., str. 935.

³⁹³ Vidi čl. 88 st. 1. ČSSR GZ i čl. 522 Poljskog GZ.

³⁹⁴ V. Stanković, Komentar ZOO, op.cit., str. 1000.

Ukoliko je povjeriocu, pored glavnog duga, pripadalo i neko sporedno pravo, on može zahtijevati ispunjenje glavne obaveze zajedno s tim sporednim pravom. Izuzeci od toga su jemstvo i zaloga. S druge strane, preuzimalac duguje povjeriocu istu obavezu koju mu je dugovao stari dužnik.³⁹⁵ Pošto je dužnik prestao biti strana u obligacionom odnosu (ukoliko nije ostao kao povjerilac iz dvostranoobveznog pravnog posla), to on i ne garantuje povjeriocu da će mu preuzimalac ispuniti obavezu. Znači, eventualni rizik nenaplativosti preuzetog duga snosi povjerilac.

U čl. 448. st 2. ZOO predviđeno je da se dužnik ipak u potpunosti ne oslobađa svoje obaveze. To je predviđeno za slučaj ako bi u vrijeme povjeriočevog pristanka na ugovor o preuzimanju duga preuzimalac bio prezadužen a povjerilac to ne bi znao niti bi morao znati. Tad se prijašnji dužnik ne bi oslobodio obaveze, a ugovor o preuzimanju duga imao bi dejstva ugovora o pristupanju dugu. Ova odredba u ZOO ustanovljena je radi zaštite povjerioca, tako da se dužnik svoje obaveze ne bi oslobodio ako bi novi dužnik (preuzimalac) bio insolventan.

Pravilom propisanim u članu 448. stav 2. ZOO zahtijeva se postojanje dvije pretpostavke koje se moraju ispuniti. Prva je da je preuzimalac u vrijeme povjeriočevog pristanka bio prezadužen I, drugo, da ta okolnost o prezaduženosti preuzimaoca nije bila poznata povjeriocu.

b. Sporedna prava

Pravni učinak preuzimanja duga, pored ostalog, jest i taj da sadržaj dugovanja ostaje nepromijenjen. Povjeriocu stoje na raspolaganju sva sredstva zaštite u ostvarenju njegovih prava. Međutim, od toga pravila postoje izuzeci u pogledu nekih sporednih prava. Znamo da sporedna prava vezana uz glavno potraživanje dijele pravnu sudbinu tog glavnog duga radi kojeg su i utemeljena. Sporedna prava tretiraju se kao akcesorna prava.³⁹⁶ U članu 449. stav 1. ZOO predviđeno je odstupanje od tog pravila, i to u pogledu jemstva i zaloge.

Kad neko lice jemči za obavezu dužnika, pretpostavlja se da ono svoj pristanak kao jemac daje za konkretnog dužnika, a ne za nekog drugog, tako da jemstvo prestaje u slučaju preuzimanja duga. Što se tiče zaloge treba razlikovati je li sam dužnik dao stvar kao zalog ili je to učinilo treće lice. Ukoliko je zalogu dao dužnik, zaloga ostaje i nakon promjene dužnika.³⁹⁷ Ukoliko je zalogodavac treće lice, tada zaloga s promjenom dužnika prestaje i zalogodavac ne odgovara za ispunjenje obaveze od strane preuzimaoca.

Na prvi pogled moglo bi se reći da je povjerilac u nešto lošijem položaju nego što je bio prije preuzimanja duga, odnosno promjene dužnika, jer jemstvo i realna zaloga data povjeriocu od strane trećeg lica prestaje. To je donekle i tačno, ali to je rizik s kojim je povjerilac već unaprijed upoznat i zbog toga se i

³⁹⁵ V. Stanković, Enciklopedija imovinskog prava, op. cit., odrednica "Prijem (preuzimanje) duga", str. 1191.

³⁹⁶ "Accesorium sequitur principale".

³⁹⁷ S. Arandelović, Komentar ZOO, op.cit., čl. 449., str. 938.

traži njegov pristanak na ugovor o preuzimanju duga. Ukoliko povjerilac na taj ugovor pristane, pa se nakon toga ispostavi da je dospio u lošiji položaj od onoga u kojem je bio prije promjene dužnika, to je rizik koji on sam snosi. Naravno, moguće je da jemac ili vlasnik založene stvari pristanu da garantuju i za obavezu novog dužnika – preuzimaoca. U tom slučaju, ta njihova garancija mora se posebno ugovoriti.

c. Prigovori preuzimaoca

U načelu, preuzimalac može istaći sve one prigovore koje je mogao istaći i stari dužnik. To su, prije svega, prigovori koji su u vezi s obligacionim odnosom između dužnika i preuzimaoca, tj. u vezi s odnosom iz kojeg i potječe preuzeti dug. Preuzimalac može istaći prigovor zastarjelosti,³⁹⁸ zatim da je dug isplaćen, da potraživanje nije punovažno zbog postojanja nedostataka u pogledu mana volje, a koji se odnose na prinudu, prevaru ili zabludu.³⁹⁹ Ipak, preuzimalac ne može isticati sve one prigovore koji su stajali starom dužniku na raspolaganju. To se, prije svega, odnosi na prigovore lične prirode. Zatim, u stavu 2. člana 450. ZOO eksplicitno se navodi da preuzimalac ne može isticati povjeriocu prigovore u vezi s pravnim odnosom koji je imao s prijašnjim dužnikom, a koji je bio osnov preuzimanja. To je opravdano jer prigovori koje preuzimalac ima prema dužniku nemaju nikakve veze s povjericem. Te prigovore preuzimalac može isticati samo prema dužniku.

Pored gore navedenih prigovora, preuzimalac uvijek može istaći povjericu prigovore, ukoliko postoje, iz nekog njihovog drugog odnosa.

d. Slučaj kad je dug obezbjeđen hipotekom

Kad vlasnik nepokretnosti koja je opterećena hipotekom, radi obezbjeđenja nekog svoga duga, proda svoju nepokretnost trećem licu i na ovoga prenese tu nepokretnost, od tog momenta hipotekarni povjerilac umjesto jednog ima dva dužnika. To su, u prvom redu, stari dužnik kao lični dužnik i novi dužnik, tj. treće lice koje je postalo vlasnik nekretnine, i to kao hipotekarni dužnik. ZOO dozvoljava u ovakvom slučaju da se stari i novi vlasnik mogu sporazumjeti o preuzimanju duga, radi kojeg i postoji hipoteka na prodatoj nepokretnosti.⁴⁰⁰

Ukoliko se stari vlasnik nekretnine želi i zvanično osloboditi svoga duga, on mora o preuzimanju duga obavijestiti svoga povjerioca. To obavještenje mora biti u pismenoj formi. Povjerilac može prihvatiti ili odbiti preuzimanje toga duga. Ukoliko prihvati preuzimanje, tada mu je odgovoran samo novi vlasnik nekretnine, a stari se oslobađa svoje obaveze. Ukoliko povjerilac ne želi odobriti preuzimanje duga, on o tome mora o svome protivljenju obavijestiti starog dužnika. U protivnom, ukoliko izričito ne odbije preuzimanje duga u roku od tri mjeseca, smatra se da je pristao na preuzimanje duga.

³⁹⁸ Bliže, B. Vizner, Komentar ZOO, op.cit., čl. 450., str. 1454.

³⁹⁹ S. Arandelović, Komentar ZOO, op.cit., čl. 450., str. 939.

⁴⁰⁰ Bliže, Vladan Stanković, u Komentaru ZOO, op.cit., čl. 447., str. 1002.

3. PRISTUPANJE DUGU I PREUZIMANJE ISPUNJENJA

3.1. *Pristupanje dugu*

Pristupanje dugu je ugovor kojim se treće lice obavezuje povjeriocu da će ispuniti dužnikovu obavezu. Taj ugovor se zaključuje između povjerioca i trećeg, bez sudjelovanja dužnika. Treće lice se obavezuje povjeriocu da će mu ispuniti cjelokupan dug ili samo jedan njegov dio. Ne samo da se ovaj ugovor sklapa bez sudjelovanja dužnika, nego ga je moguće zaključiti i ako se tome dužnik protivi.

Dužnik se ne može protiviti ni ispunjenju duga od strane trećeg. Da bi ispunjenje putem trećeg lica bilo valjano, potrebno je da je obaveza dospjela i da tu dospjelu obavezu nije ispunio dužnik.

Pravna posljedica zaključenja ugovora o pristupanju duga je ta da su i dužnik i treće lice, nezavisno jedno od drugoga, obavezni povjeriocu ispuniti obavezu. Tako se pojavljuju dva dužnika u odnosu na samo jedno potraživanje.⁴⁰¹ Međutim, povjerilac može primiti ispunjenje samo od jednog lica, bilo od starog dužnika ili od trećeg lica koje je s njim zaključio ugovor o pristupanju dugu. U protivnom, ako bi povjerilac naplatio dug od oba dužnika, neosnovano bi se obogatio.

I kod ugovora o preuzimanju duga postoji jedan slučaj kad taj ugovor proizvodi dejstva kao ugovor o pristupanju dugu. Ugovor o preuzimanju duga ima za posljedicu da se dužnik oslobađa svoje obaveze i da njegovo mjesto zauzima preuzimalac kao samostalni dužnik. Međutim, ako je preuzimalac duga bio prezadužen u vrijeme davanja povjeriočeve saglasnosti na ugovor o preuzimanju duga, a povjerilac to nije znao niti je morao znati, tada ugovor o preuzimanju duga ima dejstva ugovora o pristupanju dugu. To znači da se dužnik nije oslobodio od svoje obaveze, nego obavezu duguje zajedno s trećim licem.

U ZOO je posebno obrađeno pristupanje dugu u slučaju primanja neke imovinske cjeline. To je slučaj kad jednom licu pripadne određena imovinska cjelina u cijelosti ili djelimično, kako aktiva tako i pasiva. Toje najčešći slučaj kod ugovora o prodaji zanatske radnje, diobe zajedničke imovine ili pak kod sunasljedstva. Radi efikasnije zaštite povjerioca te imovinske cjeline, koja je prenesena na novo lice, zakonom je predviđeno da za dugove koji se odnose na tu imovinsku cjelinu, uz dosadašnjeg dužnika, odgovara i sticalac te imovine, i to solidarno s njim.

Naš zakon ne pravi razliku između ugovora na osnovu kojih se ta imovinska cjelina prenosi. To znači da je imovinu moguće prenijeti ugovorom o prodaji, ugovorom o diobi zajedničke imovine, pa i ugovorom o poklonu. U članu 452. stav 2. ZOO propisano je da nema pravni učinak prema povjeriocima odredba

⁴⁰¹ B. Vizner, Komentar ZOO, op. cit., čl. 451., str. 1456.

ugovora kojom bi se isključivala ili ograničavala odgovornost ranijeg i novog imaoa.

3.2. *Preuzimanje ispunjenja*

Do preuzimanja ispunjenja dolazi ugovorom između dužnika i trećega kojim treći preuzima obavezu da umjesto dužnika ispuni dužnu činidbu.⁴⁰² Ugovor o preuzimanju ispunjenja treba razlikovati od ugovora o preuzimanju duga i ugovora o pristupanju dugu. Ugovor o preuzimanju ispunjenja, kao i većina drugih obligacionih ugovora, proizvodi pravne učinke samo između ugovornih strana, tj. između dužnika i trećeg lica. Povjerilac ne stječe nikakva nova prava, njegov dužnik i dalje ostaje glavni dužnik i on može samo od njega tražiti ispunjenje obaveze. Pošto između povjerioca i trećeg lica nema nikakvog pravnog odnosa, to povjerilac ne može neposredno zahtijevati ispunjenje obaveze od trećeg lica. Treće lice nije ni preuzelo dug niti je pristupilo dugu, ono se samo obavezalo dužniku da će ispuniti njegovu obavezu.

Rekli smo da ugovor o preuzimanju ispunjenja treba razlikovati od ugovora o preuzimanju duga i pristupanju dugu. Preuzimanje duga vrši se na osnovu ugovora kojim se preuzimalac obavezuje na ispunjenje duga prema povjeriocu i stupa na mjesto dužnika u obligaciji. Dakle, posrijedi je prava promjena dužnika, kad stari dužnik potpuno ispada iz obligacionog odnosa.⁴⁰³ Na ugovor o preuzimanju duga povjerilac mora dati svoj pristanak, pa je to zapravo trostrani pravni posao.⁴⁰⁴ Pristupanje dugu je ugovor između povjerioca i trećeg kojim se treći obavezuje povjeriocu da će mu ispuniti dužnikovu obavezu. Treći nije ni u kakvom ugovornom odnosu s dužnikom i svojim pristupanjem dugu nije oslobodio dužnika njegove obaveze. Ugovorom o pristupanju dugu poboljšao se položaj povjerioca, jer su mu za jedno te isto potraživanje u obavezi i dužnik i treći.⁴⁰⁵

Ugovorom o preuzimanju ispunjenja dosadašnji dužnik stječe određena prava prema trećem licu, koji istovremeno ima obaveze prema dužniku. Dužnik ima pravo od trećeg zahtijevati da ovaj povjeriocu blagovremeno i uredno ispuni dužnikov dug. Treće lice odgovara dužniku ako neblagovremeno ili neuredno ispuni obaveze prema povjeriocu.⁴⁰⁶ Vrstu i obim odgovornosti trećeg prema dužniku određuju same ugovorne strane, a ako to ne učine, treći odgovara u skladu s općim pravilima.

Povjerilac nema nikakvog udjela prilikom zaključenja ugovora o preuzimanju ispunjenja. Zapravo, taj ugovor za njega ne može proizvoditi nikakve obaveze. Od tog pravila, uslovno rečeno, postoji odstupanje i to u pogledu primanja ispunjenja. Prema općim pravilima ispunjenja, propisanim u članu 296. ZOO, obavezu može ispuniti dužnik ili neko treće lice. U skladu stim, povjerilac je dužan primiti ispunjenje od trećeg lica, koje je sa dužnikom zaključilo ugovor o

⁴⁰² Vedriš / Klarić, op. cit., str. 330.

⁴⁰³ Vilim Gorenc, Trgovačko pravo – ugovori, IV izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb 1997., str. 55.

⁴⁰⁴ Vedriš, M. / Klarić, P., op. cit., str. 329.

⁴⁰⁵ Vilim Gorenc, Trgovačko pravo, op. cit., str. 54 i sl.

⁴⁰⁶ Vl. Stanković, Komentar ZOO, op. cit., čl. 453., str. 1007.

preuzimanju ispunjenja. Ukoliko bi pak povjerilac odbio prijem ispunjenja od trećeg lica, tada bi se, na osnovu člana 325. ZOO, nalazio u povjerilačkom zakašnjenju (docnji).

Hipotetički slučaj 1:

Asim potražuje od Denisa 5.000 KM. Dunja se obavezala pomoći da se ovaj dug isplati i to tako što će se ona pribaviti 5.000 KM promjenom Denisove stare devizne štednje za gotov novac. Po proteku određenog vremena Dunja nije uspjela realizirati svoje obećanje, te je Asim podnio tužbu protiv Denisa (I-tuženi) i Dunje (II-tužena) za isplati iznosa od 5.000 KM.⁴⁰⁷

Pitanje: Hoće li tužilac (Asim) uspjeti sa svojom tužbom i prema II-tuženoj (Dunji)?

Obrazloženje

I. Tužilac će uspjeti sa tužbom protiv II-tužene ako je ona preuzela dug ili ako je pristupila dugu. Postavlja se pitanje da li se u radnjama II-tužene može raditi o preuzimanju ili pristupanju dugu?

II. Kad jedno lice preuzima dug (temeljem odredbe čl. 446. ZOO) ili pristupa dugu (čl. 451. ZOO), to znači da će tražbinu dužnika prema vjerovniku podmiriti iz svoje imovine, a neće obavezu dužnika zbog određenih svojih mogućnosti ispuniti iz imovine dužnika.

III. U konkretnom slučaju II-tužena je dužnikovu obavezu trebala ispuniti iz imovine tog dužnika, tako da se taj postupak ne može tretirati kao preuzimanje duga ili pristupanje dugu.

IV. U našem slučaju ponašanje II-tužene upućuje na to da se radi o preuzimanju ispunjenja (čl. 453. ZOO), te ona ne odgovara osobno tužitelju (vjerovniku), već samo dužniku ako ne ispuni svoju obavezu.

V. Rješenje: Tužilac neće uspjeti sa tužbom prema II-tuženoj.

Hipotetički slučaj 2:

Tužilac (prodavac) je protiv tuženog (kupac) podnio tužbu za isplatu zatezних kamata (oko 6.000 KM) zbog docnje u plaćanju cijene iz ugovora o prodaji. U odgovoru na tužbu tuženi je istakao da je on kupljenu robu odmah ustupio trećem licu T. O ustupanju robe i ugovoru zaključenim s trećim licem T, tuženi je blagovremeno obavijestio tužioca. U tom ugovoru treće lice T se obavezalo da će tužiocu platiti cjelokupan iznos cijene iz spornog ugovora. U toku postupka je utvrđeno da je tužilac zaista blagovremeno primio dopis tuženog sa kopijom ugovora i da je treće lice T platilo prodajnu cijenu ali sa zakašnjenjem. Tuženi ističe da je tužiočev tužbeni zahtjev u cijelosti neosnovan, te da ukoliko i postoji obaveza za plaćanje zatezних kamata da je to obaveza trećeg lica T, a ne tuženog.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ Usporedi sa: Žs u Koprivnici, Gž. 897/99, od 30.12.1999. – Izbor odluka 1/2000 – 17.

⁴⁰⁸ VS BiH, Pž. 330/96, od 19.6.1987. – Bilten SP VS BiH 4/87 – 25.

Pitanje: Može li tužilac zahtijevati zatezne kamate od tuženog ili je to morao uraditi od trećeg lica T?

Obrazloženje:

I. U ovom slučaju sporno je ko je obavezan platiti zatezne kamate zbog docnje u plaćanju osnovnog duga (prodajne cijene); tuženi – koji je kupac ili treće lice T – koje je sa tuženim zaključilo ugovor o ustupanju kupljene robe i obavezalo se platiti cjelokupnu prodajnu cijenu?

II. Nesporno je utvrđeno da je između tuženog i trećeg lica T zaključen ugovor o preuzimanju kupljene robe i plaćanje prodajne cijene od strane T-a. Takav ugovor dostavljen je i tužiocu. Ali, tužilac nije dao svoj pristanak na ovakav ugovor i u tom slučaju ne može se raditi o preuzimanju duga, nego se takav ugovor (između tuženog i T-a) smatra ugovorom o preuzimanju ispunjenja u smislu člana 446. stav 5. ZOO.

III. Obzirom da povjerilac (tužilac) nije dao svoju saglasnost na ugovor između tuženog i T-a, tuženi (kupac) je i dalje obavezan ispuniti svoju obavezu iz ugovora o prodaji.

IV. Rješenje: Tuženi je dužan platiti tužiocu zatezne kamate zbog docnje u plaćanju cijene iz ugovora o prodaji.

Hipotetički slučaj 3:

Zaim je podigao kredit u banci da bi dao zajam svom rođaku Dini, a Dino se obavezao da će umjesto Zaima vraćati kredit banci. Dino nije vraćao novac kako je obećao, te su Zaimova djeca, Azra i Atif, vratila cjelokupan kredit da bi spriječila štetne posljedice za za dužnika iz ugovora o kreditu (Zaima – zajmodavca). Zaim tužbom traži povrat novca od Dine, čemu se Dino protivi.⁴⁰⁹

Pitanje: Hoće li tužilac i po kom osnovu uspjeti sa tužbom?

Obrazloženje:

I. Tužilac (Zaim) je podigao kredit kod banke i on je obveznik (dužnik) u pogledu vraćanja kredita banci. Tuženi (Dino) je preuzeo obavezu da će otplatiti kredit banci. Time nije zasnovan obligaciono pravni odnos između tuženog i banke.

II. Okolnost da su treća lica (Azra i Atif) otplatila tužiočev kredit, ne oslobađa tuženog obaveze da iznos neotplaćenog duga isplati tužiocu.

III. Između stranaka, pored ugovora o zajmu, zaključen je i ugovor o preuzimanju ispunjenja iz člana 453. ZOO, a tuženi nije ispunio svoje obaveze ni iz jednog ni iz drugog ugovora.

IV. Rješenje: Tuženi je obavezan tužiocu (zajmodavcu) vratiti pozajmljeni iznos novca.

Hipotetički slučaj 4:

⁴⁰⁹ VS BiH, Rev. 561/89, od 13.4. 1990. – Bilten SP VS BiH 3/90 – 33.

Prodavac *P* je prodao kupcu *K* drvenu građu za kuću. *K* je prilikom preuzimanja građe platio ½-u cijene. Poslije kraćeg vremena *K* je dio građe prodao trećem licu *T*, koji je građu i ugradio u svoju kuću. Ugovorom između *K* i *T*-a, obavezao se *T* da će isplatiti *P* preostali iznos prodajne cijene za građu. *P* potražuje ½-u cijene od *T*, jer se *T* na to obavezao ugovorom. *P* smatra da bi se *T* neosnovano obogatio ako ne bi platio cijenu. Može li *P* zahtijevati isplatu ½-e cijene?⁴¹⁰

Obrazloženje:

I. U našem slučaju imamo dva ugovora o prodaji i to, prvi između *P*-a i *K*-a i drugi između *K*-a i *T*-a. *P* zahtjeva od *T*-a isplatu ½-e cijene shodno ugovoru između *K*-a i *T*-a.

II. *P* nije u ugovornom odnosu sa *T*-om, te od njega ne može ni zahtijevati isplatu cijene. *P*-u ne pripada ni zahtjev po osnovu neosnovanog obogaćenja (čl. 210. ZOO), jer je *T* drvenu građu stekao po osnovu valjanog pravnog posla – ugovora s *K*-om.

III. *P* može isplatu preostale cijene zahtijevati samo od svoje ugovorne strane, tj. od *K*-a.

IV. *T* odgovara samo *K*-u, prema kojem se on i obavezao da će ispuniti njegovu obavezu prema *P*-u. ***T* je sa *K*-om zaključio ugovor o preuzimanju ispunjenja (čl. 453. ZOO), te je on samo *K*-u odgovoran za neispunjenje preuzetih obaveza a ne i prema *P*-u.**

Sudska praksa:

Samo obavještenje tužioca o promjeni korisnika zakupljenog poslovnog prostorai upućivanje davaoca usluga grijanja da račune za grijanja šalje novom korisniku ne znači da je došlo do preuzimanja duga.⁴¹¹

⁴¹⁰ VS FBiH, Pž. 91/97, od 30.06. 1997. – Bilten SP VS FBiH 2/97 – 36.

⁴¹¹ VS S, broj Prev. 188/99. – 1/2000.

G. PRESTANAK OBLIGACIJE

1. Uopće o prestanku obligacija

Načine prestanka obligacije možemo posmatrati prema tome prestaju li voljom subjekata (ispunjenjem, oprostom) ili se prestanak vezuje za nastupanje određenih pravnih činjenica (slučajna nemogućnost ispunjenja, smrt i sl.). Isto tako, razlikujemo prestanak obligacija na taj način što se povjerilac namiruje (ispunjenje ili surogat ispunjenja) od onih kad povjerilac ne realizuje svoje potraživanje. Zakonom o obligacionim odnosima (glava IV) regulirani su načini prestanka obligacije. Ti načini su: ispunjenje (čl. 296 - 323); docnja, te polaganje i prodaja dugovane stvari (čl. 324-335); kompenzacija (čl. 336-343); otpust duga (čl. 344-347); novacija (čl. 348-352); sjedinjenje (čl. 353); nemogućnost ispunjenja (čl. 354-356); protek vremena i otkaz (čl. 357 i 358); smrt (čl. 359) i zastarjelost (čl. 360-393). Svi nabrojani načini ne vode izravno prestanku obligacije, nego kod nekih od njih (npr. zastarjelost) prestaje samo pravo zahtjevati prinudno izvršenje potraživanja na osnovu te konkretne obligacije.

2. ISPUNJENJE

2.1. *Ko može ispuniti obavezu*

Obligacioni odnos je odnos između tačno određenih lica, iz kojeg za dužnika proizlazi određena obaveza ispunjenja, kojoj odgovara povjeriočevo pravo potraživanja. U pravilu, obavezu ispunjava dužnik ili od njega ovlašteno lice. Dužnikovu obavezu može ispuniti i treće lice pod određenim uslovima predviđenim zakonom. Kad obavezu ispunjava treće lice, potrebno je razlikovati da li to lice ima ili nema pravni interes da obaveza bude ispunjena.

U ZOO, u čl. 296. st. 2., propisano je da je povjerilac obavezan primiti ispunjenje od svakog lica koje ima pravni interes da obaveza bude ispunjena. Iz formulacije ove odredbe nameće se pitanje: koje lice ima pravni interes da obaveza bude ispunjena? Sva ona lica koja neispunjenjem dužnikove obaveze mogu pretrpjeti štetu potpadaju pod odredbe ovog stava i smatraju se zainteresovanim licima. U tu kategoriju spadaju jemac (čl. 1002 ZOO), zalogodavac (čl. 980 I 981 ZOO), te protivnik pobijanja (čl. 283-284 ZOO).

Kad se kao ispunioci javljaju treća lica koja imaju pravni interes da se obaveza ispuni, povjerilac mora primiti ispunjenje od tih lica. Ako bi se dužnik protivio ispunjenju od strane trećih zainteresiranih lica, to ne bi uticalo na valjanost ispunjenja. Povjerilac mora primiti ispunjenje obaveze od tih lica, u protivnom bio bi u povjerilačkoj docnji i snosio bi negativne posljedice te docnje. Izuzetak je slučaj kad dužnik ponudi da sam odmah ispuni svoju obavezu. Tad je povjerilac obavezan primiti ispunjenje od dužnika i odbiti prijem ispunjenja od trećih lica.

Najčešće je dužnik saglasan s tim da njegovu obavezu ispuni drugo lice⁴¹². Kad je dužnik saglasan da njegovu obavezu ispuni neko treći, tada nije bitno ima li ili nema to lice pravni interes za valjano ispunjenje dužnikove obaveze. U takvim slučajevima povjerilac je obavezan primiti ispunjenje od trećeg lica, inače će snositi posljedice docnje. Izuzetak je situacija kad obavezu dužnik mora lično ispuniti, bilo da se na to obavezao ugovorom ili je obaveza lične prirode.

Treba razlikovati slučajeve kad treće lice želi ispuniti obavezu i bez dužnikovog znanja. Tu povjerilac može, ali i ne mora primiti ispunjenje od trećeg lica, ne ulazeći u razloge zbog kojih ono želi ispuniti dužnikovu obavezu.

Treće lice koje ispunjava dužnikovu obavezu mora imati poslovnu sposobnost.

2.2. Personalna subrogacija

Personalna subrogacija je prijenos povjeriočevog potraživanja na treće lice koje je ispunito obavezu umjesto dužnika. Lice koje je ispunito obavezu umjesto dužnika naziva se **ispunilac** ili **solvens**.

Vidjeli smo da dužnikovu obavezu može ispuniti i treće lice. Međutim, postavlja se pitanje šta biva s potraživanjem koje je ispunito treće lice, da li ono prestaje ili ne prestaje? Lice koje umjesto dužnika ispuni obavezu (ispunilac) stupa na mjesto dotadašnjeg povjerioca.

U načelu, personalna je subrogacija moguća u svakoj obligaciji. Od ovoga postoje izuzeci. Tako, personalna se subrogacija ne može ugovoriti onda kad su obaveze vezane za ličnost, kao ni onda kad su strane ugovorile da ih može ispuniti samo dužnik.

Personalna subrogacija moguća je na osnovu ugovora ili zakona.

a. Ugovorna subrogacija

Pod ugovornom subrogacijom podrazumijeva se sporazum povjerioca ili dužnika s trećim licem (ispuniocem, solvensom), kojim se treće lice obvezuje da će umjesto dužnika ispuniti povjeriocu dužnikovu obavezu.

Osnov ugovorne subrogacije je ugovor. Taj ugovor se zaključuje između povjerioca i ispunioca ili između dužnika i ispunioca. Ugovor o subrogaciji treba biti sklopljen prije ili najkasnije prilikom ispunjenja, jer se nakon toga ne može ugovarati subrogacija. Ugovorom o subrogaciji ugovorne strane trebaju regulirati i prijelaz sporednih prava. Strane mogu ugovoriti da se na ispunioca prenese samo glavno potraživanje, bez sporednih prava, ili samo neka sporedna prava. Ukoliko strane ništa ne ugovore, sudbina sporednih prava rješava se prema općim pravilima o

⁴¹² Vidi čl. 296 st. 3 ZOO.

odnosu glavnih i sporednih prava. Smatramo da bi, ukoliko strane nisu ništa ugovorile, sa glavnim potraživanjem trebala prijeći i sva sporedna prava.⁴¹³

Da bi personalna subrogacija bila valjana, potrebno je da se ispune određene pretpostavke:

- ◆ Povjerilac ili dužnik mora zaključiti ugovor sa ispuniocem u kojem će se naznačiti da se radi o personalnoj subrogaciji.
- ◆ Ugovorne strane ovaj ugovor moraju zaključiti prije isplate, a najkasnije sa samom isplatom.
- ◆ Posljednji uvjet odnosi se na isplatu potraživanja. Da bi ispunilac stupio u obliciju na mjesto povjerioca, on mora ispuniti dužnikovu obavezu.

Nesporno je da ugovor o subrogaciji zaključen između dužnika i ispunioca ima svoje praktične razloge. Nije potrebno da povjerilac da svoju saglasnost na taj ugovor. Zakon ne predviđa čak ni obavezu obavještanja povjerioca o zaključenju personalnoj subrogaciji između dužnika i ispunioca.

Ipak smatramo da, zbog pravne sigurnosti, povjerioca treba obavijestiti o subrogaciji, tako da on zna da će njegovo potraživanje ispuniti neko drugi, a ne glavni dužnik.

Pravila o ugovaranju personalne subrogacije su dispozitivnog karaktera, što će reći da ugovorne strane svoje odnose mogu urediti onako kako to njima najbolje odgovara. Za valjanost ugovora o subrogaciji nije propisana nikakva forma.

c. Zakonska subrogacija

Zakonska personalna subrogacija nastaje kad dužnikovu obavezu ispuni lice koje ima neki pravni interes za to. Već smo vidjeli da u krug zainteresiranih lica dolaze prije svega jamac, zalagodavac i protivnik pobijanja. Prema tome, kad neko od ovih lica ispuni povjeriocu dužnikovu obavezu, tada on po sili zakona zauzima povjeriočevo mjesto u obliciju.

Kod zakonske subrogacije, isto kao i kod ugovorne subrogacije, lice koje ispuni dužnikovu obavezu (ispunilac) stupa u oblicioni odnos u trenutku ispunjenja. Te dvije vrste subrogacije slične su i po tome što se ne traži saglasnost povjerioca radi ispunjenja obaveze. Na kraju, kod obje subrogacije neko drugi, a ne dužnik ispunjava prema povjeriocu dužnikovu obavezu.

Posebности zakonske subrogacije očituju se u tome što ona nastaje po sili zakona i nju ne mogu spriječiti niti dužnik niti pak povjerilac. Treće lice ne mora objašnjavati da ono ispunjenje čini da bi došlo do subrogacije. Dovoljno je da treće lice, tj. ispunilac u konkretnom slučaju ima pravni interes i da može dokazati da je ispuniocem dužnikovu obavezu.

⁴¹³ U tom smislu vidi: Odluka Vrhovnog suda Hrvatske (VSH), Rev. 357/83, od 15.VI 1983., objavljena u Pregledu sudske prakse VSH 23/84

Ugovorna i zakonska subrogacija razlikuju se prije svega po svom osnovu. Osnov ugovorne subrogacije je ugovor zaključen između povjerioca i ispunioca ili između dužnika i ispunioca. Kod zakonske subrogacije osnov je sam zakon. Kod zakonske subrogacije ispunitelj mora imati određeni pravni interes za ispunjenje dužnikove obaveze, jer ga neispunjenje ili loše ispunjenje mogu pogoditi. Ispunitelj kod ugovorne subrogacije može biti i ono lice koje nema pravni interes za ispunjenje obaveze, ali iz njemu znanih razloga želi ispuniti dužnikovu obavezu. Što se tiče sporednih prava kod zakonske subrogacije, ona se prenose na ispunioca u trenutku ispunjenja zajedno sa glavnim potraživanjem, a kod ugovorne subrogacije prenose se samo ona sporedna prava koja su stranke ugovorile.

*Hipotetički slučaj*⁴¹⁴:

Tužitelj i tuženi zaključili su ugovor o djelu, u okviru kojeg se tuženi obavezao izraditi i za tužitelja u Sarajevu montirati uređaj (stanicu) za ispitivanje kakvoće vode. Kada je tužitelj po dospelosti obaveze tražio od tuženog da isti stanicu umjesto u Sarajevu montira u Tuzli tuženi je to odbio, pozivajući se pri tom na ugovor zaključen sa tužiteljem, shodno kojemu obaveza treba biti ispunjena u Sarajevu, kao i na više troškove takve promjene ugovorenog. Prvostepeni je sud našao da je tužitelj, tražeći montiranje predmeta na drugom mjestu, odbio prijem ispunjenja. Osnovano?

Obrazloženje:

Drugostepeni je sud je u obrazloženju odluke kojom odlučuje u korist žalitelja – tužitelja našao da je poslenik – tuženi dužan da izrađenu stvar montira i na drugom mjestu, koje mu odredi naručilac – tužitelj, umjesto prvobitno ugovorenog, ako nema opravdan razlog da takav nalog odbije. U tom slučaju svakako ima pravo na naknadu viših troškova ispunjenja. U obrazloženju je istaknuto kako je pogrešan zaključak prvostepenog suda da je tužilac odbio prijem isporuke kada je tražio da mu se stanica umjesto u Sarajevo isporuči u Tuzlu.

Sudska praksa:

*Prestanak obaveze zamjenom ispunjenja moguć je samo u slučaju suglasnosti vjerovnika. Vjerovnik ne pada u zakašnjenje time što odbije dužnikovu ponudu, jer vjerovnik nije u obavezi prihvatiti ponudu na sklapanje ugovora o zamjeni ispunjenja.*⁴¹⁵

*Dužnik, isto kao prodavatelj, odgovara za materijalne i pravne nedostatke stvari dane umjesto onoga što je dugovao, s tim što vjerovnik umjesto zahtjeva na osnovi odgovornosti dužnika može zahtijevati ispunjenje prvobitne tražbine i naknadu štete.*⁴¹⁶

⁴¹⁴ Uporedi: Vs BiH, Pž. 562/88, od 16.10.1989. – Bilten Vs BiH 4/89 – 92.

⁴¹⁵ Vts RH, Pž. 4619/98, od 19.1.1999. – Zbirka 5 – 26.

⁴¹⁶ Vts RH, Pž. 1392/95, od 3.10.1995. – Zbirka 3 – 35.

Kad dužnik nije odredio koju od više obaveza ispunjava, vjerovnik je dužan dokazati koje su druge obaveze dospjele na dan obavljenog plaćanja jer u suprotnom smatra se da je dužnik podmirio obavezu za koju on tvrdi da je dospjela.⁴¹⁷

Dužnik može odrediti red ispunjenja između više obaveza, ako izostane sporazum stranaka, ali se pri namirenju pojedine obaveze po samom zakonu najprije namiruju troškovi, pa kamata i napokon glavnica.⁴¹⁸

Kad dužnik, nakon isteka roka za dobrovoljno ispunjenje novčane obaveze (dospijeca za plaćanje) plati sa zakašnjenjem samo glavnica, vjerovnik ima pravo uračunavati troškove i kamate, u skladu s odredbama čl. 313. ZOO, i tek eventualni ostatak uplaćenog iznosa priznati dužniku kao otplatu glavnice (glavnog duga), i to bez obzira na dužnikovu naznaku na uplatnici (virmanskoj i sl.) da plaća glavnica. Svojom nakanom na uplatnici dužnik ne može osnovano ograničiti vjerovnikovo pravo uračunavanja iz čl. 313. ZOO.⁴¹⁹

Rizik greške ili zastoja u plaćanju posredstvom službe za platni promet snosi dužnik.⁴²⁰

Prodavac ne može od kupca naknadno tražiti regres plaćenog poreza na promet, koji nije uračunat u cijenu. Ovo pogotovu ako je zbog svojstva kupca, poreska obaveza trebala izostati da je kupac podnio urednu izjavu koja je trebala biti podloga za oslobađanje prodavca od poreske obaveze.⁴²¹

Ako neko ispuni tuđu obavezu, ispunitelj može ugovororiti s vjerovnikom da ispunjena tražbina prijeđe na njega. Za valjanost tog ugovora nije potrebna saglasnost dužnika.⁴²²

Kad je tužilac, kao suosnivač preduzeća u inostranstvu sa tuženim, isplatio dio gubitka i troškove likvidacije tog preduzeća i za tuženog u deviznom iznosu, onda je ispunio obavezu tuženog, pa na njega prelazi po samom zakonu potraživanje preduzeća u inostranstvu prema tuženom po osnovu zakonske subrogacije i to u deviznom iznosu.⁴²³

Kad obavezu ispuni osoba koja ima neki pravni interes u tome, na nju prelazi po samom zakonu, u trenutku ispunjenja, vjerovnikova tražbina sa svim sporednim pravima.⁴²⁴

2.3. Predmet, vrijeme i mjesto ispunjenja

⁴¹⁷ Vs RH, II Rev. 178/98, od 10.6.1999. – Izbor odluka 1/2000 – 19.

⁴¹⁸ Vs BiH, Gž. 44/90, od 24.1.1991. – Bilten Vs BiH 2/91 – 38.

⁴¹⁹ Ps H, Pž. 2873/88, od 17.10.1989. – Psp 43 – 144.

⁴²⁰ Vs FBiH, Pž. 307/98, od 9.2.1999. – Bilten Vs FBiH 1/99 – 5.

⁴²¹ VS BiH, Pž. 186/89, od 18.01. 1990. – Bilten SP VS BiH 1/90 – 47.

⁴²² Vts RH, II Pž. 634/94, od 7.6. 1994. – Praxis 2 – 42.

⁴²³ Vs S, broj Prev. 273/94. – Bilten 1/1995.

⁴²⁴ VS H, Rev. 357/83, od 15.06. 1983. – PSP 23 – 93.

a. Predmet ispunjenja

Predmet ispunjenja je samo ona radnja koja za dužnika proističe iz jednog obligacionog odnosa. Povjerilac nije ovlašten zahtijevati nešto drugo niti dužnik samostalno može ispuniti neku drugu obavezu, koja nije predmet njegovog ispunjenja⁴²⁵. Ovdje se mora razlikovati je li predmet ispunjenja tačno određena stvar (individualno određena radnja) ili je stvar određena po rodu. Ako je stvar tačno određena, onda se može predati samo ta tačno određena stvar i niti jedna druga.

Nasuprot tome, ako je obaveza dužnika predaja stvari određene po rodu (generička obligacija), dužnik je obavezan predati stvar srednjeg kvaliteta ako ugovorom ili zakonom nije drugačije određeno. To znači da povjerilac ne može zahtijevati predaju najbolje stvari određenog roda (najbolje vino), a, s druge strane, dužnik ne može predati stvar najlošijeg kvaliteta.

Međusobnim sporazumom povjerilac i dužnik se mogu dogovoriti da dužnik umjesto dugovane činidbe (radnje ili stvari) ispuni nešto drugo. U tom slučaju govorimo o zamjeni ispunjenja ili o davanju umjesto ispunjenja (*datio in solutum*). Kao predmet zamjene ispunjenja može biti svaka stvar ili radnja koja može biti predmetom obligacije. Npr., *umjesto predaje bicikla dužnik, u sporazumu sa povjeriocem, isplati 100 KM*. Mogućnost zamjene ispunjenja pravda se slobodom uređivanja obligacionih odnosa i dispozitivnim karakterom zakonskih odredbi⁴²⁶.

Postavlja se pitanje šta će se dogoditi ako predmet koji je dat kao zamjena ispunjenja ima određenih nedostataka, ili ako potraživanje ne postoji ili treće lice po bilo kom osnovu oduzme taj predmet od povjerioca. Budući da je zamjena ispunjenja teretan ugovor, to dužnik povjeriocu odgovara na isti način kao prodavac za materijalne i pravne nedostatke stvari⁴²⁷. Na strani povjerioca stoji, dakle, alternativno pravo. On može zahtijevati ispunjenje prvobitnog potraživanja i naknadu štete ili zahtijevati odgovornost dužnika za materijalne, odnosno pravne nedostatke stvari.

Od zamjene ispunjenja treba razlikovati predaju ili davanje radi ispunjenja (*datio solvendi causa* ili *datio pro solvendo*). Davanje radi ispunjenja postoji onda kada dužnik svome povjeriocu preda neku stvar ili neko drugo pravo da ih povjerilac proda i iz dobivenog iznosa naplati svoje potraživanje, a eventualni ostatak vrati dužniku.

Npr., D, zbog namirenja duga od 500 KM, preda P-u svoj motocikl da ga P proda. Ukoliko P proda taj motocikl za 800 KM on će za sebe zadržati potreban iznos, a ostatak (300 KM) obavezan je dati D.

Kod predaje radi ispunjenja, dužnikova obaveza prestaje tek onda kad se povjerilac namiri iz predate stvari.

⁴²⁵ Uporedi § 1413 OGZ, § 883 SGZ.

⁴²⁶ Vidi čl. 10 i 20 ZOO.

⁴²⁷ Vidi čl. 478 – 500 i 508 – 515 ZOO.

Sljedeće pravilo odnosi se na mogućnost djelimičnog ispunjenja obaveze. Dužnik je dužan svoju obavezu ispuniti u cijelosti, a ne u dijelovima. Od tog pravila postoje izuzeci, i to: kad priroda obaveze nalaže djelimično ispunjenje (npr. isporuka vode, struje i sl.) ili kad je dužnikova obaveza novac. U slučaju kad obaveza glasi na novac, povjerilac ipak, može odbiti djelimični prijem ako za to ima poseban interes.

b. Vrijeme i mjesto ispunjenja

Dužnik je obavezan svoju obavezu (činidbu) izvršiti uredno, odnosno onako kako ona glasi. To podrazumijeva da je on dužnu radnju obavezan izvršiti u tačno određeno vrijeme i na za to tačno određenom mjestu. Kad i gdje će dužnik biti obavezan ispuniti svoju obavezu zavisi od sporazuma između povjerioca i dužnika. Tek ako ne postoji sporazum o vremenu i mjestu ispunjenja, primjenjuju se zakonske odredbe.

Ako rok nije određen ugovorom, a iz svrhe posla, prirode obaveze ili ostalih okolnosti ne proizlazi da treba izvjestan rok za ispunjenje, povjerilac može zahtijevati odmah ispunjenje obaveze, a dužnik sa svoje strane može zahtijevati od povjerioca da odmah primi ispunjenje (čl. 314 ZOO).

Kad je rok ustanovljen u isključivom interesu dužnika, tada on može svoju obavezu ispuniti i prije ugovorenog roka, ali o tome mora pravodobno obavijestiti povjerioca (čl. 315 ZOO). S druge strane, povjerilac može tražiti ispunjenje obaveze prije roka i to u sljedećim slučajevima: a) kad mu dužnik nije dao obećano obezbjeđenje; b) kad na povjeriočev zahtjev dužnik nije dopunio smanjeno obezbjeđenje bez njegove (povjeriočeve) krivice i c) ako je rok isključivo ugovoren u korist povjerioca (čl. 316 ZOO).

U pogledu vremena ispunjenja novčanih obaveza važe određena dopunska pravila. Tako, ako se plaćanje vrši posredstvom banke ili druge organizacije kod koje se vodi račun povjerioca, smatra se da je dug namiren kad banci odnosno toj organizaciji *stigne* novčana doznaka ili virmanski nalog u korist povjerioca. Ako su se strane sporazumjele da se plaćanje vrši poštom, tada je dug izmiren kad se novac *uplati* (preda) u poštu (čl. 318 ZOO).

Kad mjesto ispunjenja nije određeno ugovorom, a ni zakonom niti se može odrediti prema svrsi posla, prirodi obaveze ili ostalim okolnostima tada se ispunjenje obaveze vrši u mjestu u kojem je dužnik u vrijeme nastanka obaveze imao svoje prebivalište, odnosno boravište. Ukoliko je dužnik pravno lice tada se za mjesto ispunjenja obaveze uzima njegovo sjedište.

Druga pravila važe za ispunjenje novčanih obaveza. Naime, mjesto ispunjenja novčanih obaveza je mjesto u kojem povjerilac ima svoje prebivalište, odnosno boravište, a kod pravnih lica sjedište.

Hipotetički slučaj br. 1:

Povjerilac P potražuje od dužnika D, na ime zajma, iznos od 40.000 KM. Za obezbjeđenje ovog duga povjerilac je uknjižio hipoteku na određenoj dužnikovoj

nekretnini. Po dospjeću duga P i D su se dogovorili da povjeriocu P pripadne predmetna nekretnina u vlasništvo umjesto isplate duga. D-ovi nasljednici žele poništiti ovakav ugovor, jer smatraju da nekretnina vrijedi više od iznosa duga.

Pitanje: hoće li uspjeti sa svojim zahtjevom?⁴²⁸

Obrazloženje:

I. Prema odredbi člana 69. ZOVO proizilazi da je ništava odredba ugovora o hipoteci kojom hipotekarni vjerovnik ugovara za sebe pravo da u slučaju neisplate duga namiri svoje potraživanje stjecanjem prava vlasništva na založenu nekretninu, ubiranjem plodova koja ta nekretnina daje ili iskorištavanjem nekretnine na drugi način. Slična odredba predviđena je i u članu 973. st. 1. ZOO.

II. Međutim, valjan je ugovor sklopljen **nakon dospelosti** potraživanja, kojim se založena stvar ustupa u vlasništvo povjeriocu (P) umjesto isplate duga. Naime, nema nikakve smetnje da se poslije dospelosti duga posebno ugovori da će postojeća novčana obaveza prestati ako dužnik daje vjerovniku drugu stvar, umjesto da dug isplati u novcu. Takva mogućnost predviđena je i odredbom čl. 308. ZOO.

III. Rješenje: P i D su mogli dogovoriti ispunjenje obaveze na drugi način nakon njenog dospijeca. **Nasljednici neće uspjeti** sa svojim tužbenim zahtjevom.

Hipotetički slučaj br. 2:

Tužilac (kupac, iz Sarajeva) je sa tuženim (prodavac, iz Tuzle) zaključio ugovor o isporuci uglja. Između parničnih stranaka je sporno mjesto ispunjenja obaveze, obzirom da u ugovoru o tome nije postignuta saglasnost (o tome se strane uopće nisu ni dogovarale).⁴²⁹

Pitanje: Kako će sud, u konkretnom slučaju, odrediti mjesto ispunjenja obaveze'

Obrazloženje

I. Ako ugovorom nije regulisano pitanje mjesta ispunjenja ugovora, Zakon o obligacionim odnosima u odredbi člana 319. st. 2. kao opće pravilo utvrđuje da se nenovčane obaveze ispunjavaju u mjestu u kome je u vrijeme nastanka obaveze dužnik imao svoje sjedište.

II. Pošto je obaveza tuženog kao prodavca da isporuči uglj tužiocu kao kupcu, nenovčana obaveza, to bi, u smislu odredbe člana 471. st. 1. ZOO, značilo ako mjesto isporuke uglja nije utvrđeno ugovorom o kupoprodaji, da se isporuka morala izvršiti **u mjestu u kome je tuženi u času zaključenja ugovora imao svoje sjedište**, tj. u Tuzli.

Sudska praksa:

Prestanak obaveze zamjenom ispunjenja moguć je samo u slučaju saglasnosti vjerovnika. Vjerovnik ne pada u zakašnjenje time što odbije dužnikovu ponudu, jer

⁴²⁸ Usporedi s: Vs RH, Rev. 1226/95, od 12.10. 1999. – Izbor odluka 1/2000 – 15.

⁴²⁹ VS BiH, Pž. 349/88, od 14.6. 1989. – Bilten SP VS BiH 3/89 – 16.

vjerovnik nije u obavezi prihvatiti ponudu na sklapanje ugovora o zamjeni ispunjenja.⁴³⁰

Dužnik, isto kao prodavatelj, odgovara za materijalne i pravne nedostatke stvari dane umjesto onoga što je dugovao, s tim što vjerovnik umjesto zahtjeva na osnovi odgovornosti dužnika može zahtijevati ispunjenje prvobitne tražbine i naknadu štete.⁴³¹

Ako vjerovnik primi od dužnika mjenicu na iznos obračunatih zateznih kamata, dan primitka takve mjenice smatra se danom prestanka dužnikove obaveze plaćanja zateznih kamata (čl. 308. st. 1. ZOO), pa vjerovnik ne može zahtijevati da mu dužnik isplati iste zatezne kamate iz osnovnog posla i procesne kamate od tužbe do dospjeća primljene mjenice za naplatu.⁴³²

2.4. Uračunavanje ispunjenja

Kad između dužnika i povjerioca postoji više istorodnih obaveza, a ono što dužnik plaća nije dovoljno da se podmire sve obaveze, postavlja se pitanje koju je obavezu dužnik ispunio. Ovo pitanje rješava se pravilom o redu uračunavanja. Prema članu 312 ZOO, uračunavanje se vrši ovim redom:

- ◆ u prvom redu, ispunjenje se odnosi na obavezu koju su dužnik i povjerilac sporazumno odredili;
- ◆ ako nema sporazuma, uračunavanje se vrši onim redom koji odredi dužnik prije ispunjenja ili najkasnije prilikom ispunjenja;
- ◆ ako nema dužnikove izjave, tada onim redom kojim su obaveze dospjele za ispunjenje;
- ◆ ako je više obaveza istovremeno dospjelo, prvo se namiruju one koje su najmanje obezbijeđene;
- ◆ ako su obaveze podjednako obezbijeđene, prvo se namiruju one koje su dužniku na najvećem teretu;
- ◆ ako su u svemu naprijed rečenom obaveze jednake, namiruju se redom kojim su nastale;
- ◆ ako su obaveze istovremeno nastale, ono što je dužnik dao na ime ispunjenja raspoređuje se na sve obaveze srazmjerno njihovim iznosima.

Nekad dužnik pored glavnog duga mora platiti kamate i troškove. U takvom slučaju prvo se namiruju troškovi, zatim kamate i, na kraju, glavnica.

Sudska praksa:

Vjerovnik bez sporazuma sa dužnikom nije ovlašten mijenjati dužnikovu izjavu po redu uračunavanja ispunjenja kada je dužnik izričito odredio svrhu isplate za

⁴³⁰ Vts RH, Pž. 4619/98, od 19.1. 1999. – Zbirka 5 – 26.

⁴³¹ Vts RH, Pž. 1392/95, od 3.10. 1995. – Zbirka 3 – 35.

⁴³² Privredni sud Hrvatske, Pž. 1444/89, od 12.02. 1990. – Psp 45.

*određenu novčanu obavezu iz određenog računa i to vlastitom trasiranom mjenicom kao instrumentom osiguranja plaćanja.*⁴³³

*Istorodnom obavezom u smislu čl. 312. st. 1. ZOO smatra se i obaveza vraćanja povratne ambalaže, pa kad dužnik ne navede koju ambalažu vraća vjerovniku, vjerovnik ima pravo izvršiti uračunavanje tako da svoje potraživanje ambalaže namiri redom kako je koja dužnikova obaveza, po toj osnovi, dospjela za ispunjenje.*⁴³⁴

*Kad tužitelj priznaje da mu je tuženi platio određenu svotu novca, ali tvrdi da time nije podmirio dug iz tužbe, dužan je navesti u koju je svrhu koristio primljenu novčanu doznaku, a sve do tada ima se smatrati da je tuženi ispunio svoju obavezu čije se ispunjenje zahtijeva tužbom.*⁴³⁵

*Prema odredbama o uračunavanju ispunjenja kada dužnik pored glavnice duguje i kamate i troškove, prvo se isplaćuju troškovi, zatim kamate i napokon glavnica.*⁴³⁶

*Ako u toku parnice, u kojoj se još raspravlja o obavezi plaćanja zatezних kamata, tuženi plati tužiocu novčani iznos u visini pravosnažno dosuđenog glavnog potraživanja, tužilac može plaćeno uračunati najprije u otplatu zatezних kamata u iznosu koji će biti utvrđen u daljem toku parnice, a ostatak u otplatu glavnice.*⁴³⁷

*Ako rok ispunjenja obaveze nije ugovoren, vjerovnik u pravilu može zahtijevati odmah ispunjenje obaveze, a dužnik dolazi u zakašnjenje kad ga vjerovnik pozove da ispuni obavezu, a poziv može uslijediti i dostavom računa.*⁴³⁸

*Rok dospelosti potraživanja određuje se prema odredbi člana 314. ZOO. Pri tome se izraz "odmah" (u privrednim sporovima) smatra rok o 8 dana, računajući od dana prijema fakture, ili rok od 8 dana računajući od dana prijema robe, odnosno izvršene usluge, kada je roba primljena, odnosno usluga izvršena, nakon prijema fakture (vidjeti i Opću uzansu broj 177. st. 1.).*⁴³⁹

*Kada je dužnik (tuženi) dao nalog da se po zaključenom ugovoru određeni iznos plati povjeriocu (tužiocu), ali banci kod koje se vodi račun tužioca nije stigla novčana doznaka u korist tužioca ilil virman dužnikove banke da odobri računu povjerioca iznos označen u nalogu, tada dug nije izmiren.*⁴⁴⁰

⁴³³ Ks u Sarajevu – Bilten sp KsS 1/2001. – str. 24.

⁴³⁴ Privredni sud Hrvatske, Pž. 183/89, od 16.01. 1989. – PSP – 44.

⁴³⁵ Privredni sud Hrvatske, Pž. 2185/89. od 15.05. 1990. PSP – 46.

⁴³⁶ Vs RH, Gzz. 8/98, od 2.4. 1998. – Izbor odluka 2/1998 – 48.

⁴³⁷ VS BiH, Pž. 534/90, od 18.4. 1991. – Bilten SP VS BiH 2/91 – 39.

⁴³⁸ Ps H, Pž. 40/91, od 16.4. 1991. – PSP 49 – 127.

⁴³⁹ Stav privrednog sudstva, zauzet na XXIV koordinacionom sastanku, Dubrovnik, od 24. do 26.5. 1990. – Bilten SP VS BiH 2/90 – 130.

⁴⁴⁰ VS S, broj Prev. 246/97. – Bilten 2/1998.

3. PREBIJANJE (KOMPENZACIJA)

3.1. Uopće o prebijanju

Hipotetički slučaj 1:

Tužilac od tuženog zahtijeva 10.000 KM na ime neplaćenih zatezних kamata preostalih po plaćanju glavnog duga. U toku postupka tuženi je istakao prigovor prebijanja svoga potraživanja protiv tužioca u iznosu od 8.000 KM dospjelog prije podnošenja tužbe. Tužilac se protivi ovom prigovoru, jer je podnesen te po pokretanju parničnog postupka.⁴⁴¹

Pitanje: Hoće li tuženi uspjeti sa prigovorom prebijanja (kompenzacije)?

Hipotetički slučaj 2:

Tužilac potražuje od tuženog određeni novčani iznos. Tuženi ističe prigovor prebijanja, jer i on od tužioca iz nekog drugog obligacionog odnosa zahtijeva isto tako određeni novčani iznos. Tužilac se tome protivi, jer je potraživanje tuženog zastarjelo. U toku postupka je utvrđeno da je zaista potraživanje tuženog u času isticanja prigovora prebijanja zastarjelo, ali da nije bilo zastarjelo u momentu kada su se stekli uslovi za preboj.⁴⁴²

Pitanje: Kakvu će odluku donijeti sud?

Prebijanje (kompenzacija) jedan je od načina prestanka obligacije, i to tako što se izvrši međusobno obračunavanje potraživanja jedne strane (povjerioca) s uzajamnim protupotraživanjem druge strane (dužnika). Prebijanje se vrši u onim situacijama kad je jedno lice u ulozi povjerioca, a istovremeno iz nekog drugog odnosa dužnik stekne potraživanje prema svom povjeriocu.

Npr., P potražuje od K iznos od 1.000 KM na ime kupoprodajne cijene. Istovremeno K potražuje od P iznos od 1.000 KM na ime zakupnine poslovnog prostora.

U ovom slučaju i P i K su istovremeno jedan prema drugome i povjerilac i dužnik, te oba moraju ispuniti svoje obaveze (isplata 1.000 KM). Umjesto da svaki od njih izvrši isplatu, oba se potraživanja, odnosno duga prebijaju jedan za drugi. Prebijanje se vrši jednostranom izjavom volje bilo koje strane. Druga strana ne može spriječiti prebijanje ako postoje zakonske pretpostavke za to⁴⁴³.

⁴⁴¹ VS BiH, Pž. 392/86, od 14.7. 1987. – Bilten SP VS BiH 4/87 – 57.

⁴⁴² VS RH, Rev. 2464/90, od 25.4. 1991. – Izbor odluka 1993 – 41/78.

⁴⁴³ Stari Rimljani su tužiočevo nepristajanje na kompenzaciju posmatrali kao šikanu tuženog, koji se kompenzacijom pokušavao osloboditi obaveze (*exceptio doli generalis*). Sudac je u takvim slučajevima naređivao kompenzaciju i odbijao tužbeni zahtjev. Iz ovoga vidimo da je *compensatio* u rimskom pravu služio kao prebijanje duga za dug u toku sudskog postupka. Pravo da zahtijevaju kompenzaciju u toku postupka stranke su dobile početkom nove ere. Osnov ovog prava ležao je u pravilu da “doložno postupaj onaj koji traži tužbom ono što mora vratiti” – *dolo facit qui petit quod redditurus est* – Paulus D. XLIV, 4, 8.

1. Načini nastanka kompenzacije

Postoje različiti načini prebijanja. Prije svega, prebijanje je moguće na osnovu **sporazuma, odnosno ugovora** (tzv. ugovorna kompenzacija). U tom slučaju subjekti uzajamnih obligacija, radi obostranog interesa, dogovore prebijanje svojih potraživanja. Za ovo prebijanja ne traže se posebni uslovi. Dovoljno je samo da su potraživanja uzajamna i ništa više. To znači da se subjekti prebijanja mogu sporazumjeti da prebiju dospjelo sa nedospjelim potraživanjem, zastrajelo sa nezastarjelim i sl.

Najčešći način prebijanja vrši se na osnovi **izjave volje jedne strane** kada se ispune zakonske pretpostavke za prebijanje (tzv. jednostrana kompenzacija). Da bi došlo do jednostrane kompenzacije pored izjave volje zainteresiranog lica potrebno je da budu ispunjene i druge pretpostavke i to:

◆ Potraživanja, odnosno dugovanja koja se prebijaju moraju biti **uzajamna**. Pod uzajamnošću potraživanja podrazumijeva se da su lica, na koja se prebijanje odnosi, jedan prema drugome istovremeno i povjerilac i dužnik. Što znači da postoje dva potraživanja između istih lica (u gornjem primjeru između P i K), gdje je P povjerilac K-a, a istovremeno i njegov dužnik. Ne može se izvršiti prebijanje ukoliko nema uzajamnosti. Npr., *ne može P prebiti svoje potraživanje od 1.000 KM koje on ima prema K-u, sa T-om (treće lice)*.

Od načela uzajamnosti ZOO je odstupio u nekoliko slučajeva. Prvo, jamac može izvršiti prebijanje dužnikove obaveze prema povjeriocu s dužnikovim potraživanjem (čl. 328 st. 2. ZOO). Drugo, cesus može prebiti cesionaru ona svoja potraživanja koja je do obavještenja o cesiji mogao prebiti cedentu (čl. 340 st. 1. ZOO). Treće, solidarni dužnik može potraživanje svog sadužnika prebiti s povjeriočevim potraživanjem, ali samo za onoliko koliko iznosi dio duga tog sadužnika u solidarnoj obavezi (čl. 415 st. 2. ZOO).

◆ Potraživanja moraju biti **istovrsna** ili jednorodna. Istovrsna potraživanja se odnose na stvari istog roda i kvaliteta. Kompenzirati se mogu novčana potraživanja ili druge zamjenljive stvari. Istovrsnost ne mora postojati od početka, ona može nastupiti i tako što se npr. jedno ili oba potraživanja pretvore u naknadu štete.

◆ Utuživost potraživanja je sljedeći uslov. Utuživost pretpostavlja da oba potraživanja uživaju sudsku zaštitu, tj. realizacija potraživanja se može ostvariti prinudnim putem. Potraživanja koja potiču iz naturalnih obligacija ne mogu se jednostrano kompenzirati. Ili, drugačije rečeno, i ta (naturalna) potraživanja bi se mogla kompenzirati pod uslovom da druga strana ne istakne prigovor da se radi o naturalnim obligacijama.

◆ Potraživanja treba da su **dospjela**. Dospjela su ona potraživanja kod kojih je nastupio rok za njihovo ispunjenje, odnosno to je onaj moment otkad povjerilac može zahtijevati ispunjenje obaveze. Naš zakon traži da su oba potraživanja dospjela. Smatramo, međutim, da je dovoljno da je dospjelo samo protupotraživanje, tj. ono potraživanje s kojim se vrši prebijanje. Naime, ako je jedno lice ovlašteno ispuniti i

obavezu prije njene dospelosti, ne može mu se uskratiti pravo da to potraživanje kompenzira s drugim dospjelim potraživanjem.

U pravnoj literaturi poznato je i prebijanje na *osnovu zakona* (tzv. zakonska kompenzacija). Ova kompenzacija nastaje po samom zakonu (ex lege) i bez bilo kakvog uticaja subjekata obligacije. Ovakva kompenzacija je poznata u francuskom pravu (čl. 1290 Code civil). Naš zakon ne poznaje zakonsku kompenzaciju.

3.2. *Dejstvo prebijanja*

Dejstvo prebijanja se ogleda u trenutnom i definitivnom prestanku oba potraživanja. Prestankom potraživanja prestaju i akcesorna prava koja su postojala uz potraživanja (zaloga, ugovorna kazna i sl.). Prebijanje djeluje retroaktivno (ex tunc). To znači da prebijanje proizvodi dejstvo od momenta kad su se dva potraživanja pojavila jedan prema drugom. Od tog se momenta računa da su potraživanja prebijena (u cijelosti ili djelimično).

3.3. *Isključenje prebijanja*

Ponekad je isključeno prebijanje potraživanja premda su ispunjeni svi potrebni uslovi. Slučajevi isključenja prebijanja taksativno su nabrojani u čl. 314 ZOO i to su:

- ◆ potraživanja koja se ne mogu zaplijeniti. Potraživanja koja se ne mogu sudski zaplijeniti nisu podložna prinudnom izvršenju. Ono što se ne može prinudno izvršiti ne može se ni kompenzirati, npr. primanja socijalne pomoći;
- ◆ potraživanja stvari ili vrijednosti stvari koje su dužniku bile date na čuvanje, ili na posudbu, ili koje je dužnik bespravno uzeo, ili ih bespravno zadržao. Ovo je izuzeto od prebijanja, jer bi u protivnom bilo izigrano povjerenje lica koje ostavlja stvari na čuvanje;
 - ◆ potraživanja nastala namjernim prouzrokoivanjem štete;
 - ◆ potraživanja naknade štete pričinjene oštećenjem zdravlja ili prouzrokoivanjem smrti i
 - ◆ potraživanja koja potiču iz zakonske obaveze izdržavanja.

Rješenje hipotetičkog slučaja br. 1:

I. U konkretnom slučaju je, između parničnih stranaka, sporno da li tuženi tek u toku parničnog postupka može istaći prigovor prebijanja.

II. U smislu člana 337. st. 2. Zakona o obligacionim odnosima, kada bilo koja od stranaka dâ izjavu o preboju, smatra se da je prebijanje nastalo onog časa kada su se stekli uslovi za preboj. Uslovi za preboj su se stekli, u smislu člana 336. ZOO, u času kada su obje tražbine dospjele, a taj momenat je nastupio prije podnošenja tužbe u ovoj parnici.

*III. To znači da je **prigovor preboja tuženog opravdan**, a da tužilac ima pravo na zatezne procesne kamate i to u iznosu razlike dva potraživanja (2.000 KM) od dana podnošenja tužbe pa nadalje.*

Rješenje hipotetičkog slučaja br. 2:

I. U ovom slučaju sud mora odlučiti o osnovanosti prigovora zastarjelosti od strane tužioca za potraživanje koje tuženi prebija protiv tužiočevog potraživanja.

II. Naime, potraživanje tuženog u momentu isticanja prigovora prebijanja je zastarjelo, ali to potraživanje nije bilo zastarjelo u momentu kad se je "srelo" s potraživanjem tužioca.

III. Prema odredbi čl. 339. st. 1. ZOO prebiti (kompenzirati) se **može potraživanje koje nije bilo zastarjelo kada su se stekli uslovi za preboj**, pri čemu nije odlučno to što je u momentu izjave o stavljanu u preboj nastupila zastarjelost. Znači, tuženi može s uspjehom istaći prigovor preboja potraživanja.

Sudska praksa:

Dužnik može izvršiti prijeboj svoje tražbine koju ima prema vjerovniku pod uvjetom ako obje tražbine glase na novac ili druge zamjenjive stvari istog roda i iste kakvoće i ako su obje dospjele. Pored toga, potrebna je još i izjava o prijeboju.⁴⁴⁴

Za prestanak obaveze prijebojem ne zahtijeva se suglasnost, već je dovoljno da jedna strana izjavi drugoj da obavlja prijeboj, a nakon te izjave smatra se da je prijeboj nastao onog trenutka kad su se stekli uvjeti za to. Tuženik u parnici mora dokazati da su ispunjene pretpostavke za prijeboj, tj. mora dokazati da je postojala njegova protutražbina prema tužitelju.⁴⁴⁵

Kada u toku glavne rasprave tuženi zahtijeva prijeboj svoje tražbine sa tražbinom tužioca, a obje se sastoje od obračunatih zateznih kamata dospjelih prije podnošenja tužbe, tužilac nema pravo na procesne kamate od dana tužbe do isticanja prigovora prijeboja.

Ovo stoga što su obje tražbine dospjele prije podnošenja tužbe i prije tog momenta se prijebojom ugasile, a nije odlučno kada je sudskom odlukom konstatovano da je došlo do prijeboja.⁴⁴⁶

Izjava o prebijanju potraživanja ne proizvodi pravne efekte kod jednostrane zakonske kompenzacije ako je data prije ispunjenja uslova za prebijanje potraživanja.⁴⁴⁷

Stanovi nisu zamjenjive, već individualne određene stvari. Zato se obaveza predaje stana ne može ugasiti kompenzacijom sa potraživanjem koje glasi na novac, ili druge zamjenjive stvari istog roda i iste kakvoće.⁴⁴⁸

Ako su uvjeti za prijeboj nastali nakon što je jedna tražbina zastarjela, prijeboj ne nastaje ako je dužnik zastarjele tražbine istaknuo prigovor zastare. Zastarjela

⁴⁴⁴ Vts RH, Pž. 1010/98, od 15.4. 1988. – Ing Psp 98/1 – 86.

⁴⁴⁵ Vts RH, Pž. 472/95, od 9.5. 1995. – Informator, broj 4326/4327.

⁴⁴⁶ VS BiH, Pž. 237/86, od 27.11. 1986. – Bilten SP VS BiH 4/86 – 55.

⁴⁴⁷ VS BiH, Pž. 648/90, od 27.6. 1991. – Bilten SP VS BiH 3/91 – 45.

⁴⁴⁸ Vs S, Prev. 694/98. – Bilten 2/1999.

*tražbina ne može se osnovano staviti u prijebroj, niti se na njoj može osnovano temeljiti protutužbeni zahtjev.*⁴⁴⁹

*Lice koje je obavezno da plaća doprinos po osnovu zakonskog izdržavanja ne može tu svoju obavezu prebiti (kompenzirati) sa obavezom lica kome je dužno plaćati doprinos za izdržavanje.*⁴⁵⁰

4. OSTALI NAČINI PRESTANKA OBLIGACIJE

4.1. Oprost duga

Oprost duga nastaje sporazumom između povjerioca i dužnika, kojim se oni saglašavaju da prestane postojati dužnikova obaveza prema povjeriocu⁴⁵¹. Oprostom duga prestaje obligacija. Da bi došlo do oprosta duga, nije dovoljna jednostrana izjava povjerioca kojom on oprašta dug dužniku, nego je potrebno i da dužnik da svoju saglasnost. Ukoliko nedostaje saglasnost dužnika, nema ni oprosta duga. Povjerilac ne može nametnuti dužniku oprost, jer se ponekad iza toga krije nemoralan ili nezakonit motiv. Ako povjerilac ne želi primiti predmet obaveze, a dužnik ne želi da mu povjerilac oprost, tada će dužnik svoju obavezu, odnosno predmet ispunjenja položiti kod suda. Polaganjem kod suda smatra se da je dužnik ispunio svoju obavezu.

Oprostiti je moguće cjelokupan ili samo dio duga. U slučaju djelimičnog oprosta obligacija prestaje samo u onom dijelu u kojem je dug oprošten. Oprost duga ne može ići na štetu stečenih prava trećih lica i ta prava ostaju bez obzira na oprost (npr. založno pravo ili pravo uživanja). To je razumljivo, jer bi se u protivnom oprostom duga stečena prava trećih lica mogla izigrati.

Oprost duga predstavlja raspolaganje svojim pravom, pa slijedom toga oprostiti dug može samo lice koje ima potpunu poslovnu sposobnost. Unaprijed se ne bi moglo oprostiti potraživanje naknade štete učinjene namjerno ili iz krajnje nepažnje. Sporazum (ugovor) o otpustu duga je neformalan pravni posao. Za oprost duga se ne traži forma ni kod onih poslova kod kojih je forma bila bitan element nastanka takvog obligacionog odnosa. Oprost duga je apstraktan pravni posao, jer nije potrebno naznačavati razlog (kauzu) zbog čega povjerilac oprašta dug. Oprost duga može biti izričit ili prećutan. Prećutan oprost postoji kada povjerilac npr. vrati dužniku priznanicu o dugu, a ovaj je bez daljeg uslovljavanja primi.

Sa trenutkom zaključenja oprosta prestaje obligacija a s njom i sporedna prava. Povjerilac može oprostiti i samo sporedna potraživanja, kao što su kamate, jemstvo i sl. U tom slučaju glavna obaveza ostaje.

Sudska praksa:

⁴⁴⁹ Vts RH, Pž. 1378/99, od 13.4. 1999. – Zbirka 5 – 29.

⁴⁵⁰ VS BiH, Rev. 400/88, od 11.3. 1989. – Bilten SP VS BiH 2/89 – 46.

⁴⁵¹ Usporedi sa § 1440 OGZ, § 909 SGZ, čl. 621 OIZ.

*Kad je radnik primio otpremninu u manjem iznosu nego što mu pripada, ima pravo zahtijevati razliku ako je se nije na jasan način odrekao.*⁴⁵²

*Ugovorne stranke se ne mogu odreći prava na naplatu procesnih zatezних kamata prije nego što nastanu, ali se mogu sporazumjeti o otpuštanju duga koji se sastoji od procesnih zatezних kamata nastalih do dana zaključenja sporazuma.*⁴⁵³

*Činjenica da je dužnik jednom odbio primiti ispunjenje inače trajne obaveze dužnika ne može se sama po sebi smatrati otpustom duga.*⁴⁵⁴

*Jednostranom izjavom vjerovnika o odricanju od potraživanja prestaje obaveza i kad takva izjava nije dana neposredno, ali se dužnik naknadno s njome suglasio.*⁴⁵⁵

*Ako se povjerilac sporazumio sa dužnikom da će "odustati od tužbe" čim mu dužnik podmiri glavno potraživanje, smatra se da je otpustio dug koji se sastoji od zatezних procesnih kamata i parničnih troškova.*⁴⁵⁶

4.2. Prenov (Novacija)

Hipotetički slučaj:

Povjerilac P potražuje od dužnika D 10.000 KM. Obezbjedenje za isplatu ovog potraživanja dao je J (jemac). Poslije kraćeg vremena P i D su se sporazumjeli da D umjesto ovog duga preda P-u putnički automobil. Pošto D nije ispunio svoju obavezu, P želi svoje potraživanje naplatiti (realizirati) od jemca J. Jemac osporava P-ov zahtjev.

Pitanje: Mora li jemac ispuniti obavezu?

Prenov ili novacija (*novatio*)⁴⁵⁷ jedan je od načina prestanka obligacije, i to sporazumom između povjerioca i dužnika. Kad se povjerilac i dužnik dogovore da već postojeću obavezu zamijene novom, govori se o prenovu. Prenovom na mjesto ranije obaveze dolazi nova. Prenov znači izmjenu povjeriočevog potraživanja, odnosno povjerilac gubi staro i dobiva novo potraživanje a istovremeno i dužnik se oslobađa stare i preuzima novu obavezu⁴⁵⁸.

Npr., D duguje P-u iznos od 500 KM za kupljenu robu. Nakon toga oni se sporazumiju da D umjesto isplate cijene duguje isti iznos, ali na ime zajma.

⁴⁵² VS RH, Rev. 29/94, od 1.6. 1995. – Izbor odluka 1/1996 – 125.

⁴⁵³ VS BiH, Pž. 836/90, od 24.9. 1991. – Bilten SP VS BiH 4/91 – 63.

⁴⁵⁴ VS H, Rev. 299/89, od 7.9. 1989. – PSP 47 – 64.

⁴⁵⁵ VS H, Rev. 1856/84, od 26.12. 1984. – Informator br. 3408.

⁴⁵⁶ VS BiH, Pž. 232/87, od 16.12. 1987. – Bilten SP VS BiH 1/88 – 52.

⁴⁵⁷ Prema Ulpinijanu "prelijevanje i prenošenje ranijeg duga u novu obligaciju postiže se na taj način što se iz prethodnih osnova ustanovi nova obligacija, tako da se stara ugasi." – *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem*- D. 46, 2, 1, pr.

⁴⁵⁸ Uporedi sa §§ 1376 – 1379 OGZ, čl. 622 OIZ.

Dejstvo prenova (novacije) ogleda se u tome što prestaje stara, a na njeno mjesto stupa nova obligacija. To za sobom povlači i određene konsekvence. Prije svega, novo potraživanje oslobađa se nedostataka i prigovora koji su bili povezani s prethodnim potraživanjem (obligacijom). Npr., ako se noviraju kamate nastaje novo novčano potraživanje ali bez kamata. Kamate će eventualno teći tek od momenta novacije.

Novacijom se prekidaju i dotadašnji rokovi zastarjelosti i počinju teći novi. Sredstva pojačanja (npr. zaloga i jemstvo) koja su služila obezbjeđenju ranijeg potraživanja prestaju.

Novaciju treba razlikovati od *datio in solutum*. Naime, kod novacije umjesto starog nastaje novo potraživanje, dok kod davanja umjesto ispunjenja dužnik dajući drugi predmet biva oslobođen u potpunosti svoje stare obaveze.

Da bi došlo do novacije potrebno je da budu ispunjeni sljedeći uslovi:

- ◆ Novacijom mora nastati novo potraživanje, odnosno nova obaveza.
- ◆ Novacijom mora prestati valjana stara obaveza. Naime, novacija ne proizvodi pravno dejstvo ukoliko je prethodna obaveza bila ništava ili već ugašena. Apsolutna ništavost stare obligacije (obaveze) povlači i ništavost nove. Relativna ništavost (pobojnost) prijašnje obaveze ne dovodi do ništavosti nove obaveze ako je dužnik znao za taj nedostatak.
- ◆ Nova se obaveza mora razlikovati od stare. Novacijom strane mijenjaju osnov (*npr. umjesto prodajne cijene, dužnik duguje novčani iznos po osnovu zajma*) ili predmet obligacije (*npr. umjesto predaje bicikla dužnik se obavezuje predati televizor*) ili oboje. Ukoliko toga nema, nema ni novacije. *Npr., nema novacije ako su strane promijenile samo vrijeme i mjesto ispunjenja obaveze.*
- ◆ Ugovorne strane moraju imati volju da svojim sporazumom žele promijeniti dotadašnju obligaciju (*animus novandi*)⁴⁵⁹. Novacija nastaje ugovorom i valjanost novacionog ugovora određuje se prema opštim pravilima za valjanost ugovora.

Obrazloženje hipotetičkog slučaja:

I. Jemčeva obaveza mogla bi prestati u skladu s odredbama čl. 350. st. 1. i 2. ZOO, u kojima se kaže da ugovorom o prenovu ranija obaveza prestaje, a nova nastaje, te da sa ranijom obavezom prestaju i zaloga i jemstvo, izuzev ako sa jemcem ili zalogodavcem nije drugačije dogovoreno.

II. Između P-a i D-a postoji obligacioni odnos koji je obezbjeđen jemstvom (sporedno, akcesorno pravo). Na osnovu toga J odgovara supsidijarno za obavezu glavnog dužnika D-a.

III. Međutim, u ovom slučaju P i D su se saglasili da se postojeća obaveza (10.000 KM) zamijeni novom (predaja auta). Ovaj sporazum predstavlja novaciju i to u pogledu predmeta obaveze. To znači da je postojeća obaveza prestala a na njeno mjesto je došla nova obligacija. Kao posljedica prestanka postojeće obaveze,

⁴⁵⁹ Član 948 OIZ – Nikad se ne pretpostavlja da je novim ugovorom dotadašnji ukinut, nego o tom treba da je jasna namjera strana.

prestaju i sredstva koja su je obezbjeđivala, jer se iz činjeničnog stanja ne vidi da je u ovom slučaju sa jemcem dogovoreno nešto drugačije.

IV. Rješenje: P ne može ostvarenje svoga prava zahtijevati od jemca J.

Sudska praksa:

Prenov predstavlja način gašenja obligacije. Zato se namjera dužnika i povjerioca da izvrše noviranje obligacije mora nesumnjivo iskazati. U protivnom, u slučaju sumnje smatra se da ugovorne strane nisu ugasile staru, već zasnovale novu obligaciju.⁴⁶⁰

Novacijom ugovora o doživotnom izdržavanju, koja je nastala time što je primalac izdržavanja dao pristanak u pismenoj formi, da se pravo vlasništva na nekretninama koje su predmet ranije zaključenog ugovora umjesto nakon njegove smrti – odmah prenese na davaoca izdržavanja, nastao je poseban ugovor o doživotnom izdržavanju, koji nije protivan našem pravu.

Pravilo o raskidu ugovora o doživotnom izdržavanju iz Zakona o nasljeđivanju, po kome stranka može tražiti raskid ugovora ako druga stranka ne izvršava svoje obaveze (čl. 123. st. 3. Zakona o nasljeđivanju SR BiH), važi i za taj ugovor.⁴⁶¹

Stranke mogu i vansudski izmijeniti sudsko poravnanje. Punovažna je i usmena izmjena (novacija) ugovora o diobi nekretnina ako je novirani ugovor izvršen prije stupanja na snagu Zakona o prometu nepokretnosti (4. januara 1979. godine).⁴⁶²

4.3. Sjedinjenje (Konfuzija)

Kad isto lice u jednoj obligaciji postane i povjerilac i dužnik govori se o sjedinjenju ili konfuziji (*confusio*). Sjedinjenjem prestaje obligacija jer jedno lice ne može samo sebi biti i povjerilac i dužnik. Sjedinjenje najčešće nastaje usljed univerzalne ili singularne sukcesije. Kod univerzalne sukcesije povjerilac nasljeđuje dužnika ili obrnuto.

Sjedinjenjem u pravilu prestaje obligacija. Ali od toga postoje izuzeci. Tako, kad povjerilac naslijedi jednog od solidarnih dužnika, obligacija ne prestaje nego se samo smanjuje. Zatim, kod vrijednosnih papira može se dogoditi da taj papir dođe u ruke dužnika. Tad imamo sjedinjenje povjerioca i dužnika u jednoj ličnosti. U takvim slučajevima obligacija neće prestati, jer dužnik ovaj vrijednosni papir može ponovo pustiti u promet.

⁴⁶⁰ VS S, broj Prevl. 606/98 .- Bilten 2/1999.

⁴⁶¹ VS BiH, Rev. 258/86, od 7.8. 1986. – Bilten SP VS BiH 3/86 – 70.

⁴⁶² VS BiH, Rev. 660/88, od 14.7. 1989. – Bilten SP VS BiH 3/89 – 9.

4.4. Nemogućnost ispunjenja

Hipotetički slučaj:

Dana 15.3. 1992. godine između prodavca P i kupca K zaključen je ugovor o kupovini 10.000 kg šećera. Kupac je u cijelosti ispunio svoju obavezu, a prodavac je kupcu isporučio 3.000 kg šećera. Nakon prestanka rata kupac zahtijeva ispunjenje preostalog dijela obaveze, što prodavac odbija, jer je u toku rata skladište prodavca opljačkano. Kupac (tužilac) podnosi tužbu protiv prodavca (tuženog) kojim zahtijeva isporuku preostale količine šećera (7.000 kg) ili da mu isplati određenu novčanu protuvrijednost. Prvostepeni sud je u cijelosti usvojio tužbeni zahtjev tužioca.⁴⁶³

Pitanje: Je li sud donio pravilnu odluku?

Obrazloženje:

I. Sporno je između parničnih stranaka, da li je tuženi obavezan ispuniti svoju obavezu je je to za njega (prema njegovim tvrdnjama) postalo nemoguće, usljed pljačke tokom rata.

II. U ovom slučaju predmet obaveze su stvari određene po rodu (šećer), pa obaveza tuženog (prodavca) nije prestala čak i ako je ukupna količina šećera koju je tuženi imao propala usljed okolnosti za koje on ne odgovara (čl. 355. st. 1. ZOO).

III. Obzirom da među strankama nije ugovorena alternativna obligacija, već samo isporuka robe, sud nije mogao usvojiti alternativno postavljen tužbeni zahtjev (...ili da tuženi isplati određeni novčani iznos). Donošenjem ovakve presude prvostepeni sud je pogrešno primijenio materijalno pravo (čl. 403. ZOO, u vezi sa čl. 373.tačka 4. preuzetog ZPP-a.), te je viši sud odbio zahtjev tužioca da mu tuženi u protivnom isplati određeni novčani iznos. U preostalom dijelu prvostepeni sud je donio pravilnu odluku.

IV. **Rješenje: tužilac ima pravo zahtijevati od tuženog isporuku preostale količine šećera (7.000 kg.).**

Nemogućnost ispunjenja vodi prestanku obligacije, i to kada je ispunjenje obaveze postalo naknadno nemoguće usljed okolnosti za koje dužnik nije odgovoran. Dužnik mora dokazati da je naknadna nemogućnost nastala zbog okolnosti koje on nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći. To su u pravilu slučajevi više sile, nepredvidivog slučaja ili isključiva krivica povjerioca ili trećeg lica. Nasuprot tome, ako je dužnik kriv za nastupanje nemogućnosti obligacija ne prestaje, nego se prvobitna obaveza dužnika pretvara u obavezu naknade štete⁴⁶⁴.

Kod naknadne nemogućnosti ispunjenja treba razlikovati da li se radi o predaji tačno određene stvari (*species*) ili je predmet obaveze određen samo po rodu (*genus*). Ako dužnik duguje *species*, pa ta stvar bez njegove krivice propadne, tada se on oslobađa svoje obaveze. Kad dužnik duguje određenu količinu generičkih stvari (npr. 100 kg brašna ili pšenice), tada obaveza ne prestaje čak ni onda kad sve što on ima od takvih stvari propadne usljed okolnosti za koje on nije odgovoran. Ali, kad su

⁴⁶³ Ks u Sarajevu – Bilten SP KsS 1/1999, str. 17/18.

⁴⁶⁴ Uporedi sa § 919 OGZ, § 553 SGZ, čl. 540 OIZ.

predmet obaveze stvari određene po rodu koje se imaju uzeti iz određene mase tih stvari, obaveza prestaje kad propadne cijela ta masa (čl. 355. ZOO).

Kod dvostranoobveznih ugovora nemogućnost ispunjenja obaveze jedne strane ima posljedice i na obaveze druge strane. Naime, kad jedna strana ne može ispuniti svoju obavezu zbog okolnosti koje joj se ne mogu staviti na teret, prestaje i obaveza druge strane. Nemogućnost ispunjenja se ne pretpostavlja, nego naprotiv, na dužniku leži teret dokazivanja da je nemogućnost nastupila bez njegove krivice. Ukoliko to ne dokaže, obavezan je drugoj strani naknaditi štetu.

Sudska praksa:

Obaveza dužnika zbog nemogućnosti ispunjenja neće prestati ukoliko je do nemogućnosti ispunjenja došlo iz uzroka za koje on sam odgovara, a niti izazvati prestanak obligaciono-pravnog odnosa ako je naknadna nemogućnost nastupila zbog naknadno nadošlih izmijenjenih okolnosti. Samo trajna nemogućnost, u načelu, dovodi do prestanka obligacije.⁴⁶⁵

Ugovor ne prestaje zbog nemogućnosti ispunjenja ako su vanredne okolnosti nastupile nakon docnje za koju dužnik odgovara. U tom slučaju, obaveza iz ugovora se transformiše u obavezu naknade štete.⁴⁶⁶

Obaveza otplate kredita generička je obaveza koja ne prestaje zbog nemogućnosti ispunjenja i kad sve što dužnik ima o takvih stvari propadne zbog okolnosti za koje on ne odgovara.⁴⁶⁷

4.5. Protok vremena, Otkaz i Smrt

Hipotetički slučaj:

Između tužioca i tuženog zaključen je ugovor o poslovnoj saradnji, kojim je tužilac ovlastio tuženog da u kiosku – prodajnom objektu tužioca prodaje i svoju robu i robu tužioca. U članu 6. Ugovora ugovoreno je pravo u korist tužioca na jednostrani raskid ugovora ako kiosk bude neophodan tužiocu za obavljanje njegove redovne djelatnosti i ako prestanu ekonomski interesi za nastavljanje ugovorene poslovne saradnje. Poslije dvije odine tužilac je jednostrano pismenim putem raskinuo ugovor, bez navođenja posebnih razloga. Tuženi smatra da tužilac nema pravo na jednostarni raskid, jer je on svoje obaveze redovno i uredno ispunjavao, to želi raditi i ubuduće u obostranom ekonomskom interesu, a kiosk nije potreban tužiocu za obavljanje njegove djelatnosti. Tuženi se protivi raskidu ugovora.⁴⁶⁸

Pitanje: Kakvu će odluku donijeti sud?

Nije cilj da obligacije vječno traju. Tako i one obligacije koje nazivamo trajnim protekom određenog vremena prestaju. Npr., *jedan zakupni odnos je trajan, ali i on*

⁴⁶⁵ VS RS, Rev. 68/69, od 17.12. 1996. – Bilten 1/1999 – 61.

⁴⁶⁶ VS FBiH, Pž. 127/97, od 30.9. 1997. – Bilten SP VS FBiH 2/97 – 35.

⁴⁶⁷ VS RH, Rev. 555/94, od 6.12. 1995. – Izbor odluka 1/1996 – 31/69.

⁴⁶⁸ VS FBiH, Pž. 225/98, od 16.11. 1998. – bilten SP VS FBiH 1/99 – 36.

prestaje protekom ugovorenog vremena. Ukoliko to vrijeme nije unaprijed određeno, onda svaka ugovorna strana taj odnos može, pod određenim uslovima, otkazati.

Otkaz je jedan od načina prestanka trajnog obligacionog odnosa, i to na osnovi jednostrane izjave jednog od subjekata obligacije. Otkazom prestaje obligacija u jedno određeno buduće vrijeme. Otkaz može biti dostavljen drugoj strani u svako doba, samo ne u nevrjeme.

Smrt jednog od subjekta obligacije u pravilu ne dovodi do prestanka obligacije, jer prava i obaveze prelaze na nasljednike. Smrću jednog od subjekata obligacije prestaju one obligacije koje su vezane za ličnost povjerioca ili dužnika. Naravno, i same ugovorne strane mogu postojanje obligacije ograničiti na trajanje života jedne ili druge strane.

Rješenje hipotetičkog slučaja:

I. Između parničnih stranaka zaključen je ugovor o poslovnoj saradnji, bez unaprijed određenog vremenskog trajanja.

II. Tužilac ima pravo otkazom prekine (raskine) ovakav ugovor i to vlastitom ocjenom ekonomskog interesa. Slijedom toga, sud nije ovlašten utvrđivati postojanje ekonomskog interesa. Naime, dovoljno je da stranke izgube međusobno povjerenje, što se može izraziti i kroz lični sukob stranaka.

III. Znači, parnične stranke su navedenim uovorom zaključile trajan građansko-pravni (dugovinski) odnos, a takav se odnos može prekinuti otkazom (čl. 358. st. 1. ZOO). Otkaz se, u smislu čl. 358. st. 3. ZOO, može dati u svako doba, samo ne u nevrjeme, a ako otkazni rok nije određen ugovorom, trajni dugovinski odnos prestaje istekom primjerenog roka.

*IV. Rješenje: U konkretnom slučaju **tužilac može otkazati ugovor o poslovnoj saradnji** bez navođenja posebnih razloga. Ugovor prestaje protekom primjerenog roka.*

Sudska praksa:

U slučaju smrti zakupca ili zakupodavca ne prestaje ugovor o zakupu, već se zakup nastavlja sa njihovim nasljednicima, ako nije drugačije ugovoreno.⁴⁶⁹

⁴⁶⁹ VS BiH, Rev. 599/87, od 11.8. 1988. – Bilten SP VS BiH 3/88 – 49.



This project is funded by
the European Union